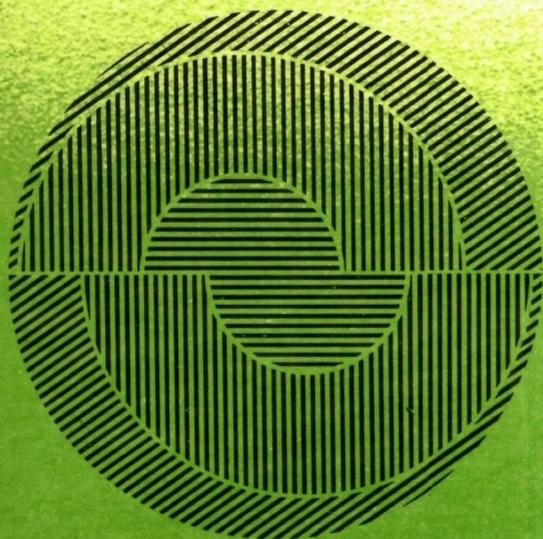


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1977

ANO 14 • NÚMERO 56

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 14 n. 56 — outubro/dezembro 1977

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961—1967)

e

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1948—1967)

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4697 — 70160 — Brasília-DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 14	n. 56	out./dez. 1977
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cr\$ 30,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria
de Edições Técnicas

Tiragem: 10.000 exemplares

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

HOMENAGEM

	Pág.
Senador Tomás Pompeu de Souza Brasil (Centenário da morte) — <i>Senadores Virgílio Távora e Mauro Benevides</i>	5
Discurso do Senador Tomás Pompeu, em 6-6-1866	20

COLABORAÇÃO

O papel dos partidos políticos no aprimoramento das instituições políticas — <i>Senador Osires Teixeira</i>	45
Atividade do Ministério Público no processo civil — <i>Alcides de Mendonça Lima</i>	71
Princípios de direito. Princípio jurídico. Direito do Trabalho — <i>Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena</i>	95
Servidor não-estatutário e a legislação trabalhista — <i>José Martins Catharino</i> ..	109
A pessoa excepcional e a legislação brasileira — <i>Nair Lemos Gonçalves</i>	125
Dos conceitos jurídicos — <i>Clito Fornaciari Júnior</i>	139
O poder de revisão constitucional — <i>João Bosco Leopoldino da Fonseca</i>	151
Arguição de relevância — aspecto político da sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal — <i>Iduna Weinert Abreu</i>	205
Os Atos Institucionais em face do Direito Administrativo — <i>Jessé Torres Peretra Junior</i>	213
O Juiz Conservador da nação britânica — <i>Athos Gusmão Carneiro</i>	239
Direitos da personalidade: aspectos gerais — <i>Fábio Maria de Mattia</i>	247
Reprografia — desafio à proteção do direito do autor — <i>Antônio Chaves</i>	267
Reforma da Justiça e correção monetária — <i>Arnoldo Wald</i>	297
A cláusula C.I.F. — <i>Otto Gü</i>	301
Apontamentos sobre a reforma do divórcio na França — <i>Carlos Alberto Provençano Gallo</i>	307

DOCUMENTAÇÃO

Emenda Constitucional nº 10, de 14 de novembro de 1977	315
--	-----

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	323
---	-----

Senador Tomás Pompeu de Souza Brasil

CENTENÁRIO DA MORTE

O Senado Federal dedicou o tempo destinado aos oradores do Expediente da Sessão do dia 9 de setembro à memória do Senador Tomás Pompeu de Souza Brasil, quando discursaram os Senadores Virgílio Távora e Mauro Benevides, representantes do Estado do Ceará, terra natal do ilustre homenageado.

Senador VIRGÍLIO TÁVORA
(ARENA — Ceará)

Há um século, assolava o Nordeste, malferindo o Ceará, em termos de verdadeira tragédia, a mais cruenta seca que lhe marcou a História, e cujos efeitos ainda ressoam na alma de sua gente. Refiro-me, é óbvio, à seca de 1877/79, que quase chegou a extinguir, da terra cearense, os seus rebanhos, eliminando-lhe, por completo, a indústria da charqueada ali nascida, e cuja técnica o emigrante cearense levou para Pelotas, no Rio Grande do Sul, onde ainda prospera.

A exportação da carne bovina, diga-se de passagem, era, à época, o suporte básico da incipiente estrutura econômica da Província. O desmoronamento das fazendas, em consequência do flagelo, é um quadro

dantesco, fonte, por sinal, de inspiração da chamada literatura das secas, tão bem retratada por Domingos Olímpio, em seu famoso romance *Luzia Homem*.

Este é o quadro já esboçado no Ceará em 77, com todas as suas pungentes cores, quando falece Tomás Pompeu de Souza Brasil, por muitos de seus contemporâneos considerado como um sábio. Exercia, ao morrer, o mandato de senador, então vitalício, daí por que somente aplausos merece o Senado, ao qual pertencemos, ao comemorar o centenário do desaparecimento de uma das figuras de maior relevo no cenário político do Império, *doublé* de sacerdote e homem público, forjado na têmpera das inclemências, condição conducente à formação dos fortes.

O adusto sertão cearense onde nasceu, na povoação de Santa Quitéria, a 6 de julho de 1818, moldou-lhe, assim, o caráter forte e combativo; seus pais, o Capitão de Milícias Thomaz D'Aquino de Souza, originário do vizinho Estado do Rio Grande do Norte, e D. Jeracina Isabel de Souza, nascida em Santa Quitéria, nenhuma riqueza possuíam. A seca de 1825 já havia arrasado a fortuna dos avós, abastados fazendeiros da zona, e os bandos de facínoras que infestavam as fazendas da região completaram a ação devastadora do flagelo climático.

O Senador ora homenageado conheceu, pois, todas as agruras de menino pobre em bens materiais, mas rico em inteligência, ambição e tremenda obstinação, atributos que constituem características inerentes à psicologia do cearense e, por que não o dizer, de toda a gente nordestina.

Com tais predicados, conseguiu virar a roda da predestinação ao sofrimento e limitações dos ali nascidos, sobrepondo-se às adversidades com que o meio o marcou e furtando-se, assim, à vala do anonimato.

Muito jovem ainda, é encaminhado a estudar Latim com o tio, Gregório Torres, professor público em Sobral. Tanta inteligência e gosto pelas letras demonstrou que os parentes resolveram mandá-lo a Recife a fim de prosseguir os estudos. Lá fez, no Seminário de Olinda, todo o Curso de Humanidades e os estudos teológicos, com tal aproveitamento que logo passou a ocupar a cadeira de Professor de Teologia. Recebeu, em 1841, o presbiterato e, posteriormente, colou grau também como bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, dois anos após.

É interessante ressaltar o procedimento da família do Senador Pompeu orientando-o para o sacerdócio. Era comum àquela época, entre as famílias nordestinas, destinar um filho à carreira sacerdotal, para ter representantes na Igreja, e, por igual, encaminhar outro nas lides políticas com vistas a projetar o clã no contexto sócio-político e cultural da Província. O padre e o bacharel marcaram, destarte, época na história social do Nordeste.

Forte fez-se, então, sentir o apelo da terra natal, e o novel sacerdote e bacharel deixa o Recife e volta para o seu Ceará.

Em Fortaleza, divide-se entre o serviço da Igreja, como Vigário-Geral, a banca de Advocacia, que soube tornar respeitabilíssima, e o magistério, lecionando Geografia e História no Liceu da Província, do qual fora, aliás, o primeiro diretor.

Nomeado, mais tarde, diretor da Instrução Pública, dotou aquele setor governamental de organização racional e eficiente, tão avançada para a época, que só foi ultrapassada várias décadas depois — mais precisamente 70 anos — com a “Escola Nova” de Lourenço Filho.

A variedade de assuntos que engloba sua vasta bibliografia diz bem de sua formação humanística e cultural. Aborda-os com segurança e patriotismo e já, àquela época, vemo-lo como um dos precursores dos Estudos Ecológicos em bases científicas. Há quem considere este aspecto — mais ainda do que o historiador notável — o ponto alto de sua obra.

Dentre suas múltiplas publicações, permito-me destacar:

— *Princípios Elementares de Cronologia para uso no Liceu do Ceará*;

— *Elementos de Geografia*;

— *Memórias sobre a Estatística da População e Indústria da Província do Ceará — 1875*;

— *Eleições do 4º Distrito da Província do Ceará*;

— *Memória Estatística da Província do Ceará sob sua Relação Física, Política e Industrial em 1858*;

— *Compêndio Elementar de Geografia Geral e Especial do Brasil*;

— *Memória sobre a Conservação das Matas e Arboricultura, como Meios de Melhorar o Clima da Província do Ceará (1859)*;

— *População da Província do Ceará*;

— *Ensaio Estatístico da Província do Ceará (2 tomos)*;

— *Discurso proferido na sessão de 6 de junho de 1866, por ocasião da discussão do voto de Graças (1866)*; que marcou época nos *Anais desta Casa*;

— *Sistema ou Configuração Orográfica do Ceará*;

— *Memória sobre o Clima e Secas do Ceará — 1877*;

— Juízo Histórico do Senador Pompeu sobre Fatos e Coisas do Ceará.

Homem de grandes estudos, pertencia o Senador Pompeu a várias instituições, entre as quais a Sociedade de Geografia de Paris, o Instituto Histórico e Geográfico do Brasil, os Institutos Históricos da Bahia e do Maranhão, o Instituto Arqueológico e Geográfico de Pernambuco e o Instituto dos Advogados do Recife.

Profundamente patriota, com invejável formação humanística, a política não tardou em atraí-lo. Suas idéias liberais, concebidas desde a juventude, se lhe causaram o dissabor da demissão do cargo de Diretor de Instrução, compensaram-no com eleições repetidas para a Câmara dos Deputados Gerais, atingindo o clímax da carreira parlamentar ao se investir, vitaliciamente, como Senador do Império, na vaga deixada pelo Senador Miguel Fernandes Vieira.

Necessitando de uma imprensa livre onde pudesse expandir seu liberalismo, aliou-se a Tristão Araripe e Frederico Pamplona, que haviam acabado de fundar um jornal, *O Cearense*, em 1846. Afastando-se depois os dois amigos da direção daquele Órgão, passou a conduzi-la sozinho. Também criou outro jornal, *O Brasileiro*, de formato mais modesto, igualmente a serviço da oposição liberal.

A vitaliciedade do Senado, que, para muitos, se teria transformado no "ócio com dignidade", despertou no Senador Pompeu redobrado entusiasmo nas pugnas à frente do Partido Liberal do Império, do qual se tornou um dos chefes mais acatados.

O Senado não ouviu dele grandes arroubos oratórios, nem vibrantes polêmicas, comuns naqueles tempos do II Império. Mas, em linguagem simples e precisa, soube percutir com raro patriotismo e senso de realidade os grandes problemas nacionais. Da causa liberal tornou-se defensor infatigável, como um dos lutadores de vanguarda.

"Nas campanhas do Parlamento" — enfatiza Joaquim Manuel de Macedo em sessão magna de aniversário do Instituto Histórico e Geográfico do Brasil, em 15 de dezembro de 1877 — "desenvolvia em alto grau a estratégia do bom senso; nas pelepas, sua arma exclusiva era a lógica. Do recurso que lhe resplandecia o tesouro da ciência, deixou o nosso finado consócio exuberante prova nas discussões veementes que suscitou a Questão Religiosa.

Padre e, ao mesmo tempo, um dos chefes do Partido Liberal, bem poderia resguardar-se naquela abstenção que o silêncio facilita; ele, porém, pronunciou-se franco na tribuna; e, em lições de moderação e de sabedoria, não sacrificou princípios, nem torturou doutrinas; mas foi mais como aura que mitiga os ardores e derrama a serenidade em lampejos de harmonia."

Estas singelas considerações sobre a figura do grande Senador do Império representam a reverência dos cearenses a um de seus filhos mais valorosos, cujas tradições de patriotismo, honradez, amor às causas justas e nobres e combatividade se tornaram apanágio da sua família, em nossos dias representada pelo ilustre Dr. Thomaz Pompeu de Sousa Brasil Netto, cuja recente atuação à frente da Confederação Nacional da Indústria tantos benefícios proporcionou ao País e muito especialmente ao Ceará.

Sr. Presidente, Srs. Senadores, ao grande Senador, nossa comovida homenagem, nossa e de todos os cearenses.

Senador MAURO BENEVIDES

(MDB — Ceará)

Quando assumi, em 1975, a cadeira de senador pelo Ceará, ocupei esta tribuna, em longo pronunciamento, no curso do qual defini a minha linha de conduta na Casa, a exemplo do que fizeram os demais colegas, eleitos do pleito de 15 de novembro do ano anterior.

E, por um imperativo de justiça, rendi preito de admiração e saudade a muitos dos que desempenharam, como representantes do meu Estado, o mandato senatorial, realçando-lhes o trabalho levado a efeito em favor do País.

Entre os que foram, naquela ocasião, merecidamente relacionados, estava Tomás Pompeu de Souza Brasil que, hoje, ao comemorar-se o transcurso do centenário de sua morte, recebe esta homenagem especial do Senado da República.

Da mesma forma como Antônio Pinto Nogueira Acioly, Francisco de Paula Pessoa, Figueira de Melo, João Cordeiro, João Tomé, Joaquim Catunda, Senador Alencar, Castro Carreira, José Pompeu Acioly, Fernandes Vieira, Costa Barros, Pedro Borges, Viriato Medeiros e tantos outros, Tomás Pompeu integrou este Plenário, tudo fazendo para honrar as tradições políticas e culturais do povo cearense.

Os nossos *Anais* — como adiante se verá — registram a sua participação destacada na vida parlamentar brasileira, ensejando a que se constate a dignidade em que foi pautada a sua conduta como homem público, voltada para a defesa das grandes causas nacionais.

O historiador alencarino Hugo Victor Guimarães, em seu livro de pesquisa intitulado *Deputados Provinciais e Estaduais do Ceará*, aponta

Tomás Pompeu de Souza Brasil como “uma das maiores cerebrações” do nosso Estado.

Nascido nos sertões de Santa Quitéria, em 1818, para Fortaleza veio na companhia de seu tio Gregório Francisco Torres e Vasconcelos, daí embarcando para o Recife em 1834, com o objetivo de cursar o Seminário de Olinda e a Academia de Direito, conseguindo ordenar-se em setembro de 1841 e colar grau em Ciências Jurídicas dois anos depois.

Ao regressar à sua terra natal, com o apreciável lastro de cultura que lhe foi dado alicerçar naquelas duas vetustas entidades educacionais, Tomás Pompeu empolgou-se com a instalação de um estabelecimento oficial de ensino — o que veio a ocorrer em 1845 — fundado que foi, naquele ano, o tradicional Liceu do Ceará, por cujas classes têm passado sucessivas gerações.

Como primeiro diretor do Liceu e da Instrução Pública, o inolvidável mestre impôs-se à admiração de seus discípulos, em razão de sólido preparo e notória competência, granjeando aura de prestígio invulgar no seio da comunidade cearense.

O destaque que alcançou no magistério fê-lo figura de marcante evidência em todos os círculos sociais, o que motivou, ao lado de indissolúvel vocação, seu efetivo ingresso na atividade política, quando, na condição de suplente, assumiu, entre 45 e 47, a cadeira do Deputado-Geral José Costa Barros, falecido antes de empossar-se.

Somente em 1864, na vaga do Dr. Miguel Fernandes Vieira, é que Tomás Pompeu de Souza Brasil foi eleito e nomeado senador pelo Ceará.

Na velha Câmara do Senado, tinha início, então, uma atuação proficiente e brilhante, conforme assinalam os seus biógrafos e o atestam os pesquisadores da nossa história parlamentar.

Desta tribuna expunha ele, com notável sapiência, idéias e fatos, discutindo-os aprofundadamente, numa demonstração de que se achava a par da problemática nacional.

O príncipe dos poetas cearenses, Cruz Filho, referindo-se a Tomás Pompeu, citava-o entre os mais distinguidos brasileiros, chamando-o de “professor, jornalista, orador parlamentar e cientista, que nos legou notáveis obras”.

Por sua vez, o Barão de Studart, autor de clássico e alentado *Dicionário Biobibliográfico*, assim se manifestou sobre o Senador Pompeu:

“Cearense notável, foi presbítero, bacharel em Direito, professor, autor de várias obras e político de valor, quer nos comícios populares, quer na tribuna parlamentar, quer na imprensa.”

Dotado de privilegiada inteligência, teve sempre incessante atividade cultural, sendo numerosos os seus trabalhos publicados, habitualmente acolhidos com calorosos aplausos pelos estudiosos dos assuntos neles versados.

Dentre os mesmos, convém referir, na seqüência cronológica em que foram elaborados:

— *Princípios Elementares da Cronologia para Uso do Liceu do Ceará* (1850);

— *Memória sobre a Estatística da População e Indústria da Província do Ceará* (1850);

— *Eleição do Quarto Distrito* (1857);

— *Compêndio de Geografia Geral* (1857);

— *Ensaio Estatístico da Província do Ceará* (1863/64);

— *Compêndio de Geografia Geral e Especial do Brasil*, anteriormente intitulado apenas *Compêndio de Geografia Geral* (1864);

— *Memória sobre o Clima e Secas no Ceará* (1877);

— *Sistema ou Configuração Orográfica do Ceará* (1877);

— *Juízo Histórico do Senador Pompeu sobre os Fatos do Ceará* (póstumo) na *Revista do Instituto do Ceará* (1895).

O historiador Raimundo Girão, em *Pequena História do Ceará*, cita várias vezes o Senador Pompeu, conforme se infere de trecho inserido no Capítulo XX:

“Tantos flagelos caíram sucessivamente — e alguns ao mesmo tempo — sobre a população do Ceará, desde 1824 até 1828, comentava o Senador Pompeu, que admira não ter-se ela inteiramente rarefeito, sucumbindo ao flagício dos homens e da natureza e emigrando para outras Províncias.”

Como homem de partido e em razão de seu invejável espírito de liderança, Tomás Pompeu de Souza Brasil comandou a corrente liberal no Ceará, que se contrapunha aos conservadores, estruturados estes na presidência do Dr. Manuel Felizardo de Sousa Melo, sucessor do Senador Alencar, em 1837. Somente 4 anos depois é que os conservadores, bafejados pela força dos Fernandes Vieira, notadamente os Drs. Miguel e Gonçalo, consolidaram o seu prestígio, pela adesão do boticário Rodrigues Ferreira e do comendador José Antônio Machado.

Os liberais, por sua vez, mantiveram-se aglutinados em torno do Dr. Tomás Pompeu, até a sua morte, quando ocorreu dissensão interna de largas proporções, representada por duas alas inconciliáveis: os pompeus ou minus, sob a chefia do Dr. Antônio Pinto Nogueira Acioly, e cujos ideais eram defendidos pelo periódico *Gazeta do Norte*, e os paulas ou ripardos, dirigidos por Rodrigues Júnior, que continuaram utilizando as páginas de *O Cearense*.

Os conservadores, por seu turno, divididos em graúdos e miúdos, vieram a formar coalizões com pompeus e paulas, numa autêntica subestimação a princípios e diretrizes que doutrinariamente deveriam separá-los.

O jornalista João Brígido, com sua pena cáustica, ao se reportar sobre processo de obtenção de votos na chamada pátria velha, focaliza a eleição a "bico de pena e a peso de ouro", de conformidade com coleções de artigos seus, coligidos em antologia, por Jáder de Carvalho.

Na página 489, da aludida antologia de João Brígido, lê-se:

"Este mesmo agente efetuou também a compra de toda a votação para o chefe liberal, Dr. Pompeu, pela soma insignificante de 600 mil réis, que lhe fora enviada desta Capital por intermédio do Dr. Bernardo Duarte Brandão. Deu-se isto não obstante encontrar-se na vila o candidato Raimundo de Araújo Lima, que se tinha feito depenar nessa localidade, já tendo sido copiosamente em Lavras. Araújo Lima exasperou-se quando soube que se estava recomendando a ata para o chefe liberal em prejuízo seu. A nenhuma consideração, porém, quiseram atender os chefes conservadores, que dispunham do colégio a seu talante."

Com a realização deste pleito, da lista tríplice passou a fazer parte o chefe liberal, que foi escolhido senador de 9 de janeiro de 1864.

A austeridade e coerência de Tomás Pompeu de Souza Brasil mantiveram-se irrepreensíveis ao longo de sua movimentada vida política, dando lugar, inclusive, a gestos de incomum desprendimento, como o que o levou a rejeitar convite para o desempenho de pasta ministerial do Império, no Gabinete de 31 de agosto de 1865.

Os descendentes do Senador Pompeu, que constituem estirpe das mais nobres, têm sabido honrar-lhe a memória, contribuindo, igualmente, para projetar o Ceará perante o País. Foram quatro os filhos havidos de sua união com a jovem Felismina Carolina Filgueiras: Maria Tereza, Antônio, Tomás e Hildebrando.

O seu genro, Antônio Pinto Nogueira Acioly, foi o continuador da liderança política, exercida junto aos liberais, passando a chefiar pode-

rosa oligarquia, que preponderou, por longos anos, na estrutura partidária do Estado, com ressonância no âmbito federal.

Dois dos filhos do comendador Acioly alçaram-se ao Senado: Tomás Pompeu Pinto Acioly e José Pompeu Pinto Acioly.

O "sociólogo das secas", Tomás Pompeu Sobrinho, neto do Senador, foi outro descendente ilustre, transformando-se em vulto dos mais acatados dos círculos intelectuais e científicos do País.

O seu bisneto, Tomás Pompeu, vem exercendo, em seguidas gestões que chegam no corrente mês ao seu término, a presidência da Confederação Nacional da Indústria, mercê de uma projeção que conquistou junto aos que compõem a sua categoria econômica.

O transcurso, na último dia 2, do centenário de morte do padre Tomás Pompeu foi assinalado por significativas solenidades, a mais importante das quais a sessão solene promovida pelo Instituto do Ceará, da qual foi orador oficial o conselheiro José Parsifal Barroso.

No magnífico discurso que elaborou, o ex-governador analisou, sob múltiplos ângulos, a personalidade do grande ceostaduano, ao mesmo tempo em que teceu considerações em torno de importantes acontecimentos da história política cearense.

Como professor, sacerdote, jornalista, escritor e político, o Senador Pompeu transformou-se em vulto exponencial da própria Nação, em razão, sobretudo, da penetração que obteve junto aos altos escalões do Império.

Sem ser tribuno vigoroso, as suas opiniões, externadas em demorados pronunciamentos ou breves intervenções, eram, porém, sempre acatadas, exatamente porque pautadas numa linha de equilíbrio e clareza invejáveis.

Joaquim Manuel de Macedo, em oração publicada na revista trimestral do Instituto Histórico, Geográfico e Etnográfico do Brasil, ao comentar o desaparecimento de Tomás Pompeu, assim se manifesta:

"Oh! O Ceará... como lhe tem sido desabridamente fatal o ano de 1877; dos seus mais ilustres e gloriosos filhos, um, o padre Pompeu, lá morre em setembro; outro, José de Alencar, o mais legítimo representante das Letras brasileiras, aqui, a 12 de dezembro, passa prematuramente à eternidade, e sobre tão dolorosas perdas, avulta o horror incomensurável da seca."

Em excelente monografia sobre o Senador Pompeu, a circular ainda no corrente mês, numa edição a ser publicada por iniciativa do Secretário de Cultura do Ceará, Dr. Ernando Uchoa Lima, o historiador Raimundo Girão detém-se sobre o vulto insigne do chefe liberal, pondo

em relevo a sua extrema dedicação ao partido, como se constata no trecho seguinte:

“De fato, Tomás Pompeu, cedo, ligou-se ao Partido Liberal e deu-lhe tudo o que uma farta messe de ajudas podia dar e de seus correligionários recebeu tudo que fosse demonstração de acatamento e apoio nas suas austeras decisões.”

O falecido coronel José Aurélio Saraiva Câmara, que integrou o Instituto do Ceará, e ali foi sucedido, anos depois, por seu irmão, o historiador Fernando Câmara, também externou, ao final de abalizada pesquisa empreendida no arquivo pessoal do Senador Pompeu, o seu entusiasmo pela imensa evidência do saudoso líder, ressaltando:

“Todo documentário epistolar possui, por sua própria natureza, enorme valia histórica e sociológica, que lhe outorga a marca de sinceridade que lhe deve ser própria. Escritas na base da confiança recíproca, repositório de narrações e comentários que a consciência política e social interdita ao grande público, as cartas constituem fonte preciosa para o verdadeiro conhecimento dos homens e dos fatos. No caso em apreço, sua importância cresce pela alta significação dos missivistas e pela natureza do assunto, na sua quase totalidade relacionada com o panorama político do Ceará, no terceiro quartel do século passado.”

Pelo apreço que granjeou junto aos seus pares, Pompeu com eles convivia em clima de verdadeira fraternidade, tratado com inexcusável cordialidade por figuras eminentes do Império, como Nabuco de Araújo, Duque de Caxias e tantos outros.

Nas páginas de *O Cearense*, o seu fulgurante talento levou-o a escrever artigos memoráveis, definindo o seu pensamento e o da sua agremiação sobre questões de palpitante atualidade.

O conselheiro Tristão e Frederico Augusto Pamplona, como fundadores daquele periódico, do mesmo se afastaram, anos depois, para o desempenho de cargos públicos, ficando Tomás Pompeu com a responsabilidade de dirigi-lo, dentro de uma feição ideológica ditada por suas convicções.

Foi, assim, intensíssimo o seu labor jornalístico à frente daquele conceituado órgão da imprensa indígena.

Sr. Presidente, Srs. Senadores:

Se como jornalista revelou-se talentoso e culto, como parlamentar Tomás Pompeu de Souza Brasil transformou-se em expressão legítima dos nobres sentimentos do povo cearense.

Os *Anais* desta Casa, no período compreendido entre 1864 e 1877, consignam a sua notável e patriótica atuação, dedicada ao trato de assuntos da maior relevância para o Ceará e o País.

A diversificação das matérias por ele trazidas a debate e as intervenções a que foi levado em razão de pronunciamentos dos demais Senadores, comprovam a sua identificação com os problemas de interesse nacional e regional.

Quando, por exemplo, na velha estrutura administrativa do Império, se discutiu o orçamento da Marinha para 1865, Pompeu lutou a fim de que nele fossem assegurados recursos ponderáveis para viabilizar o ancoradouro projetado para Fortaleza.

Disse ele, então, da tribuna:

“V. Ex^ª e o Senado estarão lembrados de que o nobre Ministro (da Marinha), quando aqui veio discutir a fixação das forças do mar, nos disse que não faltaria à sua palavra. Esta declaração de S. Ex^ª foi aceita pelo Senado com satisfação, como era natural, porque na verdade não é pouca cousa a certeza de que um ministro cumpre suas promessas.

Ora, S. Ex^ª na outra Casa do Parlamento, disse, espontaneamente, que tomava o compromisso de dotar o Ceará de um porto ou procuraria melhorar o estado do porto da Capital do Ceará; eu tomo o nobre ministro pela sua palavra: venho lembrar-lhe esse compromisso, cuja execução desejo.”

O porto reivindicado esperou quase um século para que pudesse servir a contento aos nossos anseios de desenvolvimento e progresso.

Vê-se, assim, que já no passado os nossos antecessores necessitavam de indormida vigilância para que se concretizassem aspirações, mesmo as mais justas e inadiáveis.

Atento, por sua vez, às dificuldades climáticas que vêm marcando crucialmente os cearenses, o Senador Pompeu, em agosto de 1864, defendia a preservação das florestas e a construção de açudes, fazendo-o com elegância e percuciência:

“Por muitas vezes hei combatido esse fatal sistema de devastação das florestas que, infelizmente também no Ceará, se pratica para as plantações anuais de legumes, algodão e café. Ainda em 1860, publiquei e espalhei uma *Memória*, não só aconselhando a conservação das matas, como animando a silvicultura e construção de açudes como meio de fertilizar o solo e tornar mais regulares as estações.”

Treze anos após este pronunciamento, abatia-se sobre o Nordeste a mais dramática das calamidades, na qual perderam a vida milhares de pessoas.

A seca implacável, que continua, infelizmente, a repetir-se na área do Polígono, seria hoje sensivelmente minimizada, em seus danosos efeitos, se as postulações dos representantes da região houvessem sido, ao longo dos tempos, acolhidas pelos setores governamentais competentes.

Homem cordato, mas de coragem cívica inquebrantável, o Senador Tomás Pompeu nunca tergiversou em assumir posicionamentos enérgicos, investindo, com inflexível firmeza, contra aqueles que descumpriam os seus deveres éticos, em detrimento dos interesses maiores da coletividade.

Na sessão de 6 de junho de 1866, extrai-se uma destas soberbas atitudes, que podem ser encontradas nos fastos de nossa história parlamentar:

“Bem sei, Sr. Presidente, que a coerência ou firmeza de princípios não é hoje uma virtude confessável, desde que um nobre ministro, cuja palavra sempre autorizada cria situações ou mata a sua vontade, fez na outra Câmara apologia das apostasias. Peço licença a este nobre ministro para conservar minhas antigas crenças, fidelidade aos meus princípios e a não acompanhar o progresso desse terceiro partido criado pelo atual Gabinete.”

Que lição admirável de hombridade e correção lega-nos o involdável Senador Pompeu, cuja memória hoje homenageio, em nome da bancada do Movimento Democrático Brasileiro!

E muitos outros trechos mereceriam destaque especial, todos eles reafirmadores desta enfiatura incorruptível, mesmo diante do fascínio de permanecer nas graças dos poderosos.

Em 12 de setembro de 1867, na sessão ordinária que então se realizou no Senado, o padre Pompeu enfatizou a sua disposição de luta, afirmando:

“...hesitei se devia romper o silêncio que até hoje me hei imposto na presente sessão, limitando-me, tão-somente, ao voto simbólico com que tenho acompanhado os meus amigos de oposição. Talvez devesse continuar neste propósito, talvez fosse mais prudente esta minha reserva; porém, dói-me a consciência ter de retirar-me daqui sem satisfazer um compromisso que contraí o ano passado com o governo, sem protestar desta tribuna contra atos que particular e publicamente tenho reprovado, sem finalmente dar um testemunho solene aos meus ami-

gos da minha província e do Império, de que, se na quadra difícil que atravessamos não posso ser-lhe útil, sei ao menos acompanhá-los em seus sofrimentos, nesse sentimento que une, enobrece e consola as causas vencidas — constância e fidelidade na adversidade.”

Defensor das garantias individuais e das liberdades públicas, o Senador Tomás Pompeu de Souza Brasil focalizou, em inúmeras oportunidades, a manutenção destas conquistas, verberando contra as restrições a elas impostas na realidade vivida pelo País.

Aparteado, certa vez, por Paranaguá, Ministro do Império, o ilustrado cearense retrucou:

“...liberdade de voto! Pois há voto livre em um país onde a eleição é privilégio do governo? Onde ninguém pode ser eleito sem que o governo consinta? Onde os presidentes de província elegem aqueles que o governo manda eleger ou que merecem sua escolha, ou quando muito tolerarão que sejam eleitos alguns adversários *propter scandalum*?”

E, adiante, arremata:

“Como é, pois, que se pode dizer que neste País há, com efeito, liberdade de voto? Na eleição passada quase todos os presidentes foram eleitos por permuta.”

Muitas distorções ocorridas à época da política imperial repetem-se, sob novas conotações, nos dias atuais, sem que se veja instaurada a democracia plena, com a qual sonharam os nossos maiores.

Episódios de intensa movimentação legislativa, como, por exemplo, a reforma do Judiciário, renovam-se, desde o Império até a República, com nuances decorrentes da época e da conjuntura em que foi a mesma discutida e votada.

Em março e abril deste ano, o Congresso foi instado a manifestar-se sobre emenda constitucional, enviada pelo Executivo, alterando o Judiciário, dando lugar a um lastimável hiato no funcionamento das duas Casas — fato condenado acerbamente por todas as nossas correntes de opinião.

Em julho de 1871, proposição assemelhada foi apreciada pelo antigo Senador, tendo o padre Pompeu participado, ativamente, dos debates, sempre utilizando linguagem elevada, mas contundente, nas críticas que formulou à matéria, como se lê:

“Há trinta anos, Sr. Presidente, que esta lei entrou no País por um batismo de sangue, semelhante às instituições do an-

tigo paganismo, que se iniciaram por sacrifícios e imolações; há trinta anos que esta lei escandaliza a Constituição, cujas garantias ela em parte inutiliza; há trinta anos que serve alternativamente de instrumento aos partidos dominantes contra os seus adversários e por isso a sua abolição há sido reclamada por ambos os partidos. Mas só agora foi-nos dada a esperança de sua revogação, porque só agora baixou a luz divina que inspirou ao governo ou ao partido conservador para retocá-la.”

Insurgindo-se contra a apregoada limpidez do processo eleitoral e o faccioso comportamento do governo no reconhecer a vitória dos representantes liberais, Tomás Pompeu emprega sempre uma argumentação convincente ao defrontar-se, na tribuna, com os seus colegas da bancada conservadora.

Na sessão ordinária de 21 de fevereiro de 1873, ao comentar a eleição há pouco efetuada, ressalta, contundentemente:

“E o que mais lamento, porque é mais triste, é ver o nobre presidente do Conselho achar não somente isso regular e bom, como vir proclamar no Parlamento que a eleição última é a expressão da verdadeira opinião do País, foi a mais livre que se procedeu nestes últimos tempos.”

Preocupado, permanentemente, com a política de sua província, Pompeu nunca permitiu que a sua ascensão no plano federal o levasse a esquecer suas origens.

Pelo contrário, quando acontecimentos de real transcendência atingiram a sua terra e a sua gente, assomava à tribuna para clamar por providências ou verberar arbitrariedades, numa incisividade verbal que contrastava com a sua habitual serenidade.

A agressão de um magistrado pelo delegado militar do município de Ipu, no Ceará, levou-o a denunciar à Nação a autoridade prepotente e a conivência de seus superiores, agravada com o respaldo dos líderes conservadores.

Acusa, então, o Senador Pompeu, os seus adversários no Estado:

“Antes, porém, de expor o objeto de minha interpelação, permitam-me, V. Ex^{as} algumas observações sobre a situação deplorável do Ceará, a ver se desperto a atenção do governo para

a sorte de minha infeliz província e alguns sentimentos de moderação e justiça para com os proscritos liberais. A considerar-se a maneira por que o governo e seus partidários tratam o Partido Liberal no Ceará, dir-se-ia que não é mais o jogo regular dos partidos, entre si, que disputam o triunfo legítimo de sua causa, porém, sim, na invasão de conquistadores que pretendem tudo avassalar ou aniquilar, levando ao desespero seus adversários.”

Muitos outros excertos do magistral desempenho parlamentar de Tomás Pompeu de Souza Brasil poderiam ser aqui alinhados, oferecendo o exato dimensionamento do valor de um homem que, por mais de uma década, representou o meu Estado no Senado, desincumbindo-se com inigualável mestria.

Respeitado pelos adversários e sempre aplaudido por seus companheiros do Partido Liberal, constituiu figura altamente prestigiada, até mesmo por aqueles a quem combateu intrepidamente neste plenário.

Sobraram, assim, razões ao Senado para reverenciar, pela defluência do centenário de seu desaparecimento, tão inclito vulto de nossa História, que, como político, bem que poderia servir de paradigma aos que o sucederam.

Raimundo Girão, um dos mais lúcidos pesquisadores dos fatos e dos homens do Ceará, ao testemunhar a sua sincera admiração pelo saudoso conterrâneo, o fez em trecho lapidar, que transcrevo neste final de discurso, possuído, igualmente, dos mesmos sentimentos de reconhecimento aos seus incomparáveis méritos:

“A melhor conclusão, ante o conhecimento de todas estas diversas facetas do *curriculum* do Senador Pompeu é a justa e certa de que foi ele a maior cultura intelectual e o maior prestígio político e social de sua época. Ninguém o superou no engenho e arte com que soube trabalhar a vida, mantendo-a digna e acima de tudo útil à sua Pátria e à sua comunidade. O que metodicamente realizou e produziu em quantidade e qualidade o colocou no brônzeo pedestal que sustenta, na memória e na admiração dos pósteros, a grandeza e fulgência de sua granítica individualidade.”

A Tomás Pompeu, Sr. Presidente, a homenagem da Oposição de hoje — a ele que foi sempre um opositor de arraigadas convicções e que sonhou com um Brasil em que prevalecessem todas aquelas conquistas liberais, por cuja implantação em nossa estrutura jurídico-constitucional tão arduamente propugnou.

Discurso proferido pelo Senador Tomás Pompeu de Souza Brasil, na sessão de 6 de junho de 1866, na discussão do projeto de resposta à fala do trono. (*)

O SR. POMPEU — Senhores, o anno passado disse desta tribuna ao novo gabinete de 12 de maio, que confiando nas promessas de seus illustres membros, a quem continúo a tributar o maior respeito, e attentas as graves circumstancias do paiz, lhe prestava o meu fraco apoio *si et in quantum, suppondo*, como era natural que seus actos correspondessem á confiança que suas palavras havião produzido em meu espirito.

A imitação do nobre ministro da justiça em 1863, venho hoje rectificar esse meu compromisso, declarando-me francamente em opposição, visto como o complexo dos actos do gabinete illudiu minha expectativa, e decidu a condicional de meu ministerialismo.

É, porém, com pezar que deixo de acompanhar a um gabinete, em cujo seio conto estadistas que me honrão com sua estima, e caracteres que estou acostumado a respeitar. Minha opposição, porém, como é facil de ver não póde ser pessoal, nem systematica, e ainda menos forte; mas sim aquella que é compativel com a fraqueza de minha intelligencia, e moderação de meu caracter.

De espirito um tanto positivo tenho pouco gosto para as theorias abstractas, e palavras vagas, que por via de regra formão o que se chama programma ministerial; mas quando essas palavras contém promessas, que determinão nosso modo de obrar, é um dever recorda-las para examinar se ellas correspondem na pratica as intenções manifestadas, e por conseguinte a coherencia, ou incoherencia do governo.

Bem sei, Sr. Presidente, que a coherencia, ou firmeza de principios não é hoje uma virtude confessavel, desde que um nobre ministro, cuja palavra sempre autorizada cria situações, ou mata a sua vontade, fez na outra Camara a apologia das apostasias. Peço licença a este nobre ministro para conservar minhas antigas crenças, fidelidade aos meus principios e amigos, e a não acompanhar o progresso desse terceiro partido creado pelo actual gabinete.

Comparando as promessas do gabinete feitas o anno passado com o seu procedimento ulterior encontro completa contradicção, ou não comprehendí então esses programmas, e fui ingenuamente illudido.

O Senado estará lembrado de que o nobre presidente do Conselho disse aqui, e repetiu na outra Camara, que o fim do Ministerio era debellar a guerra, para o que pediu o concurso patriótico de todos. E quem, senhores, podia recusar-se a tão sagrado dever?

O Sr. T. Ottoni — Apoiado.

O SR. POMPEU — Brasileiro, e representante da nação associei-me de todo o coração ao governo na honrosa empreza, em que o paiz se acha empenhado.

(O orador está collocado em posição tão inconveniente e falla tão baixo que não podemos tomar bem o principio do seu discurso.)

O SR. PRESIDENTE — Ha quem peça a V. Ex. para tomar uma posição em que se possa melhor ouvir o seu discurso, afim de ser tomado com mais exactidão. É um pedido que fazem; V. Ex. póde fazer o que quizer.

O SR. POMPEU — Bem, Sr. presidente, mudarei de posição (toma um lugar mais proximo aos tachygraphos).

Eu dizia, Sr. Presidente, que associei me de todo o meu coração ao convite que fez o nobre presidente do Conselho, e creio que brasileiro nenhum podia deixar de assentir aos sentimentos manifestados pelo Gabinete de 12 de maio a este respeito. Mas como o Gabinete não só tratava de debellar a guerra, como entretanto, não podia deixar de administrar a politica interna e de cuidar de altos interesses do estado, teve o cuidado, para dar garantias de sua politica de fazer na outra Camara, pelo orgão dos nobres Ministros da Justiça de Estrangeiros e da Agricultura, promessa da sua lealdade á politica, em nome da qual subiu ao poder, de conservar a situação no mesmo pé, e de opportunamente apresentar reformas amplamente liberaes.

(*) Texto extraído do Anais do Senado — Subsecretaria de Arquivo.

Esta oração é citada pelo Senador Virgílio Távora, na homenagem prestada ao illustre parlamentar do Império, com a observação de que "marcou época nos Anais desta Casa".

O Gabinete, porém, não só não debellou a guerra, não só faltou ás suas promessas, como tambem faltou ás condições mais essenciaes de qualquer governo para merecer o apoio da representação nacional.

O Gabinete não sustentou devidamente a dignidade nacional e os altos interesses do Estado perante o estrangeiro; o Gabinete violou a Constituição e leis do Imperio; o Gabinete não zelou os dinheiros publicos, não poupou sacrificios inuteis do Estado...

O Sr. T. Ottoni — Apoiado.

O SR. POMPEU — ... o Gabinete não foi fiel á sua palavra, á sua lealdade politica. (Apoiados.)

Emfim, o Gabinete faltou ás duas condições capitaes, que resumem todas, justiça e moralidade exigidas o anno passado pelo nobre senador pela Bahia, ex-presidente do Gabinete de 15 de janeiro.

E' força reconhecer que o governo faltou a essas condições, como rapidamente mostrei.

Quanto á guerra, Sr. Presidente, como não está concluida, não tocarei nella senão de passagem, e guardarei o que tiver de dizer para o tempo do ajuste de contas, como diz o nobre Ministro da Justiça; e mesmo porque me julgo intelramente incompetente para semelhante assumpto.

Todavia, como uma parte da campanha se acha terminada, aquella que diz respeito á invasão do Rio Grande do Sul, e a respeito da qual o nobre Ministro da Guerra publicou alguns documentos, eu pedia licença ao nobre Ministro da Guerra para não extasiar-me diante do glorioso procedimento de Uruguayana, e nem temo a pecha de passar por Paraguay, lançada na outra Camara pelo nobre presidente do Conselho, áquelles que não applaudem esse glorioso feito; porque me escudo sob a autoridade muito valiosa do nobre visconde de Jequitinhonha, que nesse folheto que corre com o seu nome, estigmatizou com penna de Tacito essa gloria, conquistando por isso a alta estima e confiança de governo. Digão o que quiserem os nobres ministros, a sentença do visconde de Jequitinhonha passou em julgado, desde que, convencidos elles dessa verdade, chamarão o nobre visconde para seu auxilhar em uma das posições mais eminentes e dificeis hoje no palz.

Portanto, a gloria de Uruguayana reduz-se ao protesto lavrado pelo Sr. visconde de Jequitinhonha a seu famoso folheto laurado pelo governo.

O Sr. Nabuco (Ministro da Justiça) —
Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Eu tambem pediria licença ao nobre Ministro da Guerra se não reconhecesse a minha incompetencia para fallar da promoção do exercito. Senhores, é opinião das pessoas entendidas nesta materia que nas vespuras de uma batalha não se fazem promoções. Por mais imparcial que quizesse ser o nobre ministro, elle não podia deixar de ser alguma vez illudido, ou não podia satisfazer a todas as ambições, e isso podia arrefecer o enthusiasmo, em prejuizo da campanha e mesmo da disciplina.

E permitta-me S. Ex. que diga que, segundo tenho ouvido, não foi muito imparcial, porque, em vez de promover a officiaes que lá estavão no exercito debellando o inimigo, promoveu a officiaes que estavão na córte do Rio de Janeiro. E ainda mais, Sr. Presidente, eu li e tenho ouvido a muitas pessoas habilitadas, podendo até invocar o nome de algumas muito respeitaveis; li, digo, que um dos nossos muito dignos generaes, uma de nossas glorias, não só scientificas como militares, succumbiu de dôr em Corrientes ao saber a preterição injusta que se lhe fez na promoção. Fallo do illustre general Mello, que se achando doente, e julgando se com direito a ser contemplado na promoção, teve tal sentimento que com isso a molestia apressou seus dias.

Tambem eu quizera perguntar qual a razão por que o governo, que se tinha especialmente incumbido de debellar a guerra, a tem protelado até hoje, devorando com esse prolongamento os recursos do Estado, tanto em vidas como em dinheiro; para mais de 200,000,000\$ se consumirão, e mais de 12,000 vidas já forão devoradas, victimas das epidemias.

Senhores, eu tenho lido que as guerras de invasão são sempre rapidas e passageiras, porque são sómente dispendiosas em dinheiro, em vidas; nenhum estado, nenhum exercito por mais bem disciplinado e mais bem provido pôde ganhar na demora de uma guerra de invasão; porque sempre fica exposto a um clima estranho e a surpresas do inimigo.

O Sr. T. Ottoni — Mas os fornecedores ganhão muito.

O SR. POMPEU — Desde setembro, depois do rendimento de Uruguayana, o exercito poz se em movimento da Concordia em demanda do Paraguay; levou talvez quatro mezes para chegar a Corrientes, ou á mar-

gem esquerda do Paraná, em frente do Passo da Patria. Em Corrientes, na margem esquerda do Paraná, esteve quatro mezes para atravessa-lo, porque não havia transportes; foi quando se lembráram de que os transportes são necessários, apesar da presença da esquadra e de uma flotilha de vapores: passou afinal no dia 18 ou 17 de abril. Parecia que, pisado o território inimigo, vencido gloriosamente esse formidável barranco, devia a marcha ser rapida sobre Humaitá e Assumpção; entretanto, prolonga a sua estada nas margens paludosas e peçtilenciaes dos rios Paraná, Paraguay, e ainda a cabo de um mez o inimigo veio procurar e ataca-lo duas vezes no mesmo ponto, se quiz encontrar-se com elle; ainda não fez aggressão, tem sómente feito a defensiva; é verdade que com grande denodo e bravura.

Senhores, eu não faço aqui censura nem de leve ao nosso bravo exercito, pelo contrario, admiro sua paciencia, seu valor heroico, e tenho a satisfação de aproveitar esta occasião para render-lhe a homenagem da minha admiração pelo seu valor (apoitados), mas não posso deixar de censurar a quem quer que seja que tem prolongado desta maneira uma guerra onde tem succumbido, não tanto á bala, não á espada, mas á febre e aos máos tratos, mais de 12,000 homens, e onde se tem consumido mais de 200 milhões ou mil contos.

A este respeito peço licença para ler o trecho de uma carta que vem publicada no Correio Mercantil, a qual me parece de pessoa muito habilitada...

O Sr. T. Ottoni — E' official, embora não o seja ostensivamente.

O SR. POMPEU — Dirigida segundo parece ao nosso representante no Rio da Prata. Fallando ao Sr. conselheiro Octaviano, ao que me parece confidencialmente, revela as miserias, o pessimo tratamento, que soffre o nosso brioso exercito no territorio inimigo.

Uma voz — Esta carta é confidencial.

O Sr. T. Ottoni — Por ser confidencial, não é verdadeira?

O SR. POMPEU — Diz ella (lendo):

"De uma carta escripta do exercito extrahimos os topicos seguintes:

".....

"Fóra o gracejo.

"Sabes que vivo desgostoso? pois vivo; e só um pouco de capricho, outro tanto de amor-proprio e de pundonor me têm

obrigado e me obrigará a levar por diante, até ver se a concluo, a minha penosa commissão.

"Depois das injustiças que hei soffrido, tu que me conheces de perto, diz-me: é ou não necessaria uma vontade de ferro para resistir ao sacrificio extremo de uma campanha como a em que agora entramos?

"Mas tu não podes ser bem juiz nesta materia. Faço o melhor conceito da tua intelligencia, do teu criterio, do teu bom-senso; mas tu, meu Chico, não podes fazer idéia (porque não estás cá) do que actualmente soffremos, do que soffre todo o nosso misero exercito.

"A nação dispende sommas fabulosas, compromette o seu futuro; e o soldado, que morre para defender-lhe a honra ultrajada, definha-se, victima da fome e dos máos tratos.

"Sabes o preço elevado de cada etapa desde que passamos o Paraná. Pois sabe tambem que a carne, sobre ser distribuida a más horas, chega quasi sempre sentida, e a farinha, além de miseravel pela porção, é de ordinario infame, pela qualidade. E o mais interessante é que o fornecedor para poupar os seus empregados, atira com os generos na praia de Itapirú, e dali os vem buscar ás costas os pobres soldados do Passo da Patria (cerca de duas leguas!)

"Os pobres officiaes que não têm etapa em generos, ou hão de comer da carne dos soldados, ou roer as unhas. Não havendo dinheiro, como ir ao commercio comprar assucar a 1\$600 a libra (mascavado), café a 4\$, bolacha fedorenta a 160rs. cada uma, etc., etc.?

"A tudo isto accrescenta: em frente do inimigo não ha cavallos para cargas, não ha portanto bagagem de officiaes, nem barracas. De dia, sol e calor ardentissimo; de noite, sereno (tudo á descripção).

"A's 2 da manhã (quando não toda a noite), toca a formar para o alarma que dura até o sol fóra. E, se ha chuva, tanto melhor: põe-se tudo a postos e a tomar molho velho.

"E' uma vida magnifica! Decdidamente não a deixo mais! E, se desta escapo, e houver outra guerra, não faltarei. Tomára eu que esta já se acabe e que venha outra para que eu volte!

"Então virás também comigo, meu cambêta.

"Adeus, pois, meu Chico. Se eu morrer (de que lá para que digamos não tenho grandes desejos) digo como o arabe: estava escrito! se escapar, terei muito que contar-te.

"O que mais me escabria são as taes febres que se vão desenvolvendo no exercito."

E' assim, senhores, que o governo despendendo a somma fabulosa de 200,000:000\$ irata o nosso exercito, e procura debelar a guerra!

Uma voz: De que data é essa carta?

O SR. POMPEU — Eis aqui o que diz essa carta que se acha publicada no *Correio Mercantil*, e que supponho dirigida ao nosso ministro; e a data é recentissima, o *Correio Mercantil* creio que é de ante-hontem.

Eu disse, Sr. Presidente, que o governo não havia sustentado a dignidade nacional, nem os altos interesses do Estado perante o estrangeiro. Refiro-me especialmente á solução que o governo acabou de dar á questão ingleza e ao tratado da triplíce alliança.

Eu não quero repetir o que se tem dito na outra Camara e no Senado com mais profeciencia e sabedoria, mas não posso deixar de insistir em que a solução aceita pelo Sr. Ministro de Estrangeiros, quanto a questão ingleza, não foi decorosa ao palz, embora S. Ex. affirme, como fez na outra Camara, que ainda quando tivesse contra si toda a opinião publica não deixaria de obrar do mesmo modo. A Inglaterra, como sabe o Senado, exigiu uma indemnisação pelos suppostos assassinatos havidos em subditos inglezes por occasião de um naufragio nas costas desertas do Albardão, e mais uma satisfação pela supposta offensa aos officiaes da fragata Forte. O Brasil resistiu á essa pretensão injusta e a Inglaterra, depois de ter em vão offerecido submeter a questão á um juizo arbitral, respondeu pelo emprego da força; e nos nefastos dias de janeiro de 1863 esta cidade foi testemunha das violencias praticadas pelo cruzeiro inglez, esse grande attentado contra a soberania nacional: o porto bloqueado, cinco ou seis embarcações mercantiles apprehendidas e levadas para a ilha das Palmas, a população em grande alarma sob a pressão de uma violencia inaudita.

O governo imperial viu se obrigado a ceder á força. Pagou sob protesto a quantia

exigida como indemnisação pelo governo inglez, e aceitou, afinal, quanto á questão da Forte o juizo arbitral para um monarca da Europa.

Bem, o nosso governo julgou do seu dever, e julgou muito bem, fazer exigir pelo nosso representante em Londres uma satisfação das offensas praticadas pelo cruzeiro inglez á nossa soberania nacional, e a indemnisação dos damnos causados aos particulares pelo aprisionamento dos seus navios. O governo inglez não quiz acceder; seguiu-se dahi a suspensão das relações politicas do Brasil com a Inglaterra e a retirada do nosso ministro de Londres.

Entretanto a questão dos officiaes da Forte, sendo submettida ao rei dos belgas, foi decidida a nosso favor, e ao menos nesta parte a Inglaterra deveu reconhecer a sua sem razão para comnosco.

A justiça da nossa causa havia provocado as sympathias da Europa, mesmo da Inglaterra. Nos meetings, na imprensa e até no seio do Parlamento inglez, vozes generosas se levantáram a nosso favor. Nós não tinhamos obtido do governo inglez a satisfação pedida, mas tinhamos conquistado a victoria moral que é o reconhecimento do direito pela opinião esclarecida do mundo civilisado.

O que, portanto, competia ao governo na sustentação do nosso direito em ordem a salvar a dignidade nacional? Era insistir na satisfação pedida, desde o principio, pela offensa que se tinha praticado em nossa soberania e pela indemnisação dos damnos causados aos particulares, até que o tempo e a opinião publica fizessem o governo inglez reconhecer nosso direito. Mas o Gabinete actual, o nobre Ministro dos Estrangeiros, deixando de seguir a via traçada ou o precedente dos ministros anteriores, apressou-se em fazer a reconciliação com a Inglaterra, sacrificando a dignidade nacional, barateando a nossa justiça e expondo-nos á irritação da Europa.

O que exigião os ministros anteriores a S. Ex. como condição da nossa conciliação? Uma satisfação qualquer da parte do governo inglez pela offensa feita á nossa soberania nacional e uma indemnisação, ainda que fosse de um shilling pelos damnos causados aos subditos brasileiros, em fim um reconhecimento de nosso direito.

Duas partes, pois, continhão nossas reclamações: 1.ª, que a Inglaterra expressasse seu pezar pela violencia que acompanhou a sua represalia, declarando que não tivera intenção de ferir a dignidade nacional; 2.ª,

que satisfizesse, mediante uma liquidação arbitral, o dano causado por sua violencia ao commercio brasileiro. O nosso augusto, e officioso mediador não pôde obter do governo inglez nem uma dessas duas reclamações.

Entretanto, a primeira proposta de lord John Russell, que havia sido recusada como incompativel com a dignidade do Brasil, foi mandada aceitar pelo nobre ministro o Sr. Saraiva, pondo de parte nossa antiga exigencia. Esta proposta limitava-se sómente á manifestação do sentimento de pesar pelas circumstancias que surgirão por occasião da interrupção das relações internacionaes; nem uma palavra, note o Senado, a respeito da offensa feita á soberania nacional, e nem um real, nem um schilling, como indemnisação dos danos causados aos subditos brasileiros!

Eis, portanto, Sr. Presidente, toda a satisfação que obteve o nosso governo do ministro Inglez; e entretanto o nobre Ministro de Estrangeiros disse que esta era tão completa que, ainda quando a opinião geral do Imperio se manifestasse contra, elle nunca a deixaria de aceitar. Nem uma palavra se quer se disse de pesar pela violencia que o cruzeiro Inglez praticou no nosso porto e pela offensa da soberania nacional. Nem se quer o menor reconhecimento de ter violado os direitos de nossa soberania.

Ainda mais, Sr. Presidente: o nosso governo não exigiu a execução plena da sentença proferida pelo Rei Leopoldo.

Como sabe o Senado, a questão Ingleza tinha duas partes, uma relativa aos negocios do Albaridão e outra relativa aos officiaes da fragata Forte; a represalia foi pelo complexo destas duas partes. Por consequencia, se a sentença dada a respeito da Forte nos foi favoravel e a Inglaterra a aceitou, ella devia ter plena execução; portanto, ao menos com relação aos negócios da Forte, a Inglaterra devia dizer que tinha injustamente offendido á nossa soberania, que não tinha tido intenção de fazer tal offensa, e devia reparar os danos causados aos subditos brasileiros pela parte relativa á esta supposta offensa aos officiaes da fragata Forte.

Nós confessamos á Inglaterra em face do mundo que não tinhamos razão, que a Inglaterra tinha todo o direito de praticar contra nós as violencias que praticou, porque nós caprichosamente havíamos resistido a um direito que ella tinha e que depois confessamos.

A sympathia que a justiça da nossa causa havia adquirido na Europa, naturalmen-

te se tornará em desprezo, desde que a Europa civilisada souber que nós abandonamos nosso direito, ou antes confessamos que não tinhamos direito.

Sr. Presidente, o nobre Ministro dos Estrangeiros como em justificação de seu acto allegou na outra Camara que o Brasil era fraco, mas este argumento de fraqueza não me parece procedente. Desde quando o Brasil é fraco? é de agora ou já o era em 1863? Pois se esta circumstancia de fraqueza foi bastante para que não podessemos insistir pelo nosso direito, porque não se reconheceu isso nesse tempo e não se annuiu a tudo quanto exigiu a Inglaterra, como hoje se fez? Não era presidente do Conselho de 30 de maio o nobre presidente do Conselho de hoje? Não era a sabedoria e prudencia de S. Ex. que inspirava ao Gabinete de então como hoje inspirára? Por que razão, pois, não se reconheceu nesse tempo procedente este argumento de fraqueza, e não se poupou ao Brasil tantos sacrificios, talvez mesmo até esta guerra do sul, e ainda mais, senhores, este espectáculo que apresentamos ao mundo de termos feito tanta bulha, tanta motinação, por uma causa de que depois confessamos que não tinhamos razão?

Por que não se aceitou o arbitramento proposto pelo ministro Inglez para toda a questão? Ah! senhores, o nobre presidente do Conselho carrega com grande responsabilidade desse negocio! Qualquer que fosse o resultado desse julgamento, nada tinhamos a perder; porque se fosse á nosso favor, como era de esperar, á vista da justiça de nossa causa, e de seu reconhecimento pela opinião esclarecida da Europa, teríamos um triumpho completo; se contra, satisfaríamos em virtude da sentença do mais elevado tribunal da terra aquillo que, obrigados pela força, depois fizemos.

Mas, senhores, eu admiro ainda que seja o nobre Ministro dos Negocios Estrangeiros que venha allegar fraqueza como argumento procedente para que o Brasil se submettesse ao orgulho Inglez quando o nobre Ministro dos Negocios Estrangeiros foi aquelle que no Rio da Prata em 1864, como plenipotenciario atirou esse famoso ultimatum á Republica Oriental que arrastou o Brasil a uma guerra desastrosa que vai consumindo nossas forças viciaes. Não é tempo, Sr. Presidente, de discutir esta guerra do Prata e a causa della, um dia a historia ha de dizer la; e eu não receo antecipar o juizo da posteridade assegurando que ella lançará maldição sobre aquelle que imprudentemente atirou nos na voragem de uma guer-

ra que vai aniquilando até os recursos das gerações futuras.

Mas, Sr. Presidente, eu protesto contra este argumento de fraqueza, o direito é independente da força, e graças á civilização já lá se foi o tempo em que a força era a ultima razão; hoje, porém, com a illustração do seculo, a força pôde supplantar um momento o direito, porém este, forte pela opinião, mais dias menos dias terá o seu triumpho certo.

Fraco é certamente o Chile em relação á Hespanha, mas acaba de dar á America e ao mundo inteiro um exemplo que excita a sympathia universal (apoiados), preferiu vêr bombardeada a sua primeira cidade á uma simples cerimonia diplomatica, a de mandar saudar a bandeira hespanhola com alguns tiros, porque nisso ia a honra e dignidade da nação. Valparaíso foi bombardeada e talvez outras cidades daquella republica, mas sua honra ficou intacta. Por ventura tão inaudita violencia deu ganho de causa á Hespanha? O Chile fraco e esmagado sahio victorioso, podendo repetir a famosa sentença do philosopho romano: *Victoria placuit diis causa victa Catoni*, que é o triumpho moral do direito; e á nós nem ao menos resta esta consolação! E nem as cousas no Brasil tinham ou podião chegar ao ponto de emprego de força material: não se tratava de um heroísmo, não se pretendia fazer valer pelas armas o nosso direito.

A Inglaterra não nos queria fazer justiça, bem. Bastava que as nossas relações politicas continuassem interrompidas, porque dahi não vinha mal ás relações commerciaes; pelo contrario, provou-se que durante os tres annos em que estiverão interrompidas as nossas relações diplomaticas com a Inglaterra, o nosso commercio com ella progrediu, augmentou, sómente resalvavamos por esse procedimento a dignidade nacional. O que devia, pois, fazer o governo a este respeito? Conservar a mesma attitude, esperar que o tempo e a opinião da Inglaterra fizesse o governo inglez ceder do seu capricho.

Deixo este assumpto, Sr. Presidente, e nem fallarei no bill Aberdeen, que parece já foi abandonado pela nossa diplomacia. Não fallarei tambem das eternas questões de limites com as Goyannas Francezas e as republicas vizinhas, nem tão pouco nas convenções consulares, mas peço licença para dizer alguma cousa a respeito do tratado da triplice alliança que o governo inglez acaba de revelar-nos, atirando ao dominio da publicidade um documento que o nosso governo fazia tanto empenho em

occultar, o que o governo inglez fez sem duvida para mostrar ainda mais uma vez a sua cordialidade para com o Brasil.

Eu entendo, Sr. Presidente, que nesse tratado não forão devidamente consultados, salva a intenção de seu illustre negociador, os interesses do Imperio. Eu não indagarei se este tratado foi ratificado porque isso me parece ocioso, nem tambem por que não foi submettido a conselho de estado, e menos o motivo por que se conservou occulto, não contendo elle condições que importa segredar. Vou ás clausulas claras e terminantes que elle contém, segundo me parece, e que *desejava fossem explicadas de maneira que resalvassem nossos interesses*. Porque por este tratado parece me que estipulou-se para o Brasil sómente a honra dos sacrificios, e para os nossos alliados as vantagens que podem dar a guerra. Senhores, erão tres nações igualmente offendidas que se colligavão por um tratado offensivo e defensivo no interesse de uma causa commum, que era a guerra ao Paraguay.

Deixo de parte a consideração de qual das tres nações se achava mais ameaçada, e tinha mais a perder. Basta saber-se que por maior que fosse a força do dictador do Paraguay elle não poderia, e nem se atreveria a ultrapassar as fronteiras de Mato-Grosso e do Rio-Grande, ao passo que em um momento podia bloqueiar Buenos Ayres, lançar um exercito em suas immedições, levantar a confederação, e auxiliando o partido blanco, derribar o governo de Flores em Montevidéo.

Erão, pois, os nossos alliados do Rio da Prata que corrião riscos mais immediatos e serios, não de simples offensa á sua soberania, mas de sua propria existencia.

Supponhão, porém, que as offensas e perigos erão iguaes, parece que a alliança neste caso devia basear-se nas condições com que cada parte contratante concorria para a empreza commum. Mas não foi assim; o tratado impõe-nos só grandes sacrificios, e concede aos alliados as vantagens que esperão da guerra.

Eu vejo que pelo art. 5.º, que estipula as obrigações dos alliados quanto aos meios de guerra com que cada uma das nações deve concorrer, se diz vagamente que cada uma entrará com aquillo que for possível. Ora, senhores, já se viu em um tratado desta ordem estabelecer-se uma clausula tão vaga! De maneira que cada uma entra com aquillo que puder; e quem é o juiz desta possibilidade? O resultado foi que o Brasil entrou com uma esquadra numerosa, com 50,000 homens, com 200,000:000\$ e os nossos alliados, a Confederação Argentina

com 4,000 ou 5,000 homens e dous vapores e nem um real, e a Republica Oriental com 1,500 ou 2,000 homens e nem um real; eis aqui a que se limitou talvez a possibilidade de cada um desses estados, allás mais ameaçados do que nós.

Pelo art. 3.º se determinou que o commando em chefe dos exercitos alliados e toda a direcção da guerra fosse concedido ao general Mitre. Pois, senhores, sendo o exercito quasi todo brasileiro, sendo sustentado á custa do Brasil, levando-se mesmo a guerra fóra do territorio da Confederação Argentina, por que se dá o commando em chefe ao general alliado? Eu não tenho experiencia, Sr. Presidente, nem competencia nesta materia, mas tambem tenho lido; ainda não vi em uma coalição que exercitos alliados sejam necessariamente todos postos sob o commando do general de uma das nações, salvo quando são simples auxiliares.

Na expedição da Russia em 1812, Napoleão commandou com effeito os exercitos das nações alliadas, mas então os contingentes que marcharão debaixo de suas ordens erão dos alliados da Alemanha, a França é quem fazia a guerra á Russia, e Napoleão era não só o maior soberano da Europa, como o primeiro general do mundo.

Mas note-se que na coalição que a Europa fez contra elle em 1813 e depois em 1815, assim como nas anteriores, todos os exercitos marcharão contra a França debaixo da direcção de seus respectivos generaes; o duque de Wellington, commandava o exercito inglez com os contingentes hespanhol e portuguez; Blucker, o prussiano; o principe de Schwarthzemberg, o austriaco; Werede, o bavaró; o principe real da Suecia Bernardote commandava os suecos; o exercito russo ia debaixo das ordens do general Barclay de Toly, ou antes, do proprio imperador Alexandre; todos entrarão em França, e, entretanto, não houve necessidade de submeter todos esses exercitos debaixo de uma só direcção.

Além disso, Sr. Presidente, o tratado, esquecendo a politica tradicional do Brasil no Rio da Prata, que tem por fim conservar o equilibrio daquelles estados, tende a tirar do Paraguay territorio, que é necessario para garantir a sua liberdade e independencia, afim de da-lo á Confederação Argentina. Todo o territorio da margem esquerda do Paraná, as chamadas *Missões do Paraná*, de que o Paraguay se achava de posse com razão ou sem ella, é concedido á Confederação Argentina e igualmente todo o territorio da margem direita, do rio Paraguay, o grande Chaco chamado,

que se estende até 20º na distancia de 140 leguas e com a largura media de 80 e superficie de 10,000 ou 11,000 leguas quadradas, é tirado do Paraguay para incorporar-se á Confederação Argentina. São 150 leguas pelo rio acima que acrescem a Confederação, que desde então estenderá seus limites pelo Paraná até confinar com o Brasil, e pelo Paraguay até confinar com o Brasil e Bolivia. O que fica da independencia do Paraguay sob a influencia fisica, e politica da Confederação? Será mais uma provincia da Confederação do que um estado independente. Emfim, pelo tratado, o Brasil se obriga a fazer por si a conquista do Paraguay em favor da Confederação Argentina, isto é, concede-lhe aquillo que a confederação constantemente tem desejado fazer por si, e á que o Brasil tem-se opposto.

O Sr. Nabuco (Ministro da Justiça) —
Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Para completar a annexação do Paraguay á Confederação Argentina, pelo art. 9.º do tratado, o Brasil só se obriga a garantir a independencia do Paraguay durante cinco annos. Pois, senhores, a independencia do Paraguay, que é para assim dizer obra da diplomacia brasileira como necessaria para o equilibrio dos estados do Rio da Prata, ha de o Brasil abandonar-la daqui ha cinco annos?

É com effeito tempo mais que sufficiente para a Confederação preparar sua obra, e realizar sua aspiração tradicional desde os tempos coloniaes, isto é, a restauração do antigo vice-reinado de Buenos-Ayres.

Ainda mais, Sr. Presidente, uma parte deste territorio do grande Chaco, a mais septentrional, é disputada pela Bolivia que tem pretensão e necessidade de fazer um porto no alto Paraguay. Consta me mesmo que havia negociações pendentes entre o Brasil e esta republica a respeito de uma parte deste territorio, e pelo art. 17 do tratado o Brasil se obriga a garantir este territorio á Confederação Argentina; por consequencia, se val ferir desta maneira os direitos da Bolivia e indispo-la contra nós, provocar sua má vontade, e quem sabe se até suscitar uma guerra para obriga-la a renunciar sua pretensão em favor da Confederação.

E o que foi que se estipulou em favor do Brasil? Nem a menos os limites, que ha muitos annos desde os tempos coloniaes o Brasil réputa seus, se lhe concedeu; deuse-lhe uti possidetis, isto é, a posse exercida no territorio comprehendido entre a foz do Iguerey no rio Paraná, á foz do Apa

no rio Paraguay nada ganhamos, nem um palmo de terra; esta mesma linha nos priva de um bom terreno que pelo accordo accessorio ao tratado de 1750 se reconheceu, segundo o mappa do Sr. Pereira Pinto.

Mas enfim, o Brasil devia ser generoso, o Brasil não devia querer nada do Paraguay; devia mesmo mostrar-se generoso extremo de qualquer suspeita de ambição, porque isso era justo, era politico, para dar um solemne desmentido a seus inimigos na Europa e no Rio da Prata, que tanto nos tem calumniado, emputando-nos intenções sinistras, fins ambiciosos de annexação ou de aquisição de territorio.

Não lamento isto, Sr. Presidente, só não me parece politico é que o tratado, que estabeleceu tanta generosidade do Brasil para consigo, não fosse tambem mais politico para com o Paraguay, porque não devia tirar grande parte do territorio daquela republica, comprometter sua independencia para alargar a Confederação Argentina, de quem o Paraguay ficará mais tarde uma provincia.

Ainda no art. 2.º do protocollo annexo ao tratado se estipulou que os armamentos e os elementos de guerra, que se conquistassem no Paraguay fossem divididos igualmente entre as nações alliadas. É uma bem equitativa partilha!

Pois, senhores, o Brasil, que entra com um exercito de 50,000 homens, com uma esquadra, com todas as despezas, ha de ter nos despojos da guerra quinhão igual aos alliados que entrão um com 4,000 homens e outro com 1,500 homens?

Enfim, Sr. Presidente, é minha convicção, e Deus queira que esteja em erro, que no tratado da triplice alliança estipulou-se para o Brasil tudo quanto era sacrificios, estipulou-se por parte dos alliados tudo quanto podia ser de vantajoso. É muita generosidade.

Nem ao menos se nos deixou livre o direito de regular amigavelmente com a Bolivia a questão de limites, e nem a de poder para o futuro constranger por meio de nossa esquadra o Paraguay, a respeitar nossos direitos, se a Confederação não consentir.

Não concluirei este assumpto sobre as relações exteriores, Sr. Presidente, sem manifestar minha surpresa ou admiração pelo silencio com que o governo do Brasil recebeu a noticia do bombardeamento de Valparaizo pela esquadra hespanhola. Eu entendia, Sr. Presidente, que o governo do Brasil não devia ficar atrás do governo das

republicas vizinhas, devia dar uma manifestação de desgosto por um acto que nos recorda os tempos barbaros, em que a força e a violencia erão o direito publico do mundo. Devia reprovar o procedimento da Hespanha, fosse apenas um protesto. (Apoiados.)

Da minha parte, Sr. Presidente, eu peço licença ao Senado para testemunhar daqui desta tribuna a homenagem da minha sympathia e admiração pelos heroicos soffrimentos dos chilenos e fazer votos pela justiça da sua causa.

O Sr. T. Ottoni — Apoiado.

O Sr. Nabuco (Ministro da Justiça) — Tambem eu.

O SR. POMPEU — Passo á outra proposição do meu discurso.

Eu disse que o governo havia violado a Constituição do Imperio. E para prova disto, basta só lembrar o facto da entrada de força estrangeira no territorio brasileiro sem consentimento da assembléa geral. Pelo art. 15, § 12, da Constituição, compete á assembléa geral conceder permissão para a entrada de força estrangeira no territorio brasileiro.

Nem se diga, como se allegou na outra Camara, que estas forças erão amigas e alliadas, e que dessas não cogitou a Constituição; porque este argumento é um sophisma. Pois por serem alliados deixavão de ser estrangeiros? Para que foi que a Constituição expressamente determinou que não entrassem forças estrangeiras no territorio brasileiro sem licença da assembléa geral? Não foi para prevenir uma hypothese, que estou bem longe de suppór que se dê, de que pudesse haver um conluio entre o governo do Brasil e um vizinho para que, entrando forças no territorio, destruisse a integridade e as instituições do paiz? E assim não se podia legalmente (na opinião do governo) burlar o fim que a Constituição teve em vista? E quando isto acontecesse não seria com um alliado? Por consequente, Sr. Presidente, o argumento ministerial que prevaleceu na outra Camara de que as forças erão alliadas, e que não estavão vedadas pela Constituição, acho que não merece as honras de uma resposta séria.

Eu não contesto a vantagem ou utilidade ou mesmo a necessidade (se quizerem) da entrada das forças alliadas no Brasil; não, é outra questão. Se pelo tratado da triplice alliança esta emergencia estava prevista, por que o governo préviamente não pediu autorisação? porque ao menos não veio de-

pois render homenagem á assembléa geral, pedir um bill de indemnidade por ter consentido em tal violação?

Ainda mais, Sr. Presidente, contra o disposto no art. 33 da Constituição, o governo empregou durante a sessão não só fóra do Imperio, como dentro, membros da assembléa geral. No Rio da Prata, em Montevideo, esteve um deputado em commissão, nas diversas provincias estavam tambem senadores e deputados até mesmo depois de aberta a assembléa geral; ainda está um deputado na presidencia do Amazonas.

Tambem isto se diz que não era violação da Constituição.

Agora peço licença ao nobre Ministro da Justiça, que me ouve sentado á minha direita, para com a autoridade de um discurso de S. Ex. mostrar que o governo violou a Constituição. E S. Ex. quem me vai fornecer prova de uma da mais flagrante violação da Constituição, um objecto da mais alta importancia.

O Sr. Nabuco — Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Senhores, em 1862 o nobre Ministro dos Negocios da Justiça denunciou o decreto de 7 de dezembro de 1861 como um grande attentado contra a Constituição, contra o principio monarchico.

Eis aqui o que disse S. Ex. (Lendo.)

“O decreto que regulou as condecorações é um attentado contra o principio monarchico. Se as honras, como diz Montesquieu, são o principio, ou a moeda das monarchias, neutralisar este principio, arrefecer e difficultar as esperanças que têm os subditos na munificencia imperial, é, me parece, um attentado contra o principio que invoquei: materialisáo-se as honras desde que o principio que supéra todas as difficuldades do decreto é o seguinte: “ganhai dinheiro, que teréis honras.” É uma medida inconstitucional, sendo que a Constituição deu ao Poder Executivo amplamente, e sem restricções algumas, o direito de agraciar.”

O Sr. Nabuco — Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Entretanto, o nobre Ministro da Justiça que denunciou esse decreto como um grande attentado á prerrogativa da monarchia, uma violação da Constituição, usou delle largamente; tornou-se cúmplice desse grande crime, porque mi-

nisterio nenhum depois da publicação desse decreto conferiu tantas condecorações como o de 12 de maio: S. Ex., conforme as suas palavras, violou a Constituição, é réo confesso.

O Sr. Nabuco — Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Já foi dito nesta Casa, por vezes mais autorizadas do que a minha, que o governo commetteu uma violação flagrante das nossas leis, arrogou-se um dos mais importantes direitos magestáticos emitindo papel moeda; provou-se aqui, e o nobre Ministro da Fazenda não nega no seu relatório que cinco ou seis mil contos forão emitidos sem autorização, embora dissesse o nobre Ministro que foi por antecipação de igual quantia ou de notas que tem a recolher. Como bem demonstrou o nobre senador pela provincia do Rio de Janeiro, por este argumento o nobre Ministro podia emitir até 30:000\$, porque tem 30:000\$ que recolher, que se achão nas algibeiras dos particulares; e assim podia emitir papel illimitadamente.

Parece, Sr. Presidente, que o Gabinete actual tem garbo em mostrar o seu poderio, a sua dictadura em não fazer caso das leis do paiz, ou assumindo attribuições do Poder Legislativo, talvez por mostrar que é forte, pois é esse seu maior empenho.

Pende ainda da decisão do Senado um artigo additivo á lei do orçamento, vinda da outra Camara em 1864, autorizando o governo para a aquisição da estrada de ferro de D. Pedro II. Desde que se autorisava o governo por uma lei para a compra da estrada de ferro, era claro que elle não tinha ainda competencia para tal; nem na outra Camara onde foi votado esse artigo, nem aqui, onde ha tanta illustração e proficiencia a este respeito, se disse que o governo já tinha autorisação, e que portanto dispensava uma nova lei para a aquisição da estrada de ferro.

Era pois fóra de duvida, como foi tão bem provado na outra Camara, que o governo carecia de lei para essa aquisição. Entretanto o nobre Ministro da Agricultura cortou esta questão: comprou a estrada de ferro de D. Pedro II, e compraria todas se se ajustasse com as directorias, a quem mandou fazer propostas em Londres.

Esta questão póde ser considerada de dous modos pela sua legalidade e oportunidade: pelo lado da sua legalidade eu acabo de mostrar que o governo não tinha autorisação para isso; e pelo lado da oportunidade terei logo de mostrar que não era occasião.

Senhores, compete ao Poder Legislativo a criação de empregos publicos e a decretação de fundos para os seus ordenados, isso é expresso na Constituição, art. 15, § 16; mas o nobre Ministro da Agricultura este anno, já depois de aberto o parlamento, publicou um decreto creando uma serie immensa de empregados da estrada de ferro, remunerados com ordenados pingues de mais de 200:000\$. Que autorisação teve o nobre Ministro para decretar a criação desses empregos?

Ainda o nobre Ministro da Agricultura, levado por um patriótico ardor de reformar e melhorar tudo, reformou a administração do correio, creando duplicata de empregos; não sei se estava autorizado para tal reforma, mas pelo menos duvido que tivesse autorisação para crear duplicatas de empregos.

O Sr. Nabuco (Ministro da Justiça) — Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Agora é V. Ex. (dirigindo-se para o Sr. Nabuco), é o nobre Ministro da Justiça que vai fornecer-me uma prova de violação da lei com a aposentação do conselheiro Josino no lugar de director geral da Secretaria da Justiça, de que havia sido demittido ha dous annos. Senhores, eu não contesto os serviços e o merecimento do conselheiro Josino, em quem folgo de reconhecer todo o merito; a questão não é esta, a questão é saber se o nobre Ministro da Justiça estava autorizado para aposentar individuos que tinham sido empregados. Se esta regra prevalece, não ha mais dinheiro bastante nos nossos cofres para estes pensionistas de nova especie, porque no Brasil uma boa parte dos homens de certa ordem têm sido empregados publicos.

O Sr. Pimenta Bueno — Foi a reparação de uma injustiça...

O SR. POMPEU — Eu não duvido, não contesto o merecimento do Sr. conselheiro Josino, já disse, folgo mesmo de reconhecer os bons serviços do illustre conselheiro, mas...

O Sr. Pimenta Bueno — ... e a reparação está no poder do governo.

O SR. POMPEU — Digo que a prevalecer esta regra não ha mais dinheiro que chegue, porque uma grande parte de homens de certa ordem têm sido empregados publicos, e á este exemplo quererão também ser aposentados.

O Sr. Souza Franco — A reparação era voltar ao logar.

O SR. POMPEU — Tenho visto estes abusos praticados pelas assembléas provinciacs, mas eu pensei que isto era só das assembléas provinciaes. Tenho visto com effeito assembléas provinciaes aposentarem individuos que forão demittidos e muitas vezes por espirito de patronato; mas nunca pensei que o governo do paiz, na altura elevada em que se acha collocado, fóra das exigencias partidarias, e de espirito de patronato, desse este exemplo.

Ainda mais, senhores, o nobre Ministro da Justiça que é mestre da lei...

O Sr. Nabuco — Obrigado.

O SR. POMPEU — Folgo sempre de render homenagem á reconhecida intelligencia de V. Ex.

O Sr. Nabuco — Agradeço á V. Ex.

O SR. POMPEU — Diria eu que o nobre Ministro tem nomeado desembargadores supranumerarios. A relação do Rio de Janeiro, creada com 14 desembargadores, se acha com 26; 12 desembargadores existem ali sem ser creados por lei (para o Sr. Ministro da Justiça). Não é assim?

O Sr. Ministro da Justiça — V. Ex. enganase.

O SR. POMPEU — Não existem 26 desembargadores na relação do Rio de Janeiro! Não é 14 o número legal?

O Sr. Ministro da Justiça — Sim, mas não fui eu quem os nomeou.

O SR. POMPEU — Logo 12 são demais; V. Ex. nomeou dous, não é assim?

O Sr. Ministro da Justiça — Para preencher vagas.

Vozes — Isso é abuso de muitos ministerios passados.

O Sr. D. Manoel — Nem a relação podia trabalhar só com 14 membros.

O SR. POMPEU — Não indago donde vem o abuso, consigno o facto de que por lei só devem haver 14 desembargadores na relação da córte, e pergunto se o nobre Ministro não é culpado de não ter procurado acabar com este abuso, deixando de preencher essas duas vagas, de que falla.

O Sr. Ministro da Justiça — Dá um aparte.

O SR. POMPEU — E não são desembargadores sómente que existem supranumerarios; existe um numero immenso de juizes de direito sem comarca; daqui ha pouco haverá duplicata de juizes de direito com relação ás suas comarcas.

O Sr. Ministro da Justiça — É preciso provar esta proposição.

O SR. POMPEU — Não affirmarei que ha duplicata de juizes, mas o nobre Ministro não poderá contestar que existe um grande numero de juizes avulsos, sem comarcas, e que constantemente se estão despachando novos juizes, deixando os avulsos á margem.

O Sr. Nabuco (Ministro da Justiça) — V. Ex. está enganado.

O Sr. T. Ottoni — Ainda ha pouco despachou uns poucos.

O SR. POMPEU — Ainda ha pouco acaba S. Ex. de demittir o honrado chefe de policia do Ceará, o Sr. Dr. Buarque de Nazareth. S. Ex. estava em seu direito demittindo-o, queria talvez um delegado de sua confiança para fazer a eleição, mas, em vez de dar-lhe destino, nomeou tres ou quatro juizes de direito para comarcas vagas, e o ex-chefe de policia ficou sem comarca.

O Sr. Souza Franco — E nomêa mais modernos de preferencia.

O Sr. Dantas — Então falle em geral da administração do paiz, porque esse facto não é de hoje; a administração do paiz não é economica.

O SR. POMPEU — O nobre Ministro dos Negocios Estrangeiros tambem nomeou para sua repartição um official que segundo o regulamento da Secretaria, não podia ser nomeado porque os empregados subalternos têm direito a accesso. Se eu pudesse dizer o que ouvi particularmente do nobre Ministro da Agricultura, eu diria o que elle disse a esse respeito censurando, e muito desgostoso com este procedimento de seu collega, que reputava illegal.

Ainda mais, Sr. Presidente, ha mais de um anno que está vaga uma cadeira de senador pela minha provincia, e ha mais de oito mezes que vagou outra. O art. 80 da lei de eleições determina que se proceda immediatamente a ellas para o preenchimento das vagas; mas até hoje o governo não quiz ainda mandar proceder a essas eleições.

É cousa notavel, em agosto do anno passado o nobre presidente do Conselho mandou ordem ao presidente para fazer a eleição; foi precisamente quando Sua Magestade o Imperador embarcava daqui para o sul, e quando a guerra estava mais renhida, que se mandou fazer a eleição. Traço esta observação para que depois se não

diga que a eleição não foi feita por causa da guerra.

Não sei por que se fez então a eleição. O presidente da provincia fez suas reflexões ao governo, teve a ingenua lembrança de mandar perguntar-lhe se a eleição devia ser feita pelos eleitores da legislatura passada, finda pelo acto da dissolução de 1863, ou se devia crear-se novo corpo eleitoral.

O Ministerio aproveitou-se dessa observação, tão a proposito, de seu intelligente delegado para mandar dizer que por ora não se fizesse a eleição, e até hoje não se fez, esperando-se pela segunda ordem.

O Sr. T. Ottoni — Não estava seguro da victoria.

O SR. POMPEU — Dizem mais que ainda hoje ha divergencia a respeito dos candidatos que hão de ser senadores.

O Sr. Ministro da Justiça — Nenhuma; protesto contra isto.

O SR. POMPEU — Dizem que o nobre Ministro da Justiça tem um candidato, que o nobre Ministro da Marinha tem outro...

O Sr. Ministro da Justiça — Está enganado; affianço-lhe que não tenho nem um.

O Sr. T. Ottoni — Dizem que tambem o Sr. Ministro do Estrangeiro quer ser candidato.

O SR. POMPEU — É verdade, tambem se diz que o illustre Sr. Saraiva pretende honrar o Ceará aceitando uma senatoria por aquella provincia; que o nobre presidente do Conselho tambem tem seu candidato, e, como são dous sómente os logares, os nobres ministros não chegarão ainda a um accordo.

O Sr. Ministro da Justiça — Nada disso é exacto; o motivo da demora tem sido muito nobre, e muito justo.

O SR. POMPEU — Sr. Presidente, passo a 3.ª proposição de minha these: eu disse que o governo não tem economisado os recursos do paiz, não tem poupado os grandes sacrificios do Estado e que pelo contrario tem largamente liberalisado os dinheiros publicos. Para demonstrar esta proposição basta referir o famoso emprestimo feito em Londres o anno passado. Eu não repetirei aqui o que tem sido dito por pessoas mais competentes nesta materia; só lembrarei esta circumstancia: que o emprestimo contrahido em 1863 á 98 produziu um grande alarma no paiz;...

O Sr. T. Ottoni — E a 1/2%.

O SR. POMPEU — ... foi mister que o negociador desse emprestimo escrevesse um extenso folheto para justificar-se, e todavia não sei bem se a opinião publica ficou satisfeita; mas este ultimo emprestimo foi a 74 ou antes a 69, como se demonstrou,...

O Sr. T. Ottoni — E a 5%.

O SR. POMPEU — ... elevou a taxa do dinheiro a 7%, quando no Brasil, onde ha poucos capitães, o governo tem tido milhares de contos de réis a 6%! Esta operação foi recebida no Brasil como uma calamidade; um grande escandalo, e o que fez o governo? O governo reconduziu o negociador na sua missão em Londres e com relação aos negocios internos sacrificou como expiação o nobre ex-ministro da fazenda.

O Sr. T. Ottoni — Por ter censurado o emprestimo.

SR. POMPEU — E desta maneira lavou-se de toda a culpa com relação a essa desgraçada operação; o nobre ex-ministro, perdoe-me que lhe diga, foi o bode expiatorio, segundo a religião judaica.

Sr. Presidente, não quero fallar tambem dessa calamidade publica que tem vexado a população do Rio de Janeiro e quiza de todo o Imperio, a falta de trocos miudos que tantos prejuizos tem causado a todas as classes da sociedade. O governo não tem desculpa a este respeito; estava a seu alcance uma medida facil, e entretanto tem deixado a população exasperar-se; parece querer apurar sua paciencia.

O Sr. Ministro da Justiça — Qual era a medida facil?

O SR. POMPEU — A que o Ministro da Fazenda tomou ultimamente emittindo moeda miuda.

O Sr. Ministro da Justiça — Desde o principio que se emitta.

O Sr. T. Ottoni — Não tem querido tomar as providencias que devião ser tomadas.

O SR. POMPEU — Tambem não fallarei na questão do Banco do Brasil, pessoas mais competentes do que eu tem-se encarregado disso e só faço referencia a ella para allegar mais um motivo porque não posso dar o meu apoio ao actual Gabinete. Desde que se abriu a assembléa geral, o nobre Ministro da Fazenda apresentou na outra casa do parlamento uma proposta relativa ao Banco do Brasil; quiz excitar a opinião publica, quiz desacreditar mais o banco?

O que é certo é que até hoje não se deu andamento algum a essa proposta, nem se sabe ainda qual é a opinião do governo sobre esta importante materia. Isso parecerá inacreditavel, e todavia é uma verdade!

Senhores, parecia que nas circunstancias difficeis em que nos achamos, de falta de recursos e quando lutamos com uma guerra externa que nos devora milhões, quando não ha mais meio de levantar dinheiro por estar nosso credito arruinado, parecia, digo, que era occasião do governo mostrar-se o mais economico possivel, limitar as despesas ao que fosse absolutamente indispensavel; entretanto o governo achou que era occasião de comprar, de encampar a estrada de ferro de Pedro II. Pois, senhores, quando precisamos de dinheiro para despeza urgente, e indeclinavel da guerra se ha de despendar tantos mil contos na aquisição da estrada de ferro, objecto cuja utilidade não contesto, mas que podia ser addiado para outra occasião?!

Ainda mais: votou-se na lei do orçamento vigente creio que mil contos de réis para auxilio das obras publicas geraes e provinciaes por parte do Ministerio das Obras Publicas; pergunto eu: em que o nobre Ministro consumiu esse dinheiro? Em uma linha telegraphica daqui a Porto-Alegre e em uma estrada daqui a Tijuca. Pois, era occasião de fazerem-se obras de luxo? Não contesto a utilidade de uma linha telegraphica entre a Corte e provincias, mas era uma utilidade que podia esperar.

O Sr. Jobim — Apoiado.

O SR. POMPEU — E depois, com esse dinheiro que o governo despendeu com essas obras puramente de luxo não podia o nobre Ministro da Agricultura ter dado incremento a obras productivas? Citarei minha provincia: ha uns poucos de annos que a provincia do Ceará pede um auxilio para a conclusão da estrada de Baturité, auxilio que já em 1864 o então Ministro da Agricultura tinha se compromettido a dar, promessa renovada aqui o anno passado por algum dos nobres ministros, e em vão solicitada pelo presidente do Ceará. Cem contos de réis bastavão, não digo para tornar a estrada excellente, mas torna-la soffrivel. Essa estrada tem o fim de chamar a capital do Ceará a immensa producção daquela serra e dará por consequencia grande vantagem ao Estado, mas nem um real o governo tem dado ao Ceará para conclusão dessa estrada, talvez porque o Ceará, no conceito

do governo, só deve ser lembrado para dar recrutas e dinheiro para os cofres geraes.

Lembrarei ainda, Sr. Presidente, o porto da capital de minha provincia; é uma necessidade que não se pôde mais declinar, porque o commercio da cidade da Fortaleza quasi duplica de anno em anno, entretanto que aquella praça não tem um porto para acommodar as embarcações que a frequentão.

E a este respeito o governo tem sido tão pouco attencioso para a minha provincia, que com relação ao porto não se lhe pedia mais um real, só se lhe pedia que concedesse privilegio a um ou a mais empregarios que requererão estabelecer a sua custa uma linha ferrea da bahia ou enseada de Mucuripe á capital, e até hoje não tem dado nenhuma solução a esse negocio.

Entre os artigos additivos á lei do orçamento de 1864 que veiu para esta Casa haviam uns supprimindo alguns empregos das secretarias, suppressão pedida pelos ministros em seus respectivos relatorios; creio que esses artigos não forão discutidos ou já forão rejeitados, mas em todo caso é certo que os Srs. ministros pedirão a suppressão desses empregos. Entretanto, o governo actual tem provido os logares que vão vagoando; e não é exacto isto?

O Sr. Ministro da Justiça — Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Existe na alfandega da Côte uma secção de empregados incumbidos da estatística commercial, e não obstante o Ministro da Fazenda acaba de crear por um decreto uma commissão de estatística composta de empregados das alfandegas do Pará, do Rio Grande do Sul e não sei mais de que alfandegas para incumbilos desse trabalho que já pertencia a uma secção. Para que essa economica duplicata? Dizem que erão empregados de diversas repartições que querião estar na Côte...

O Sr. Souza Franco — Apoiado.

O SR. POMPEU — ... mas querião estar vencendo os seus ordenados e mais alguma gratificação, porque é um grande sacrificio estar no Rio de Janeiro mesmo a recreio e como ha muito dinheiro, o nobre Ministro da Fazenda creou essa commissão dando os ordenados que elles vencião e mais gratificações.

Senhores, não me atrevo a fallar nos desperdícios que vão pela repartição da guerra. Ha um clamor geral no paiz a este respeito; na Camara dos Deputados foi apresentado por um illustre representante pelo

Amazonas um contrato em que não acreditaria se o nobre Ministro da Guerra não o confessasse, contrato em que se estipulou a compra de carrada de lenha a 700\$, e cada arroba de bolscha a 64\$ para fornecimento do exercito do Sr. barão de Porto-Alegre; emfim, o illustre deputado pelo Amazonas mostrou que em seis mezes havia contra o Estado uma differença de mil e tantos contos de réis. O nobre ministro respondeu, confessando o facto, mas declinando a responsabilidade, houve debate, do qual resultou que ninguem era culpado de semelhante escandalo, sómente o infeliz thesouro, porque não tem curador, e por conseguinte, quem delle se doa.

A este respeito, peço licença ainda ao Senado para ler uma correspondencia publicada no Correio Mercantil, penultimo, a qual explica de alguma maneira esses desperdícios e talvez a demora da guerra. Eis-aqui o que diz o correspondente do Correio Mercantil:

“O exercito, portanto, não avança talvez por que haja dinheiro de mais para se gastar, e não é máo que fornecedores felizes fação diariamente uma sangria no thesouro de 48.000\$ com o sustento das tropas imperiaes, quando ellas aqui estão passando muito pelor do que quando estavam de outro lado do rio, entretanto que se paga muito mais caro esse fornecimento, que de 600 rs. passou a ser de 1\$200, até ás cinco primeiras leguas distantes dos rios. Ora, esses fornecedores são todos de nacionalidade argentina; de mais, quasi todo o dinheiro dispendido fica na Confederação Argentina, e, pois, não é máo que esta guerra seja prolongada o mais que se puder, porque então, e no final das contas, ficará rica a Confederação e o Brasil pobre, e em cima de tudo deprestigiado. “E, pois, facil de conhecer-se a causa de se não mover o exercito, por isso que, como diz a escriptura — pelo fructo se conhece a arvore — e o facto da protelação da passagem dá logar a temer-se ainda nova demora estudada.

“Uma outra circumstancia assás ponderosa, e que cumpria ser devidamente attendida no sentido de abreviarem-se as operações da guerra, é a da posição topographica do nosso acampamento e das más condições climatologicas sob cuja influencia está o exercito. Sendo o terreno de formação geologica alluvial, é por conseguinte mui imbebido e saturado de agua, a ponto de que cavando-se a terra na espessura apenas

de um palmo já se recolhe agua, posto que amarellenta e ruim. Poroso e esponjoso, pois, como é esse terreno, torna-se, portanto, muito humido, e já esta condição mandava positivamente que a permanencia nelle de nossas tropas fosse a menor possível.

“Demais, a agua existente nas pequenas lagôas, ou melhor charcos, está excessivamente *corrompida*, e as suas exhalações tornão-se ainda mais prejudiciaes do que já o erão no apparente estado de pureza, acrescendo mais que, sendo mui limitado o espaço para accomodar um exercito tão numeroso acha-se elle por conseguinte muito proximo das sepulturas de milhares de cadaveres, sepulturas estas que exhalão tambem miasmas nocivos á saude. Ha além disso milhares de cavallos mortos por falta de pasto, e nas proximidades do acampamento ha ainda uma outra exhalação de materias fecaes e outros que taes novos coprolitos, o que tudo exposto a um sol abrasador deve de ser causa do desenvolvimento de uma grande epidemia de febres paludosas, como está acontecendo.

“Não somos nenhuma Cassandra a vaticinar futuros, mas vemos pelo empirismo que as condições geologicas e climatologicas desse logar do acampamento são as peiores possíveis e grandes males nos podem sobrevir da grande permanencia ali.

“Na celeridade das marchas, bem como na brevidade das operações da guerra, foi em que consistiu principalmente o segredo de Napoleão, o grande, cuja estrella brilhante, qual a dos Magos, guiava-o sempre com segurança no caminho da gloria.”

Eis aqui, portanto, em que se vão os milhões e milhões que o Brasil tem gasto na guerra.

Sr. Presidente, o governo tem feito aquisição de grande numero de vasos de transporte a vapor, porém essas embarcações estão no Rio da Prata sem grande necessidade, porque a esquadra e as outras embarcações pequenas parecem sufficientes

para a passagem e transporte do exercito, entretanto se tem pago milhares de contos à Companhia Brasileira de Paquetes a Vapor pelo transporte de nossas tropas das provincias para a Côte, e daqui para o Rio da Prata, podendo esse transporte ter sido feito com mais economia pelos vasos a vapor pertencentes ao Estado se o governo fosse mais providente.

O Sr. Ministro da Justiça — É preciso ver a epocha desses transportes.

O SR. POMPEU — Desde o anno passado.

Ainda mais, Sr. Presidente, o nobre Ministro da Guerra se tivesse tido desejo sincero de economisar os dinheiros publicos, tinha poupado a contradansa continua de officiaes da guarda nacional, e de commissão, que vem das provincias e voltão daqui, ou do Rio da Prata, por incapazes de serviço.

O nobre Ministro da Guerra nos poderia dizer quantos milhares de officiaes tem vindo das provincias e tem voltado, e quantos milhares de contos se tem gasto com esta contradansa inutil.

Ainda este anno quando vim do norte de Pernambuco embarcou no mesmo paquete uma companhia de 90 homens com o titulo pomposo de 4º batalhão de voluntarios, a qual tinha 16 officiaes; que o diga o nosso nobre collega ex-presidente daquella provincia. Pois o governo não devêra prevenir seus delegados de que não mandassem officiaes que não pudessem prestar serviços?

Milhares de officiaes, senhores, têm vindo ao Rio de Janeiro, têm ido ao Rio da Prata e têm voltado.

O Sr. Ministro da Justiça — Milhares!

O SR. POMPEU — Centenas, ao menos.

O Sr. T. Ottoni — Póde manter o numero; não recue.

O SR. POMPEU — Agora, Sr. Presidente, peço licença ao nobre Ministro da Justiça para perguntar pelo seu *statu quo* pela fidelidade que S. Ex. devia a opinião liberal, que o elevou ao poder. Filho dessa opinião, que fazia a grande maioria da Camara elec-

tiva, o Gabinete de 12 de maio, pelo órgão do muito illustrado Sr. Ministro da Justiça, prometteu solenemente conservar a situação dominante, o estado em que se achava o partido liberal do paiz. Essa promessa aliás era por demais, porque para homens que prezão a lealdade política, esse era o seu dever.

Assim tenham praticado os Gabinetes de 15 de janeiro e de 31 de agosto. Mas como o Ministerio comprehendeu esse dever? Como satisfêz esse programma de *statu quo*? Apenas adiadas as Camaras quando o governo dizia que ia occupar-se exclusivamente da debellação da guerra, demitte de um golpe a todos, ou quasi todos os presidentes de origem liberal...

O Sr. T. Ottoni — Erão disparados.

O SR. POMPEU — ... do Rio de Janeiro, S. Paulo, do Rio Grande do Sul, Minas, Bahia, Alagoas, Pernambuco e Parahyba. E porque erão demittidos esses presidentes?

O Sr. T. Ottoni — Erão disparados...

O SR. POMPEU — Alguns desses presidentes haviam prestado relevantes serviços não só com relação á aquisição de voluntarios, como em relação á economia dos dinheiros publicos das provincias. Notarei especialmente o presidente da Parahyba e convido o nobre senador pelo Maranhão (dirigindo-se ao Sr. Nunes Gonçalves) para dizer o que sabe sobre a causa da demissão desse illustre funcionario. O Sr. Dr. Sinval foi victima do seu zelo pelos dinheiros publicos; entendeu que devia oppôr-se a uma famosa patota que tem alta protecção; alguns membros do Conselho de Estado sabem disso; custou-lhe caro; não é assim, Sr. senador?

O Sr. Nunes Gonçalves — Não sei.

O SR. POMPEU — V. Ex. sabe, já m'o disse, não se lembra que me explicou a famosa questão Retumba, que por ora está talvez adiada esperando melhor occasião. E' um triste exemplo para a moralidade de nosso paiz que um funcionario tão zeloso, como o Sr. Dr. Sinval, fosse demittido por esta razão. Mas foi assim, Sr. Presidente, que o governo mostrou-se fiel á sua promessa de conservar a situação liberal; demittiu de um golpe todos os seus delegados de origem liberal, nomeando outros que estou longe de desconsiderar, mas de origem conservadora, chamados progressistas.

O nobre Ministro da Justiça, inspirando-se nas suas reminiscencias, foi buscar na

mythologia grega uma allegoria para applicar a Camara dos Srs. Deputados. S. Ex. chamou-a Saturno que devora seus filhos, com tanto mais sem razão quanto a nobre maioria da Camara dos Deputados lhe paga essa offensa generosamente com dedicação e amor; repito com tanto maior sem razão quanto é certo que, ainda quando a Camara dos Deputados negasse ao Ministerio o seu voto de confiança, não faria mais do que obedecer a voz poderosa e eloquente do nobre ministro quando doutrinou nesta Casa em 1862 a conveniencia, dada esta circumstancia, de ministerios annuaes. Senhores, ha homens tão altamente collocados que suas palavras são um poder, fazem obra. Capifigue dizia isto do principe do Tallerand; S. Ex. nada pôde dizer que suas palavras não sejam logo obedecidas, tem o poder criador, isto é, do genio. Ora, S. Ex. dizia em 1862 o que eu passo a ler. Na sessão de 20 de maio de 1862 orara S. Ex.:

"Devemos, senhores, tolerar, apoiar todos os ministerios, quaesquer que elles sejam? Isso é um sacrificio da consciencia..."

"Antes quero, digo com franqueza e com todos os assentos da convicção, um ministerio de cada anno, do que um ministerio que com sua existencia sacrifique o principio de autoridade, que no *systhema* representativo é a plena confiança do parlamento."

O Sr. T. Ottoni — Isto é do tempo do *utí possidetis*, e do rei reina e não governa.

O SR. POMPEU — É Saturno a Camara, porque S. Ex. temia que ella tomando a letra, a doutrina do nobre Ministro entendesse que era melhor um ministerio de cada anno, do que um como o actual, que não só sacrifica o principio de autoridade, como as instituições e os interesses do paiz.

O Sr. Ministro da Justiça — Que applicação tem isto?

O SR. POMPEU — E' que V. Ex. veio depois chamar Saturno á Camara dos Deputados, porque temia que ella obedecesse a sua voz para fazer justiça ao Gabinete.

Não é a Camara que devora seus filhos, é a exigencia do partido official que tudo devora; e a este respeito pedirei ainda licença ao nobre Ministro para fazer a applicação de outra allegoria *mythologica* talvez mais apropriada a esta situação anomala que se colloca entre os dous partidos e os

quer devorar, é o minotauro politico a quem se sacrificão conservadores e liberaes: tudo é necessario ceder para que elle exista.

Foi para a criação desse *tertius gaudet*, diante do qual o nobre Ministro da Justiça se extasiou na Camara em abril deste anno, que o Ministerio trabalhou com todo o afincado durante 11 mezes e não para debellar o inimigo estrangeiro. Dahi vem, Sr. Presidente, essa politica que um nobre parlamentar na outra Casa do Parlamento chamou *geographica*, a que o paiz dará outro nome, politica pela qual se vê em uma provincia um presidente fazendo todas as concessões ao Partido Liberal, em outra um presidente conservador proscrivendo os liberaes e fazendo todos os favores aos conservadores, em outra um presidente chamando liberaes e conservadores que quizerem desertar de suas fileiras para o terceiro partido; não como o apóstolo, segundo S. Ex. disse na outra Camara, porque o apóstolo pregava com a palavra e com o sacrificio de sua pessoa, mas com outros meios que não são o exemplo do martyrio nem a convicção da palavra.

Foi uma grande empresa essa em que se embarcou o Gabinete de 12 de maio, a de suffocar dous grandes partidos historicos para tirar de suas entranhas esse chamado partido impessoal ou official, ou liberal definido, emfim esse *genus electum* que ha de salvar o paiz!

Mas, a proposito de tantos partidos hoje, seja-me licito estudar nas palavras de S. Ex. o nobre Ministro da Justiça uma lição da historia, isto é, o progresso dos partidos no Brasil. Em 1859 o nobre Ministro não via partido nenhum no paiz. Peço licença a S. Ex. para ler alguns trechos de um seu discurso então proferido.

O Sr. Ministro da Justiça — Não vejo ainda hoje.

O Sr. T. Ottoni — Está manipulando um.

O SR. POMPEU: — Eis aqui o que S. Ex. dizia em 1859:

"Muitas vezes tenho dito na tribuna, e repito, que não é possível que hajão partidos sem antagonismo, que não ha antagonismo sem idéas novas; mas onde estão as idéas novas que extremem hoje os partidos? Eu não as vejo."

Portanto, em 1859, o nobre Ministro não via partidos, não via antagonismo, não descobria mesmo possibilidade de partidos no

paiz; mas em 6 de junho de 1861, S. Ex. parece que ja descobria dous partidos, porque dizia no Senado:

"Estou isolado, não sou conservador, porque ninguem ataca as instituições; não sou liberal, porque ninguem ataca as liberdades publicas. Não commungo com a liga."

Por conseguinte, em 1861, S. Ex. já via dous partidos, e tambem uma liga em embrião; mas nada queria com elles, por motivos que certamente honrão sua intelligencia; porém, em 1862 parece que já queria commungar com a liga, porque dizia a 20 de maio:

"O que eu não admitto, e contra o que eu protesto em honra do Brasil, em honra de nossa civilisação, é que se não possa fazer uma liga com os liberaes. Eu não sou liberal, mas digo que não é possível admitir essa perpetua exclusão de uma porção de brasileiros, pois este Brasil é de todos os brasileiros."

Vê-se, portanto, que em 1862 S. Ex. já se approximava para alguma cousa; se não queria ser liberal nem conservador, tinha tendencias para ligueiro.

Essa liga se fez, foi a chamada situação nascente. Em 1864 S. Ex. nos referiu daquella tribuna a historia desse terceiro partido. S. Ex. dizia então que não era possível que existisse no paiz mais do que dous partidos; estabeleceu esta doutrina e firmou a com a autoridade de um publicista, o Sr. Blok; S. Ex. lendo um trecho desse publicista disse o seguinte:

"Quando se fórma um partido liberal, suppoem se que a nação ainda não goze de todas as liberdades, conseguidas ellas, o partido liberal não tem mais razão de ser: os partidos se subdividem em partido progressista; homens que andão devagar, e homens que andão depressa."

Portanto, em 1864 a theoria do nobre Ministro era dous partidos normaes, um de homens que querem andar, outro de homens que emperrão. Mas em março deste anno S. Ex. disse-nos aqui que os partidos estavam decadentes, tinham acabado; até mesmo a sua situação novissima, essa obra prima de S. Ex., cahia em ruínas. Porém dias depois na Camara dos Deputados S. Ex. encontrou tres robustos partidos trazendo idéas novas em antagonismo entre si.

O Sr. Ministro da Justiça — Está enganado.

O SR. POMPEU — Não estou. S. Ex. vai ver; disse em março deste anno, na Camara dos Deputados, que os partidos tinham desaparecido, e em abril disse que haviam tres, sendo V. Ex. do liberal definido; V. Ex. já se não lembra, e por isso peço ainda venha para ler o trecho de dous discursos de V. Ex.:

“Causou estranheza a alguns senhores deputados uma proposição que aventurei na tribuna do Senado, quando disse que a decadencia do partido era a causa das difficuldades em que se achavão os ministerios. Mas o que vimos nós não é a prova do que digo. Uma situação que apenas começou, senhores, que ainda não disse a sua palavra, que ainda se não organizou, profundamente dividida e dilacerada.

“Senhores, a prova de decadencia dos partidos está nestes ministerios que se succedem todos os annos.

“O que é isto, senhores, senão que não ha partidos com idéas geraes, com disciplina, etc.”

Não podia haver o anno passado senão dous partidos, um de homens que emperrão, outro de homens que andão, e agora em abril S. Ex. disse na Camara que em todos os paizes que tem conquistado completamente o systema representativo ha mais de dous partidos, e é por isso que S. Ex. fazia seu terceiro. Eis o que S. Ex. disse:

“Tem se feito esforço para provar que só ha dous partidos normaes e legitimos; entretanto em todos os paizes, á excepção da Belgica, onde se dá o antagonismo profundo de dous grandes partidos, e dous grandes interesses rivaes, á excepção de paizes que ainda não conquistarão completamente o systema representativo, nos outros ha mais de dous partidos.

“Sr. Presidente, não vemos nos Estados Unidos tres partidos, o Republicano, o Conservador e o Radical, vemos na Inglaterra tres partidos, o Radical, o Tory, e o Wigt, vemos na Hespanha o Partido Moderado, e Progressista, e o Partido da União Liberal. Mas, seja como for, vós não podeis impôr duas formulas absolutas: a liberdade de opiniões

dos cidadãos ou conservador, ou liberal genuino.

Não quero ser conservador, não quero ser liberal genuino, mas quero ser liberal definido, quem me pôde impedir?”

O nobre Ministro, cuja intelligencia superior domina sempre as assembléas quando lhes dirige a palavra, costuma crear theorias para apadrinhar as hypotheses ou factos que quer legitimar. É por isso que em 1864 S. Ex. creou a theoria ou tomou a de Block de que uma nação adquirindo sua liberdade não podia ter mais de dous partidos, um que anda, outro que emperra....

O Sr. Ministro da Justiça — Não disse isso, lêa o discurso todo.

O SR. POMPEU — ... em 1866 S. Ex. disse na outra Camara que o paiz que tem conquistado o systema parlamentar deve ter mais de dous partidos.

O Sr. Ministro da Justiça — Para mim deve haver dous.

O SR. POMPEU — Mas, senhores, quaes são as idéas novas desse terceiro partido, qual é o seu antagonismo com os outros partidos historicos?

O Sr. Dantas — Qual é o terceiro partido?

O SR. POMPEU — S. Ex. o Sr. Ministro da Justiça fallou em tres partidos, dous dos quaes o Sr. Presidente do Conselho chamou cascos encouraçados do Partido Liberal e do Partido Conservador, e um terceiro que foi chamado official, ou liberal definido, na phrase do nobre Ministro da Justiça.

O Sr. T. Ottoni — Ou liberal a Rouher.

O SR. POMPEU — Ora, digo eu, se não pôde haver mais que dous partidos regulares, segundo a doutrina de 1864, e se dos dous partidos que existirão anteriormente, segundo o nobre Ministro, não pôde deixar de haver um que emperra, outro que anda, qual é o fim ou o que faz o 3.º partido? Se anda, é liberal, se emperra, é conservador.

Sr. Barão de S. Lourenço — E se anda de vagar?

O SR. POMPEU — Não sei.

O Sr. Barão de S. Lourenço — O que anda de vagar é o terceiro. É o *status quo* progressista.

O Sr. Ministro da Justiça — Dous andão, um de vagar outro de pressa.

O SR. POMPEU — Parece que então o que anda de pressa é o de V. Ex. que quer logo muitas reformas. O nobre Ministro também faz alarde da maioria que o apóia na Camara dos Deputados, entretanto, eu podia applicar a S. Ex. as palavras que elle aqui disse a um gabinete não sei de que data, mas em 1862, com relação ao apoio que esse gabinete jatava-se de ter na outra Camara.

Permitta S. Ex. que eu leia ainda suas palavras:

"Inquiria a cada, dizia S. Ex. em 1862, um dos amigos do Ministerio, e nem é preciso muita perspicacia para vêr que o apoio que se lhes presta não é senão apoio fundado no receio de que ha de vir, é a resignação da velha de Syracusa, um apoio que leva comsigo a censura."

Agora ouça S. Ex. o que disse um dos mais distinctos chefes na Camara temporaria, que apóia o gabinete actual e que só por si pelo seu grande talento, vale uma phalange, o Sr. Tavares Bastos; é o apolo da velha de Syracusa, na phrase de S. Ex.:

"Se atravez das nuvens da situação visse alguma cousa mais clara e honesta, talvez tivesse sido o primeiro a hastear o pendão da revolta."

É isto ou não apoio da velha de Syracusa? o medo do que ha de vir, como dizia S. Ex. ao Gabinete de 1862?

Quaes são, dizia eu, as idéas do novo partido? Eu receio *offender* o nobre Ministro a quem respeito profundamente, mas se não fosse este respeito que consagro à pessoa de S. Ex., eu lhe perguntaria se as idéas do novo partido são essas que se dizem pertencer a alguns dos nobres ministros. Li um documento official que um nobre senador pela provincia da Bahia já mencionou aqui, uma especie de descripção geographica, climatologica e politica dada ao enviado da sociedade de colonisação americana, por parte do nobre Ministro da Agricultura, em que se dizia que as instituições politicas do Brasil e sua religião pouco differião das instituições americanas; que apenas o presidente de lá era temporario e o de cá vitalicio. Senhores, não direi como o nobre senador pela provincia da Bahia, cuja palavra é muito autorisada, muito competente, pôde

nos dar aqui lições: eu não o posso fazer tanto; mas direi que essa comparação não é muito feliz, e me fez tanta maior impressão, quanto depois li em uma correspondencia assignada pelo Sr. Dr. Cochrane, e publicada, crelo, que em abril deste anno, no *Jornal do Commereio*, em que esse cavalheiro diz que o Sr. Ministro da Agricultura prophetisa que o systema politico do Brasil tem de ser substituido em breve tempo pelo americano.

O Sr. Dantas — Que o Ministro tinha dito?

O SR. POMPEU — Sim, senhor. Essa asseveração de um cavalheiro da qualidade do Sr. Dr. Cochrane, me fez impressão.

O Sr. Barão de S. Lourenço — Mas disse confidencialmente.

O SR. POMPEU — Ainda mais, senhores, o Senado se ha de lembrar da doutrina inconstitucional sustentada aqui ha poucos dias pelo nobre Ministro da Fazenda, doutrina que quiz fazer valer em França Poulignac, e na Inglaterra Stradford, doutrina que por honra do Senado foi combatida pelos honrados chefes de ambos os partidos historicos, e contra a qual protestou o Senado inteiro, doutrina digo, de que o governo pôde dispensar o voto, ou decretação annual do Poder Legislativo para cobrar os impostos, uma vez decretados; isto é, que em rigor não é preciso a lei annual de orçamento, essa inspecção, e exame do serviço publico, a mais importante garantia das liberdades publicas, a primeira razão de ser do systema representativo.

Felizmente, por honra desse systema e do paiz, esta Camara lavrou um protesto quasi unanime contra semelhante doutrina. E como a esse respeito o nobre senador pelo Rio de Janeiro fez allusão a um facto da historia ingleza, o Senado me permittirá que eu ainda insista nessa allusão, porque, senhores a historia é, como diz Cícero, não só *testis temporis*, nuntia vitustatis, ut magistrata vitae, lux veritatis.

É preciso, pois, recordar sempre a historia, porque ella nos dá poderosos exemplos e grandes lições.

Com effeito, Carlos I, imbuido nas idéas do direito divino, pretendeu assumir a si as prerrogativas que o povo inglez havia conquistado para o Parlamento e procurou para este fim os patriotas mais populares e mais decididos do seu paiz, os Catões daquelle

tempo; um delles foi o talentoso conde de Stradford. Este renegado, como lhe chama a historia, de popular e patriota ardente que era, passou a ser o ministro mais absoluto de Carlos I, e empregou todo o seu talento em cercar as liberdades publicas, a bem da doutrina do rei; adiou o Parlamento, mandou cobrar impostos por sua conta.

O Senado sabe a resistencia heroica que levou aos tribunaes Sidney e Hampden para pagar o *ship money*; o Senado sabe da reacção do povo Inglez, que depois produziu o longo Parlamento que decretou a accusação desse ministro, e o art. 15 do acto de accusação o condemnava, porque elle havia cobrado impostos sem authorisação do Parlamento. Embalde defendeu-se perante a Camara Alta, allegando que o havia feito em nome do rei, para pagar as tropas do exercito real, foi condemnado. E quando o infeliz conde de Stradford desesperou do cumprimento da promessa daquelle que havia dito que nem um cabelo da sua cabeça seria tocado, exclamou com a sabedoria eterna... *No lite confidere principibus et filiis hominum, quia nulla salus est in illis.*

Não foi sómente em Inglaterra onde apparecerão exemplos desta ordem; Capefigue diz que Napoleão nunca encontrou mais doces instrumentos de sua tyrannia do que nesses convenções que havião em nome da liberdade levado á guilhotina toda uma familia de reis e toda uma geração de nobres.

Desgraçadamente, Sr. Presidente, não é só a Inglaterra, não é só a França que nos dão esses exemplos de fraqueza de homens de estado.

Senhores, não me atrevo a perguntar se são essas idéas do terceiro partido; eu disse que receiava que fossem algumas dellas, porque, como observou o nobre senador, o nobre Ministro da Agricultura enunciou-se daquella maneira, e o nobre Ministro da Fazenda sustentou a doutrina de que acabo de fallar. Felizmente, senhores, o protesto que levantou o Senado e as provas que tem dado esta sabia corporação de seu amor e dedicação ás instituições do paiz, nos garante de que não será com seu apoio que se ha de rasgar essa pagina da nossa Constituição.

Mas com relação ás reformas religiosas, parece que ha alguma cousa de mais positivo, por que o nobre Ministro disse em seu relatório, que pretende apresentar um pro-

jecto de lei autorizando o casamento civil entre catholicos e scatholicos, isto é, o que se chama na phrase da igreja, casamentos mixtos. Não posso entrar agora nesta questão; sem habito da tribuna, e tendo já fallado tanto, acho-me fatigado: aguardo me para quando se tratar dessa materia, por agora farei ligeiras observações para protestar como catholico e como representante da nação contra essa idéa que por uma parte tende a perturbar a consciencia dos fieis, por outra fere a Constituição do Estado, offende o poder religioso e tende a separar a igreja brasileira da unidade catholica e estabelecer um schisma no Brasil.

Parece que o governo acha poucos os elementos de discordia civil que existem no paiz, quer levantar mais a discordia religiosa! O nobre Ministro, illustrado como é, não desconhece a competencia do poder espirital para regular materia do casamento; porém diz que recusando-se a Santa Sé a ampliar o numero das dispensas de cultos *disparitas*, e exigindo as condições de uma mais ampla immigração de protestantes para o Brasil, um remedio que legitime a familia das uniões entre os dissidentes, elle se julga habilitado a pedir o poder temporal esse remedio. Isto é, corta a difficuldade secularizando o matrimonio e estabelecendo o casamento civil. Senhores, é sempre a espada de Alexandre a que se recorrem os poderes arbitrarios quando lhes falta o direito!

A Santa Sé concede um numero muito limitado de licenças de cultos *disparitas*, mas é necessario legitimar-se as familias dos protestantes, porque isto augmentará a immigração para o Brasil, diz S. Ex.: "logo acabe-se com o impedimento de cultos *disparitas*, acabe-se com o sacramento do matrimonio!"

Senhores, eu não receio passar por intollerante e ultramontano, sustentando a doutrina da igreja, porque não faço mais que cumprir o meu dever de catholico, e ser fiel ao juramento que como representante da nação prestei ao entrar nesta Casa; entretanto eu presumo não ser ultramontano, no sentido odioso dessa palavra, sustentando uma doutrina que sustentão grandes philosophos, e que se acha incarnada na nossa legislação.

Negará alguém ao poder espirital a competencia de legislar sobre o matrimonio e só ao civil os efeitos civis? É Montesquieu que o diz. Todos os povos em todos os tem-

pos considerarão o matrimonio não como um contrato puramente civil e humano, mas como alguma cousa de sagrado: "**Gen-tes matrimonio divini aliquid in esse arbitrantur...**" diz o cathecismo do Concilio Tridentino.

Poderá alguém contestar que a Constituição do Imperio garante no art. 5.º a Religião Catholica Apostolica Romana, que foi em virtude desse reconhecimento que baixou a lei de 3 de novembro de 1827, mandando observar como lei do estado o **cap. 24 de reformatione** do Concilio de Trento, o liv. 1.º, tit. 68, § 2, da constituição Synodal da Bahia, que determinão as regras e preceitos que a igreja quer que se observe no matrimonio? Poderá alguém negar que o legislador que estabeleceu esses principios não fosse amplamente liberal, e que foi em virtude dessas disposições que o nosso código criminal no art. 248, estabeleceu penas contra aquelles que contrahissem matrimonio fóra dessas regras? Portanto, Sr. Presidente, se eu sou ultramontano defendendo a doutrina da igreja, também ultramontano foi o poder constituinte, foi a assembléa geral e todos os poderes do Estado na decretação dessas disposições.

Depois, senhores, o que é que allega para legalisar entre nós o casamento civil entre catholicos e acatholicos?

O nobre Ministro há de recorrer ao argumento sedição da divisão do matrimonio em sacramento e contrato? Quererá dividir uma cousa indivisível por sua natureza em duas cousas distinctas? Mas quando não bastasse a razão e a consciencia para demonstrar que se esse contrato determinado pela lei civil servisse de materia para o sacramento, então seria o Estado quem instituiria sobre o sacramento e não a igreja, haveria sacramento onde o Estado quizesse e não onde a igreja quizesse; quando, pois, a nossa razão não demonstrasse esse absurdo, ahí estava, senhores, a autoridade infallível fallando pela boca do summo pontifice, a quem todos os catholicos devem obedecer.

V. Ex. permita que eu lêa duas palavras de Pio VI dirigidas ao bispo de Motola:

Pio VI se exprime nestes termos: "A igreja, a quem foi confiado tudo que diz respeito aos sacramentos, tem só todo direito e todo poder de assegurar a fórma deste contrato (do matrimonio) elevado a dignidade mais sublimemente de sacramento, e por conseguinte

de julgar da validade ou invalidade dos casamentos. Isto é tão claro e tão evidente que, afim de obviar a temeridade dos que, por escripto ou de viva voz, sustentarão, como ainda fazem muitos, cousas contrarias ao sentimento da igreja catholica e ao costume approved desde o tempo dos apóstolos, o santo concilio eccumenico julgou dever ajuntar um outro canon especial, onde declara geralmente excommungado todo aquelle que disser que as causas matrimoniaes não pertencem aos juizes ecclesiasticos. Nós não ignoramos, acrescenta o pontifice romano, que alguns a que, concedendo demasiado a autoridade dos principes seculares, e interpretando as palavras desse canon de uma maneira capciosa procurão sustentar suas pretensões em que os padres de Trento, não se tendo servido desta formula — **só aos juizes ecclesiasticos ou pontifice romano** — deixarão aos juizes leigos o poder de conhecer pelo menos das causas matrimoniaes em que se trata de um **simples facto**. Mas nós sabemos também que esta pequena subtilidade e estas artificiosas bagatelas não têm nenhum fundamento, visto que as **palavras do canon são tão geraes** que comprehendem e abrangem todas as causas: **Verba canonis ita generalia sunt, omnes ut causas comprehendant et complectantur**. Quanto ao espirito ou á razão da lei, tal é a sua extensão, que não deixa logar á excepção ou limitação alguma: **Spiritus verosive ratio legis adeo late patet, ut nullum exceptioni aut limitatione lacuna relinquant**. Porquanto, se essas causas pertencem ao juizo só da igreja, pela unica razão de que o contrato matrimonial é verdadeira e propriamente um dos sete Sacramentos da lei Evangélica (attenda-se bem a isto) assim como esta razão, tirada do Sacramento é commum a todas as causas matrimoniaes, assim também todas essas causas devem pertencer unicamente ao juiz ecclesiastico, sendo a razão a mesma para todas."

Peço ainda licença para ler um trecho de uma carta do veneravel Pio IX dirigida em 1859 a el-rei Victor Manoel por motivo identico:

"É um dogma de fé, diz o Santissimo Padre Pio IX, que o matrimonio foi elevado por Jesus Christo Nosso Senhor á dignidade de Sacramento, e é um

ponto da doutrina catholica que o Sacramento não é uma qualidade accidental accrescentada ao contrato, mas que elle é da essencia mesma do matrimonio, de sorte que a união conjugal entre os christãos não é legitima senão no matrimonio Sacramento, fóra do qual só ha um mero concubinato. Uma lei civil que, suppondo o Sacramento divizível do contrato do matrimonio para os catholicos, pretende regular a validade delle, contradiz a doutrina da igreja, usurpa seus direitos inalienaveis e, na pratica, põe na mesma escala o concubinato e o Sacramento do matrimonio, ou sanciona ambos como igualmente legitimos... Que Cezar, guardando o que é de Cezar, deixe á igreja o que é da igreja. Que o poder civil disponha dos effeitos civis que derivão do matrimonio, mas deixe a igreja regular a validade do matrimonio, entre christãos. Que a lei civil tome por ponto de partida a validade ou invalidade do matrimonio, como a igreja as determina, e partindo deste facto que ella não pôde constituir (porque isto se acha fóra de sua esphera) regule os seus effeitos civis." (Carta ao rei de Sardenha em data de 19 de setembro de 1852. V. Guillois, *explication historique, dogmatique, morale du catholicisme*, vol. 3.º, lig. 31).

O Sr. Dantas — Depois do concilio tridentino, mas ha decisões de papas anteriores que não dizem isso.

O SR. POMPEU — V. Ex. talvez esteja enganado; depois, a definição do concilio é dogma. Portanto, Sr. Presidente, o argumento a que recorrem aquelles que dizem que o poder temporal pôde estabelecer o casamento civil entre catholicos e acatholicos está condemnado não só pela razão, como pela autoridade infallivel da igreja.

Nem se pôde allegar que não pertence á Santa Sé estabelecer o impedimento do matrimonio, nem tão pouco que seja o poder temporal competente para levantar esse impedimento, como quer o nobre Ministro da Justiça. E por isso o sagrado concilio tridentino determina no Canon 4 da secç. 24: *Si quis dixerit ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium derimentia, vel in is constituendis errasse, anathema sit.* Quem é catholico não pôde zombar deste preceito.

A lei, portanto, que, suppondo divizível o Sacramento do contrato para os catho-

licos admittir como validos os casamentos entre catholicos e acatholicos sem as formalidades da igreja, por sua propria autoridade, iria de encontro á lei religiosa, iria de encontro á Constituição do Estado, e ferindo a consciencia dos fieis talvez encontrasse nelles desobediencia formal, o que é certamente um grande perigo para a ordem publica, porque a lei nunca deve estar em opposição á consciencia do povo.

O Sr. Dantas — Creio que o nobre Ministro da Justiça não quer acabar com os casamentos ecclesiasticos.

O SR. POMPEU — Se o governo quer acompanhar o sentimento religioso da Nação, se não quer ferir o poder espiritual, se quer respeitar a Constituição, como diz o illustrado Sr. Dr. Braz, e a consciencia publica, e evitar as consequencias imprevistas e perigosas, que ordinariamente trazem uma mudança de principio em legislação, se não deseja entrar em luta com a Santa Sé, com os prelados brasleiros romper a unidade catholica, estabelecendo um schisma no Brasil, entenda-se com a Santa Sé sobre os casamentos mixtos, em cuja sabedoria, e solicitude pela felicidade dos palzes catholicos devemos plenamente confiar.

Ninguém contesta ao poder civil o direito de regular os effeitos civis do casamento, e por consequente de legalisar o dos acatholicos entre nós, harmonisando nossa legislação, que os condemna como clandestinos.

O poder temporal ou governo está no seu direito, é mesmo do seu dever reconhecer como validos esses casamentos para que tenham os effeitos civis que de alguma maneira são actualmente contraria-dos pelas leis.

O Sr. Dantas — Dá um aparte.

O SR. POMPEU — Que tem isso? Pois o poder civil tem competencia para dispensar o impedimento ecclesiastico? E depois, nós catholicos é que havemos renunciar essas condições de educar a prole na verdadeira doutrina?

A igreja não contesta a legitimidade dos casamentos dos acatholicos, respeita-os como verdadeiros — "*matrimonia quidem verissima, vero sacramenta nullo modo*"; nada, portanto, é mais justo do que a providencia no sentido de reconhecer como verdadeiras e legitimas as familias constituídas pelos casamentos contrahidos entre os acatholicos; mas querer por autori-

dade própria estender essa medida aos casamentos mixtos, dispensar o cultus disparitas a pretexto de que a Santa Sé recusa ampliar o numero de dispensas é pretensão tão injusta, como irreligiosa a que um catholico não pôde consentir sem faltar ao dever de consciencia.

Portanto, Sr. Presidente, primeiramente não está provada a necessidade de que fallou o nobre Ministro da Justiça de ampliar o numero de dispensas de cultus disparitas; não me consta que tenham sido negadas; e quando com effeito se desse essa necessidade o que custava o governo entender-se com a Santa Sé? Temos o exemplo acontecido em 1840 com a Prussia quando a Santa Sé concedeu uma medida semelhante em caso de necessidade.

Eis aqui o que se deu na Prussia:

"Que nas dioceses onde o concilio de Trento foi publicado e onde o culto protestante acha-se legalmente estabelecido, o casamento mixto seria valido, se fosse celebrado em presença do ministro protestante, ou do official civil que verifica a validade do contrato. Fazendo porém esta concessão, o papa esteve longe de reconhecer nesse ministro um caracter religioso: elle concedeu somente a dispensa do impedimento da clandestinidade. Nos logares, pelo contrario, onde o culto protestante não está legalmente estabelecido, nem tão pouco o uso de contratar perante o official civil, a Santa Sé permittiu ao cura assistir ao casamento mixto, não em sua qualidade de cura, mas somente como testemunha qualificada e autorizada, para, depois de ter ouvido o consentimento dos dous esposos lavrar o auto delle no registro matrimonial."

O Sr. Dantas — A questão não foi essa.

O SR. POMPEU — Portanto, senhores, não vejo necessidade alguma que provoque a medida que o governo pretende apresentar no corpo legislativo, e eu espero da sabedoria da assembléa geral que não deixará passar uma medida que tende a separar o Brasil da comunhão da igreja catholica, que tende estabelecer um schisma no Imperio. Eu confio que o nobre presidente do conselho tão orthodoxo, como se tem mostrado nesta Casa, já no último quartel da vida, não quererá que seja no seu ministerio que se dê este grande escandalo de plantar um schisma no Brasil.

Senhores, serão estas com effeito as reformas ou idéas do novo partido? O nobre senador pela provincia da Bahia já fez sentir, no Senado, que existe uma propaganda formidavel para introduzir no Brasil a idéa de reformas religiosas e eu direi mesmo idéas de racionalismo, a pretexto de facilitar-se a immigração de protestantes ou de americanos, quer-se reformar o artigo constitucional que garante a religião catholica.

O Sr. Dantas — Não tenha medo disso.

O Sr. T. Ottoni — Os americanos são catholicos tambem.

O SR. POMPEU — Mas entretanto é este o pretexto e até se manda derramar pela população e pelas escolas folhetos de doutrina racionalista em que se nega não só a religião catholica, mas toda a religião revelada.

Lerei somente algumas proposições deste famoso folheto que, direi de passagem, me consta ter sido impresso á custa do Ministerio da Agricultura. O Sr. Macedo Soares no seu folheto diz:

"Mas no meio desses systemas religiosos, diversos, contrarios, ha um principio commum que os une, que os liga entre si, e os faz como membros de uma só familia. Todas essas seitas fundão-se em dados cosmogonicos, pertem da natureza, cujas forças ellas deificão porque não sabem explica-las. Em que se repellem, pois? Nos dogmas. O dogma é uma formula. Logo, as disputações religiosas são meras questões de palavras."

Em outra parte diz ele:

"Na essencia, todas as religiões são identicas e exprimem a verdade. Lei da unidade.

"Na fórma, todas as religiões são differentes, e nenhuma dellas é a expressão da verdade, ou antes uma só, que se não pôde definir qual seja, é a expressão da verdade. Lei da variedade. Eis o dogma: formula obscura e incompleta de um phenomeno superior á razão.

"Quem pôde affirmar: o meu dogma é o verdadeiro?"

O autor deste folheto conclue pedindo a reforma da Constituição.

Ainda diz elle:

"O art. 5.º da Constituição patria precisa ser riscado da magna carta; e em seu logar burilar, em letras mais perennes que o bronze, esta immensa verdade: é livre no Imperio o exercicio publico de qualquer religião."

Estas doutrinas são terríveis. Deus nos livre que em nosso paiz progridão.

Serão estas, Sr. Presidente, as idéas definidas do 3.º partido, desse partido liberal e impessoal? Eu por certo, liberal antigo, mas de uma escola, que não quer nada além da Constituição, não posso acompanhar aquelles que para regenerarem essa infeliz raça latina tão depreçada, querem a reforma das instituições politicas e a reforma da religião do Estado.

A palção ou o prurido por estas novas idéas de liberdade de novo partido, é tal que até o venerando nobre presidente do conselho não escapou a seu contagio. Um dia destes, foi o nobre marquez de Olinda á outra Camara fazer profissão de fé, declarar que era liberal historico! Senhores, ao ver o vulto venerando do nobre marquez subir á tribuna para declarar-se liberal historico, pareceu-me ver o duque Mathieu Montmorency..., na celebre noite de 4 de agosto, em Versailles, queimando o brazão do 1.º barão christão e abolindo a nobreza antiga da França. Depois dos serviços notaveis que o nobre marquez ha prestado ao partido conservador, ha 40 annos, eu pensava que S. Ex. aspirava antes ao papel tão importante que faz no gabinete de Berlim o conde Bismark, do que ao do conde de Cavour. Respeito muito a S. Ex., por isso eu não sei se devo dizer que o felicito pela nova phase de sua vida politica, ou que deploro o esquecimento do meio seculo dessa vida tão cheia.

Senhores, dizem que se prepara uma nova reacção completa em todo o paiz, contra o partido liberal, e que o nobre marquez de Olinda é ainda quem empurra, quem leva o carro da reacção para destruir essa mesma situação que S. Ex. em 1863 creou! Penelope politica, S. Ex. se impõe o improbo trabalho de desfazer o que, não ha muito tempo, acabou de fazer! Destino fatal de certos homens a quem parece incumbida a missão da destruição! Foi o nobre marquez quem em 1837 foi chamado para fazer a reacção politica que se operou em todo o paiz, desmontando o parti-

do liberal dominante; foi ainda S. Ex. que, em 1849, incumbiu-se dessa terrivel missão de desmontar outra vez o partido liberal e fazer subir o partido conservador; em 1863, S. Ex., parece, que, não sei por que motivo, desgostoso do seu antigo partido, quiz dar-lhe um castigo, reagiu contra o partido conservador, em favor do partido liberal, e dous ou tres annos depois, S. Ex., arrependido de sua obra, ou antes obedecendo á força providencial que o impelle, ahí vai caminho direito da destruição, semelhante a esse personagem da lenda hebraica, semeando ruinas no campo dos dous partidos!

Ao ler as palavras do nobre marquez proferidas o outro dia no Senado como uma ameaça á Camara dos Deputados de uma dissolução, esta Camara pôde parodiar as palavras historicas que Suetonio põe na boca de Agripina: "Miles, ventrem feri."

Tambem dizem que os nobres ministros dividirão entre si as provincias do Brasil em grandes feudos para melhor dirigirem a politica de cada uma destas provincias: o Rio Grande do Sul e Santa Catharina couberão ao nobre Ministro da Guerra, como era natural.

O Sr. T. Ottoni — E todos os fornecimentos.

O SR. POMPEU — As provincias do Paraná e S. Paulo aos nobres Ministros da Agricultura e da Fazenda. Coube maior quinhão ao nobre Ministro da Marinha, Rio de Janeiro, Minas e Espirito Santo; é o lote que teve S. Ex. Bahia e Sergipe pertencem ao nobre Ministro dos Estrangeiros. Alagoas, Pernambuco e o resto do Norte, menos o Ceará é par droit de naissance ao nobre Ministro do Imperio, presidente do conselho. Não sei por que o nobre Ministro da Justiça agradeceu-se do Ceará.

O Sr. T. Ottoni — Elle diz que é pouco, quer mais e tem direito.

O SR. POMPEU — Lá vou a essa questão. Eu me dava por muito honrado e feliz que com effeito o Ceará pertencesse ao nobre Ministro da Justiça.

O Sr. T. Ottoni — Tivesse um tal donatario.

O SR. POMPEU — Mas receio que S. Ex. só queira do Ceará fazer senadores; até dizem me que S. Ex. já nomeou um chefe de policia de proposito para isso.

Porem ainda a respeito da divisão feudataria do Imperio ha uma questão letigiosa: o nobre Ministro da Justiça disputa ao nobre presidente do Conselho a provincia de Pernambuco.

O Sr. T. Ottoni — Ah! É o Imperio todo.

O SR. POMPEU — O Senado tem visto constantemente no *Jornal do Commercio*, *Correio Mercantil*, artigos relativos a esta grande questão, questão magna que divide o Gabinete, não se sabe ainda a qual dos dous pertence. Mas, vença Cesar ou vença Pompeu (*riso*) *perdita Roma fuit*. Se vencer o nobre presidente do Conselho, será presidente daquella provincia um dos nossos dignos collegas, mas em opposição á uma fracção do partido governista, fará continuar a politica do terceiro partido que está montado em Pernambuco; se vencer o nobre Ministro da Justiça, então, dizem que tambem será presidente um nosso illustre collega que irá montar outra politica.

O Sr. Pimenta Bueno — Ha de vencer Cesar.

O SR. POMPEU — Dizem que S. Ex. o nobre Ministro da Justiça tem intenção de fazer ressuscitar o partido conservador puro em Pernambuco, de que é chefe o muito digno Sr. visconde de Camaragibe; por isso, repito, vença Cesar ou vença Pompeu *perdita Roma fuit*. Isto é, o infeliz partido liberal genuino fica fóra de combate; elle verá com indifferença os dous contendores daquella terra disputando se para posse exclusiva até que chegue a sua vez, segundo a esperança que dá o nobre Ministro da Justiça.

V. Ex. faz-me o obsequio de mandar o projecto de resposta á falla do throno? (É satisfeito.)

Senhores, a resposta á falla do throno está certamente redigida com o talento e habilidade de que têm dado sobejas provas os dignos membros da commissão, mas, nella exergo um voto de censura ao Ministerio, e por isso que hei de votar por ella tal qual. Vou concluir.

O Gabinete actual se diz liberal, e até liberal historico, mas elle nada quer com os antigos liberaes e menos com os seus chefes; elle quer sómente os homens de um partido chamado impessoal. Partido impessoal, Sr. Presidente! Sophisma que mal encobre a ambição de homens ou uma causa toda pessoal de homens que têm acompa-

nhado todas as politicas passadas, presentes e acompanharão as futuras, contando que se lhes dê altas posições. Partido impessoal! O que quer isso dizer, Sr. Presidente? Pois é possível um partido ideal; é um puro ente da razão sem encarnação? É um sophisma grosseiro que mal disfarça a apostazia daquelles que abraçados com alguns farrapos da bandeira de seus antigos adversarios, procurão fazer desaparecer os verdadeiros guardas dessa bandeira, para só elles colherem os fructos da victoria.

Em religião, como em politica, a idéa abstracta nunca passaria do dominio da intelligencia, ou do sentimento, se não tivesse apostolos, martyres defensores, dedicados que a propagassem e praticassem. Só quando as idéas se encarnão nos seus apostolos formão partidos ou seitas; por que em regra ninguém se apaixona por uma idéa abstracta.

Não ha fé nas idéas, disse um illustre parlamentar, quando não ha fé nos partidos; não ha fé nos partidos quando não ha fé nos homens.

O nobre Ministro da Justiça disse na outra Camara que ainda não era chegada a vez do partido liberal historico, e aqui se disse ainda hontem que o partido liberal era impossivel. Senhores, por minha parte estou resignado, e, se tivesse autoridade, eu aconselharia aos meus correligionarios para que esperassem com resignação, soffressem com paciencia a proscricção que se lhes vota, encarando-a com aquelle intrepido e tranquillo olhar, como ensina Bossuet, os jogos e insultos da fortuna adversa, *donec pudet criminis sui...*

Por mim digo que, depois do que tenho feito e tenho dito ha mais de 20 annos por esse infeliz partido liberal, não seria digno de sua confiança, nem mesmo da estima de meus adversarios, se hoje, quando esse partido é votado novamente á proscricção, eu, para escapar á sua sorte, me fosse amparar debaixo dessa famosa bandeira impessoal.

O Sr. T. Ottoni — Muito bem.

O SR. POMPEU — Fazendo esta declaração não tenho por fim condemnar nem censurar ninguém; respeito todas as opiniões, todas as convicções, quero só dizer que, se a liga rompeu-se, se o partido liberal foi votado ao exterminio, eu quero acompanhar meus antigos collegas, meus antigos

amigos, quero ficar firme em meu posto, partilhando sua sorte.

Um grande rei, Henrique IV, cujo nome a historia glorifica, dizia aos seus soldados no campo da batalha, que quando a bandeira lhes faltasse, servisse-lhes de bandeira o seu penacho branco. O meu penacho branco, Sr. Presidente, é a voz dos meus antigos chefes e amigos. No meio de tantas hesitações e fraquezas, no meio de tantas apostasias, quero ao menos que a minha voz, que o meu procedimento fiquem de accordo com todo o meu passado.

Voto pela resposta á falla do throno, porque entendo que nella ha uma censura ao governo. (Muito bem.)

O Sr. Souza Franco — É bem que V. Ex. mostre onde está a censura; eu quero ver se a resposta á falla do throno está em opposição, para votar tambem por ella neste caso.

O SR. POMPEU — Eis aqui o que diz a resposta á falla do throno, e porque entendo que ella faz uma censura ao Gabinete:

“Congratula-se o Senado com Vossa Magestade Imperial, pela tranquillidade publica de que tem gozado o Imperio durante a quadra excepcional de uma guerra externa que tomou tão largas proporções. E espera que, com o auxilio da Divina Providencia, a justiça do governo, sabla e energeticamente sustentada, fortalecerá cada vez mais no animo do povo brasileiro o sentimento da conservação, desse dom precioso tão necessario á estabilidade das instituições, ao melhoramento e fiel execução das leis, como á solução das graves dificuldades que podem ainda perturbar o progresso nacional.”

Aqui a commissão diz que espera; não reconhece ainda a justiça do governo, nem confia nelle, apenas espera.

“Lamenta o Senado que o desaggravo da honra nacional tão injustamente offendida pelo presidente da Republica do Paraguay, ainda não nos consinta largar as armas; alegra se porém, com Vossa Magestade Imperial em reconhecer que tem sido incessante o patriotico concurso de todos no desempenho de tão sagrado dever.”

Aqui tambem nada diz do concurso do governo; não reconhece serviços que o governo tenha feito em relação a guerra do Paraguay.

“A communicação que Vossa Magestade Imperial se dignou fazer aos representantes da nação, da existencia de um tratado de alliança offensiva e defensiva celebrado entre o Brasil e as republicas Argentina e Oriental, e de que esta triplice alliança tem sido mantida entre as partes contratantes com toda a lealdade, foi ouvida pelo Senado com o vivo interesse que desperta tão importante assumpto:

Nenhuma palavra de approvação; o Senado só diz que ouviu com respeito a communicação que lhe foi feita.

“O rendimento de Uruguayana, inutilizando as forças invasoras, trouxe outro resultado não menos almejado pelo Brasil, o feliz e prompto regresso de Vossa Magestade Imperial á capital do Imperio, centro do governo constitucional donde partem os raios beneficos de uma solicitude que não cança, e na qual não cessa tambem de confiar o Senado.”

Nem uma palavra a respeito do triumpho de Uruguayana.

“O esforço patriotico com que a provincia de Mato-Grosso tem conservado a sua capital, e grande parte de seu territorio, livres da invasão inimiga, é digno do alto apreço a Vossa Magestade Imperial; e só esta consideração pôde mitigar o pezar que sentem todos os brasileiros pela difficil e intensa situação em que se achão aquelles nossos compatriotas. Felizmente o dia da completa expulsão dos invasores já está proximo; e é de esperar que um futuro mais providente afaste para sempre a repetição de tão infaustos acontecimentos.”

A Commissão diz que é de esperar, mas não confia que o governo apresse esse feliz resultado.

Pelo que acabo de ler da resposta á falla do throno, Sr. Presidente, vê-se que ella envolve seguramente um voto de censura ao Gabinete, sendo este o motivo por que dou á mesma resposta o meu voto.

Tenho concluido.

O papel dos partidos políticos no aprimoramento das instituições políticas

Senador OSIRES TEIXEIRA

SUMÁRIO

Introdução

O partido político e seu papel

O partido político no Brasil

Instituições políticas

Instituições políticas brasileiras atuais

Influência do partido no aprimoramento das instituições
políticas atuais

Políticas e estratégias para os partidos políticos

Conclusão

INTRODUÇÃO

O que leva os regimes políticos a não prescindirem dos partidos políticos? Profligado por uns, exaltado por outros, a verdade é que o partido político sempre foi o cerne, o instrumento, a alavanca dos regimes políticos.

Mesmo naqueles ditatoriais, a figura do partido político está presente como extrato finalístico do regime e instrumentaliza, como instituição fundamental, a ação política. É típica nos regimes autocráticos, seja de direita ou de esquerda, a existência do partido único. Está claro que, em casos tais, há uma completa distorção de origem sociológico-política do partido. Ele representa a vontade do autocrata e é dele instrumento.

A origem natural do partido, todavia, é outra. Nasceu da personalização do poder político. O exercício do poder exige uma ordem estável que tem como titular o povo. Povo que, organizado, edita normas que disciplinam a ação dos governantes na busca do bem comum. É nesse instante da evolução política

que o poder se erige de pessoal para institucional. Nasce o partido político que seria, no dizer de Neuman:

“o único e mais importante instrumento para a transformação do poder social em político”.

Em se tratando de um regime democrático, cujas conceituações e definições não repetiremos, podemos dizer que eles podem não significar o grande instrumento, mas em tese é inconcebível pensar-se em democracia sem a sua existência. Aliás, ela é sólida ou frágil segundo são fortes ou fracos os partidos. Em certas conjunturas é que se conhecem teses falsas de alguns governantes como George Washington, que no seu *Farwell Address* acusa os partidos políticos de serem obstáculos à prática da democracia. Jean Jacques Rousseau igualmente, no seu *Du Contrat Social*, comete o pecado mortal de profligar a existência do partido político porque bisonhamente achava que legítimo seria o governo que atende aos interesses e às aspirações de todos os cidadãos.

Dessa posição evoluímos para a prática da democracia “apesar” dos partidos políticos, para afinal chegarmos à concepção contemporânea resultante necessariamente do desenvolvimento econômico, do aparecimento da tecnologia e do Estado industrial, dos meios de comunicação e da melhor cultura do povo em que se pratica a democracia “através” dos partidos políticos. Outra não é a postura que lhe dá a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, no que praticamente repete a Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Aliás, é em face da importância do partido político no contexto de uma nação, o seu relevante papel e influência nas demais instituições políticas caracterizando o próprio regime, que se cuidou deste trabalho sobre a influência e o papel que ele deve exercer nas instituições, por decorrência, como fator de aprimoramento.

A ação política objetiva a teoria política. Aquela, todavia, é a responsável pela transformação das esperanças, das aspirações, dos sonhos, das irrealidades em conquistas presentes por vezes intermediárias mas que visam o atingimento maior do bem comum. É claro que, no entender de H. R. G. Greaves, professor de Ciência Política da “London School of Economics and Political Science”,

“no centro de todos os problemas políticos — e conseqüentemente matéria de teoria política, sujeito de seus atributos — está o indivíduo, cuja segurança, bem-estar e, em grau adjetivo, felicidade, o Estado tem de compreender para afirmar-se como um organismo capaz de oferecer-lhe a consecução de seus fins”,

se revela cristalino o moderno pensamento humanístico.

O PARTIDO POLÍTICO E SEU PAPEL

Foi Kelsen quem, de maneira magistral, registrou a importância do partido político, quando afirma:

“É patente que o indivíduo isolado carece completamente de existência política positiva, por não poder exercer qualquer influência efetiva na formação da vontade do Estado e que, por conseguinte, a democracia

só é possível quando os indivíduos, a fim de lograr uma atuação sobre a vontade coletiva, reúnem-se em organizações definidas por diversos fins políticos, de tal maneira que se interponham, na relação indivíduo-Estado, aquelas coletividades que agrupam, sob a forma de partidos políticos, as vontades políticas coincidentes dos indivíduos. Só por ofuscação ou dolo é possível sustentar a possibilidade de democracia sem partidos políticos. A democracia requer, inevitavelmente, um Estado de partidos.”

Ora, sendo a democracia um Estado de partidos, aquela está na decorrência destes. É a eficiência dos partidos que determina a qualidade da democracia.

Para que desempenhem eficientemente seu papel, necessárias se tornam ao partido político algumas características:

a) estar sempre atento às aspirações, aos sentimentos e à cultura do povo, a um tempo preocupado em instar o governo a realizar essas aspirações e pugnando através de permanentes estudos e pesquisas para aprimorar a cultura política desse mesmo povo;

b) jamais tomar posições ou defender idéias contrárias ao caráter nacional e distanciadas da cultura da época;

c) desenvolver o sentimento de responsabilidade do bem-estar social e político em toda a comunidade, possibilitando-lhe participar na elaboração das decisões em busca do bem comum;

d) procura permanente do consenso e, não o encontrando, submissão à maioria.

Em última instância, esse desempenho, a par do transcendental papel que as elites políticas devem ter na condução da nação e no “passo à frente” que elas devem dar, representa o princípio do respeito à soberania popular, à igualdade política e à decisão da maioria.

O partido político como elo de ligação entre o povo e o Parlamento

Ajustado à realidade nacional, o partido político é quem permanentemente vive os princípios doutrinários, mas, a um tempo, sente o caldeamento, o calor e a temperatura da ambiência social para transmitir, através dos parlamentares a ele filiados, a adequação das aspirações à doutrina em curso. Quem mantém o contato direto com o povo é o partido, e só assim haverá politização das massas, pois através dos partidos elas atuarão na solução dos problemas do Estado.

É óbvio que esse raciocínio não visa, em hipótese alguma, valorizar o partido como uma máquina, eliminando a importante figura do líder. A vontade do Estado, quando realmente democrático, é a do povo. Os partidos vivem e florescem em torno da propagação de idéias. A massa tem anseios, aspirações e quanto mais próximo dela estiver o partido, maior chance de arregimentação de adeptos, maior chance de empolgar. Mas sabemos que as idéias em si são paralíticas. Elas se alteiam, ganham corpo e substância em razão daqueles que as pregam e as defendem. No laboratório dos partidos elas nascem, germinam

e criam vida, mas será pela palavra, pelo gesto, pela vivência e eloquência de atos do líder, comumente no Parlamento, que elas vão florescer, vicejar, dar flores e frutos sazonados. Por vezes a idéia está latente na massa, oculta no subconsciente social. Cabe ao partido captá-la, testá-la no seu laboratório e colocá-la em mãos do líder para que ele a vivifique, propague e por vezes se anteceda à opinião pública, influenciando sobre ela, polindo-a, racionalizando-a e conduzindo-a. É aí que nasce o líder. Mas, para que essa idéia seja perene, é necessário que ela viva no partido, seja manipulada, estudada, testada, pois, do contrário, embora tenha poder de magnetização de toda a opinião pública, será rápida e fugaz como o passar de um cometa. Numa democracia sólida, de partido, não há lugar para carismas baratos. Há lugar, sim, para líderes cientes e conscientes de seu papel a serviço da idéia e dos estratos sociais.

O partido político é o elo entre o povo, o Parlamento e o Executivo

Se é verdade que as idéias medram no partido, tomam corpo e são viabilizadas no Parlamento pela discussão e encontram um denominador comum, também é verdade que ao Executivo impende efetivá-las pela força do poder que detém.

O compromisso ideológico para com o partido não é só do parlamentar, mas também do Chefe do Executivo que, eleito pelo partido, tem a base de sua atuação calcada na doutrina:

“La íntima conexión entre los partidos políticos y el Parlamento y el Ejecutivo — diz Hermann Finner — es manifiesta. No es exagero decir que el Parlamento y el Ejecutivo son apenas más que estructuras, centralmente organizadas, y lugares de reunión donde se cumple la voluntad de los partidos. Cuanto más profunda sea la organización, más cohesa resulte su asociación y más definido su proyecto, mayor será el sentido del Parlamento. Cuanto menos profundo sea, mayor será la indecisión, la molestia, el quebrantamiento y la falta de eficiencia del legislador y de los organismos ejecutivos.” (Otavio Yanni — “Fundamentos da Teoria Política”, Civ. 1969, pág. 137).

É o partido o neutralizador dos choques entre Executivo e Legislativo, o traço de união capaz de definir o momento e o *modus faciendi* da construção e consolidação da democracia.

Dentro dessa conceituação, os chamados “partidos únicos” dos regimes totalitários são ridículos arremedos sem nenhum sentido. São meros instrumentos que não representam força capaz de, captando os sentimentos e aspirações do povo, impulsionar o governo nesse ou naquele sentido. Antes, eles são o próprio governo e existem com características inteiramente diferentes, negando a doutrina de sua origem e de sua existência.

O partido político é que define, é que traça os rumos — à técnica impende realizar da melhor maneira

O Parlamento, como retrato animado do partido, divulga a doutrina, discute, levanta problemas, agita, defende idéias, combate soluções, prega teo-

rias, critica, sugere, apóia e rejeita e até assume posições contraditórias exatamente porque é ele o retrato de todas as camadas sociais que, num flagrante conjuntural, vivem determinado problema do Estado. É natural, pois, que lhe faltem conhecimentos técnicos como um todo, eis que formado por profissionais liberais de direita, de centro e de esquerda, literatos, industriais, comerciantes, militares, representantes da Igreja, homens da cidade e homens do campo, todos vindos dos mais variados pontos geográficos do país e com vivência específica de suas profissões de origem. Se é verdade que não podem ter, como uma Instituição, um embasamento técnico puro, também o é que sua ação por isso mesmo é universal, abrangente, podendo, pois, traçar diretrizes aos técnicos a quem falta exatamente essa visão do todo. Os técnicos são importantes, no Executivo, no Parlamento e nos partidos. Toda vez, porém, que assumem o integral comando do Estado, pretendendo dirigir também a filosofia de governo, o fracasso é iminente. O partido é a ética, é a sociologia, é a filosofia de governo. Uma concepção do homem e do universo, o partido, através de sua doutrina, busca a realização do bem comum, quando no governo.

É fundamental a participação do técnico na construção desse "mundo melhor" divulgado, pregado e defendido pelos partidos. Mas na realização, não na concepção.

Os destinos das nações são traçados nos laboratórios políticos, que são os partidos. Ao serem traçados esses rumos, para eles colaboram não só os políticos, mas os sociólogos, os filósofos, os economistas, os burocratas, os técnicos em geral. Todo o trabalho de estudo, projeto e pesquisa é feito debaixo de um programa político, que aceitaram e cuja viabilização depende de seus conhecimentos técnicos.

Esse tópico comportaria um longo estudo que não convém novamente ser feito, posto que não interessa objetivamente ao escopo do trabalho.

O partido político é o desenvolvimento cultural

Como expressões ideológicas, os partidos políticos estão sempre atualizados com a dinâmica da tecnologia, da ciência, da arte, da literatura e da filosofia de seu povo. Mais do que isso, haverão de participar desse movimento para dele tirar o proveito capaz de estratificar os conhecimentos para atualizar-se permanentemente e captar as mudanças de culturas que refletirão por certo uma mudança de comportamento e uma alteração na sua cultura política. A par de expressão ideológica, na sua dinâmica de ação devem os partidos estar agindo e refletindo a vida política como um todo. Como selecionar nos seus quadros os homens que dirigirão a Nação e cuja responsabilidade é conduzir o povo a uma justa, equânime e ampla participação nos frutos da cultura e nos valores benfazejos da civilização, se não estão atualizados com as conquistas sócio-culturais e científicas?

É da nítida compreensão e entendimento desses fatos que os partidos políticos cristalizam os anseios de uma sociedade em movimento e cumprem bem o seu papel, destilando os conhecimentos, trabalhando-os, aperfeiçoando-os e emoldurando-os para que possam representar a melhoria da cultura política do povo.

O partido político e a formação política do povo

Seria estultice pensar que a mera definição constitucional das instituições fosse o suficiente para assegurar o êxito de um regime político ou de uma forma de governo. A presidir tudo isso está a formação política do povo. E quem é o responsável por ela? O partido político. A estrutura do partido político tem que se desdobrar como um todo para realizar esse objetivo, com os pressupostos já alinhados, sem o qual sua existência deixa de ser robusta. É a cultura e a formação política das gentes que vivificam as instituições. Sobre tudo é importante que essa formação se dirija especificamente para a juventude. Já Sócrates, do alto de sua sabedoria, sentenciava:

“A educação deve adaptar-se à forma particular de constituição: cada forma de constituição tem suas peculiaridades, que asseguram de ordinário a conservação do Estado e lhe presidem o estabelecimento; por exemplo, os costumes democráticos geram uma democracia e os costumes oligárquicos geram uma oligarquia, sendo que uma constituição é tanto melhor quanto for o espírito do qual ela procede.”

Cabe, pois, ao partido político velar pela formação política do povo, infundindo-lhe uma doutrina. Pregar o desarmamento de espírito: o amor à liberdade, o espírito cívico, o respeito às instituições; despertar no povo a sua co-responsabilidade pelas realizações do governo; inspirar-lhe o senso da co-autoria na condução da coisa pública; mostrar-lhe a validade e importância de sua participação. Eis sua função precípua.

O partido político e a formação de candidatos

De certa forma já foi dito linhas atrás. Nunca é demais repetir, pois talvez resida aí o calcanhar-de-aquiles dos partidos políticos. Trata-se, afinal, de o partido identificar os valores novos, as expressões de inteligência, os líderes natos, para projetarem seus programas no Parlamento, no Executivo, nas várias funções da vida pública. É uma tarefa verdadeiramente difícil: identificar vocações capazes de levar o partido ao acerto na escolha de um técnico com índole política e com qualidades de um estadista; e, por outro lado, incapazes de conduzi-lo ao engano de confundir um homem extremamente inteligente e aberto com um líder popular ou um homem de Estado.

Ao partido político compete descobrir o homem certo e, através de seus departamentos especializados, moldá-lo, dar-lhe conhecimento, fazer seu embasamento doutrinário e político, conscientizá-lo para as tarefas de governo que o esperam, cientificá-lo das imensas responsabilidades que assume no instante em que aceita ser intérprete do partido em determinada área do Poder. É uma operação extremamente delicada e cujo erro ou engano sempre custa muito caro ao partido em termos de proselitismo e de afirmação perante a opinião pública. O partido será sempre o fiador junto ao povo no sentido de que aquele candidato defenderá os postulados e executará o seu programa no cargo que irá ocupar.

O partido político e a informação política

Informação que não pode e nem deve ser somente pré-eleitoral. Informação que não deve se circunscrever à defesa do governo, se o é, ou à análise profunda das repercussões da ação governamental, se é oposição, senão uma informação permanente, constante, doutrinária e que diga respeito principalmente à ação partidária, ao programa do partido; à defesa de suas teses, à atualização de seu comportamento face às alterações econômicas, culturais e sociais externas com reflexos na ação política. Ação permanente, constante, diuturna e fecunda, capaz de imprimir no povo o respeito pela seriedade com que os problemas estão sendo enfocados dentro de uma doutrina política.

Assim desempenhado o seu papel, o partido político se fará credor do respeito dos adversários, do fortalecimento das convicções de seus militantes e de uma consciente tomada de posição por parte dos indecisos.

Por outro lado, deve o partido político montar convenientemente um sistema de informações capaz de mantê-lo atualizado com relação à repercussão de sua doutrina, sua dinâmica e suas possibilidades a fim de orientar sua tendência de comportamento. Não basta a um partido ter uma doutrina correta, perfeita e divulgá-la. É preciso também que, pela práxis, sinta, junto à opinião pública, as repercussões de suas atitudes, a fim de ajustá-las à realidade conjuntural.

Informação política é muito mais que divulgação e defesa de programa. É dar vida ao partido; é sentir a receptividade; é estar tranqüilo de que o mecanismo de informação povo-governo está funcionando de modo a manter aceso o fogo partidário.

O partido político e a fixação do programa

Ora, se falamos em informação política, ela deve calcar-se no programa partidário. Os partidos derivam de uma concepção universal — é a filosofia política. Essa filosofia deve ser trazida à discussão, deve ser pregada, deve ser traduzida em obras. É o programa partidário. Peça importante na engrenagem política, é através dele que as razões de Estado, a filosofia de governo, a doutrina permeia. Programa de governo tem necessariamente que representar não só as aspirações reclamadas e sentidas do povo e colocadas dentro da concepção filosófica do partido, como deve conter aquelas aspirações latentes na coletividade, quase sempre inseridas no caráter nacional de cada gente.

Programa inteligente é programa despido de lugares comuns. Programa inteligente é programa de aspirações sentidas do povo. Uma característica importante de um programa partidário é sua atualidade e objetividade, aliada a uma agilidade capaz de ajustá-lo às mudanças culturais e sócio-políticas do País.

Por outro lado, um programa partidário, além de ser realista, sério e preciso, haverá que estar solidamente plantado no chão.

Programa partidário não é vitrine de amostra para propaganda pré-eleitoral, mas a mensagem do partido em seu proselitismo permanente: é o farol da

agremiação a apontar a seus militantes, a seus adversários e aos indiferentes, os rumos que se pretende dar à nação em busca do bem comum.

Em função dos programas que devem refletir a realidade sócio-política e cultural de um povo, aliada à capacidade de realização do país, é que se fala em modelo político.

A capacidade de realização do país, o caráter nacional e a cultura política podem levar um partido que tenha o mesmo embasamento doutrinário e filosófico a adotar programas partidários diferentes. É pelo programa partidário, pois, que se define o modelo político.

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, captando essa realidade, já dizia:

“Não há modelo universal, próprio para todo e qualquer povo, que realize em toda parte a democracia. A democracia, que é possível, para cada povo, para cada época, varia enormemente de instituições e, portanto, de modelos. Não há democracia possível, porém, onde não estejam arraigados os dois valores que a inspiram: liberdade e a igualdade. Não há democracia, sobretudo, onde não há espírito cívico. A primeira tarefa, para a conservação de uma democracia, para o aperfeiçoamento de uma democracia, para a criação de uma democracia, é a difusão desse espírito. Desse espírito que leva a dedicar-se cada um a um esforço desvelado “pela lei e pela grei.”

É, pois, pelo programa partidário que a agremiação se identifica com a realidade onde ela está plantada, onde sua ação se desenvolve, para quem ela existe e em favor de quem ela pretende atuar no sentido de fortalecer e aprimorar.

O partido político como meio de atuação

A estruturação formal do partido lhe permite e lhe dá as condições de atuação como meio através do qual o filiado possa participar, fiscalizar e até influir na realização do bem público.

Dentro do conceito contemporâneo de regime democrático com a imprescindível característica de regime representativo, o povo como um todo pode atuar nos atos de governo. A distância física em que por vezes se coloca o representante do povo no Parlamento lhe dificulta uma participação mais significativa. Aí aparece a figura do partido, presente em todas as faixas de representação comunitária, e o homem usa o partido para se fazer participante, para atuar e até para influir nas gestões do governo. Nesse particular e como tal, o partido serve como elo de ligação entre o militante e o Parlamento, e esse por sua vez exerce pressão de idéias junto ao Executivo. É um relevante papel do partido político.

O partido político como agente de idéias

Como laboratório onde são captados os ideais de concepção da ordem, do bem fazer e até da práxis, o partido político se transforma permanentemente

num agente de idéias capazes de dar uma nova moldura ao quadro das instituições, do ordenamento jurídico e até da concepção universal de determinados problemas.

Nesse particular, a ação do partido é intensíssima e daí a importância de ele possuir departamentos especializados para coletar essas idéias que lhe são trazidas por uma modificação nas concepções artísticas do meio-ambiente, ora por um sociólogo, um escultor, um literato, um profissional liberal, um operário numa entrevista, num discurso ou até mesmo numa reunião social ou classista. É das mais importantes essa atividade partidária e nela se sente uma grande dinâmica na vida partidária. Só mesmo uma organização como o partido teria condições de captar idéias, digeri-las, interpretá-las e transmiti-las para que teoricamente pudessem ser transformadas em ordenamento e até alterar programas.

O partido político como formador da vontade nacional

É Burdeau quem diz que os partidos políticos têm, dentre outras funções,

“servir de órgão formador da vontade nacional, servir de órgão para realização de uma idéia; manter a vitalidade do pensamento político e dar-lhe movimento”.

Na verdade são eles os pregadores das aspirações nacionais, traduzindo o pensamento do povo e adequando-o à filosofia e programática de que são decorrência e possuidores. (*Burdeau — Traité de Science Politique*).

Já Linares Quintana em seu *Los partidos políticos — instrumentos del gobierno* — assinala resumidamente como funções dos partidos políticos:

“formulação de políticas; designação de candidatos para cargos públicos; condução e crítica do governo; desenvolvimento e manutenção da unidade nacional”.

Finalmente,

O partido político e a conquista do poder

Nessa conquista ou eventualmente na manutenção do poder, está o cerne das organizações partidárias. Todas elas têm uma meta — conquistar o poder político e exercê-lo.

Eximimo-nos, a propósito, de, no tópico “O partido político e seu papel”, descer aos conceitos e definições do que venha a ser partido político. Igualmente deixamos de analisar suas origens, sua evolução histórica através dos tempos, sua estrutura, os sistemas partidários. Da mesma forma, subtraímos desse trabalho considerações sobre monopartidarismo, bipartidarismo, pluripartidarismo, partidos de quadro e de massas; totalitários e especializados; e bem assim suas organizações, nelas insertos os arcabouços, os elementos bases, as articulações, a militância, a direção etc., por julgar que seria meramente repetitivo. Esses elementos todos temos e sabemos. Qual a meta maior do partido? Essa uma indagação pertinente.

O que diferencia nesse aspecto os partidos totalitários dos democráticos é que enquanto estes possuem uma filosofia, uma escala de valores e buscam o poder político através de um ordenamento jurídico aceito, fundado na legitimidade da investidura no poder por maioria, aqueles, se são de direita, se prestam tão somente para manter o ditador no poder e, se são de esquerda, lutam por ele (poder) por todos os meios e formas, pregando aberta luta de classes e preconizando o domínio pela revolução, após o que se colocam na posição de encarnar o próprio poder estatal. Nos regimes de esquerda (marxista-leninista) não existe um partido que prega suas idéias captando as aspirações do povo, mas uma ditadura do partido.

A verdade é que, por métodos diferentes, a meta primeira dos partidos, de esquerda e de direita, democráticos ou totalitários, é a ascensão e manutenção no poder.

O papel, pois, do partido político no regime democrático é de essencialidade completa. Tanto é verdade que a sua institucionalização é um fato irreversível nos dias que correm. O sonho dos liberais já passou. A democracia moderna-social exige que os partidos transbordem, extravasem e se enquadrem na ordem jurídica do Estado. Não se pode mais pensar em praticar poeticamente democracia *apesar* dos partidos políticos. Ela tem que se processar com partidos com papel definido, como expusemos embora resumidamente, mas que já basta para definir que, hodiernamente, democracia se fará *através* dos partidos políticos.

Dizer-se que a crise democrática que atinge alguns países é decorrente dos partidos é um absurdo. A democracia jamais esteve ameaçada pelo regime dos partidos. Em alguns casos os partidos não se ajustaram à realidade do momento, o que determinou seu enfraquecimento. Os partidos totalitários com caráter de *Bund* ainda são em número reduzido no mundo, e não há necessariamente nenhuma tendência que nos faça caminhar para eles. A democracia tem muitas armas, mas a mais importante delas é o partido político que tem que ser sobretudo atual e atento às realidades do momento. Por outro lado, eu concluiria com Maurice Duverger no seu *Os partidos políticos* (pág. 460), quando assevera:

“... alguns elementos dessas estruturas partidárias novas garantem uma admirável formação dos quadros políticos, ao mesmo tempo que um contato mais estreito e mais fiel entre as massas populares e as respectivas elites dirigentes: isolados do seu contexto, poderiam acentuar a natureza democrática dos partidos, em lugar de destruí-la. O verdadeiro meio de defender a democracia contra as toxinas que ela própria segrega, pelo seu próprio desenvolvimento, não consiste em amputá-las das técnicas modernas de enquadramento das massas e de seleção dos quadros — cirurgia que a reduziria a uma forma vazia, a uma aparência ilusória — mas em canalizá-las para seu próprio uso, pois são, em definitivo, ferramentas talvez capazes tanto do melhor quanto do pior, como as línguas do velho Esopo. E recusá-las equivale a recusar-se a atuar. Se fosse verdade que a democracia é incompatível com elas, ter-se-ia de concluir que a democracia é incompatível com as condições de nossa época. Todos os discursos sobre os benefícios do

artesanato e os malefícios da grande indústria, não obstam que a era artesanal esteja encerrada e que vivamos na era da produção em série: todas as saudades dos partidos de quadros do século XIX, individualistas e centralizados, mais os anátemas contra os partidos maços atuais, centralizados e disciplinados, não impedem que só os segundos é que correspondam à estrutura das sociedades contemporâneas.”

O PARTIDO POLÍTICO NO BRASIL

Lamentavelmente – como ideário e bússola – o Brasil, desde o seu descobrimento, ainda não conheceu agremiações sólidas com todas as características de partido político.

Mais lamentável ainda é constatar-mos que as únicas exceções à afirmação anterior foi a existência ainda recente de partidos que negam a democracia, arremedos indígenas do nazi-fascismo e cópia-carbono servil do comunismo inaceitável pela alma e formação moral do povo brasileiro.

Dizer-se, como ensina Nabuco, que em 1838

“formam-se então os dois partidos que hão de governar o País até 1853 e disputar o terreno das lealdades à Monarquia Constitucional”,

tentando caracterizar o arremedo de partido Conservador como alimentado pelas forças econômicas do café e o Liberal como impulsionado pela burguesia urbana, escritores, magistrados e professores é sem dúvida um esforço de imaginação do velho estadista.

Na verdade, tivemos sempre em nossa História homens defendendo idéias; jamais conhecemos os partidos políticos como organismos naturais resultantes de uma civilização mentalmente esclarecida e economicamente estratificada.

Façamos, em rápidas pinceladas, o perfil de nossa história política do Império até a Revolução de Março de 1964.

No primeiro quartel do século XIX, tivemos os que lutavam pela independência e os que preferiam a permanência de nossa pátria dentro da comunidade lusitana. Defendiam ideais ou idéias, mas não se formalizavam, para a vida e para a tradição, partidos políticos. Com efeito, o projeto constitucional da Constituinte de 1823, refletindo a desconfiança da lealdade de D. Pedro I à Independência, lhe retira praticamente todos os poderes, delegando-os à representação nacional e visando ao fortalecimento dos grandes proprietários rurais. Enfatizando a soberania nacional e a liberdade econômica, bem poderia ter feito germinar partidos políticos, não fosse a sua prematura dissolução pelo próprio Imperador.

A Constituição posteriormente outorgada (1824) desestimulou o aparecimento de partidos com características próprias, face à introdução do quarto poder – o Moderador. Só com o episódio da abdicação de D. Pedro em 1831, se consolida o chamado “Estado Nacional”, aglutinando-se os representantes em duas correntes: a dos grandes proprietários rurais e a das classes populares.

Não existiam partidos na expressão da palavra, existiam duas correntes de opinião: a conservadora e a liberal, na qual se apoiava a Regência.

A edição do Ato Adicional e as restrições a ele impostas posteriormente pela "Lei de Interpretação do Ato Adicional" em nada ensinaram a formação de partidos políticos.

Na época dos conservadores e liberais, vivemos faustos políticos com o aparecimento de extraordinários estadistas, mas sem conhecer a vida partidária. Foi sempre a luta em torno de idéias, nunca ao derredor de princípios partidários. Mesmo Rui, a excepcional cabeça pensante brasileira, aceitou a República porque o Imperador negava a Federação.

Com o advento da nova ordem — expulsa da América do Sul a última casa real imperante —, o que viemos a conhecer em termos de política foram as clássicas figuras de "Governo" e "Oposição". Ficaram só nisso. Nunca se transformaram em partidos políticos.

A vastidão continental do País, a pobreza dos meios de comunicação, a incultura reinante e o analfabetismo avassalador tudo se somou ao nosso pauperismo econômico para impedir que tivéssemos organizações políticas de caráter nacional. O Partido Republicano, longamente no poder, era uma colcha de retalhos, mal e mal costurados na presença de Deputados e de Senadores no Congresso Nacional. Em cada Estado havia um Partido Republicano independente, cujos maiorais só se vinham a conhecer quando eleitos para o Senado Federal ou para a Câmara dos Deputados. E os oposicionistas fazem oposição local, divorciados dos outros que, disseminados pelo País, também não armavam suas tendas de campanha nos arraiais do Governo.

A força do poder central, posta em relevo por Campos Sales e a sua "Política dos Governadores", certamente inspirada nas "salvações" criadas por Floriano Peixoto, exacerbou as oligarquias em detrimento da vontade popular.

A Revolução de 1930, que projetou para a História a figura extraordinária de Getúlio Vargas, foi a reação contra a intransigência de Washington Luiz, que queria porque queria fazer de um outro paulista o seu sucessor. Mais isso do que um movimento de idéias. Lembremo-nos do "paulista de Macaé" assentindo na candidatura do mineiro Antônio Carlos, consoante a praxe da política do "café-com-leite", e só muitos anos mais tarde teríamos tantas modificações públicas em nossa terra.

Com Getúlio Vargas — de 30 a 45 — não tivemos, em sentido sociológico, vida político-partidária. Vivemos aquele período sob uma ditadura benevolente, em muitos aspectos, construtora de nosso progresso.

Depois, com o fim da II Guerra Mundial, com o advento da Constituição de 1946, ao sopro de novas idéias e baseados no crescimento material que já atingíramos, criou-se, entre nós, e pela vez primeira, a figura do Partido Nacional.

As facilidades das comunicações, em todo o seu vasto espectro, com o avião e as telecomunicações abundantes, permitiram que se obtivesse o primeiro arremedo de vida partidária nacional, destacando-se as duas forças conserva-

doras: PSD e UDN, o trabalhismo unido no PTB e o comunismo, legalizado, no PCB.

Digo arremedo, e digo sem constrangimento, porque todos assistimos às mais exasperantes e esdrúxulas formas de conúbio eleitoral. As eleições eram, em numerosíssimos exemplos, a soma de contrários. Aqui, os comunistas apoiavam candidatos udenistas; ali trabalhistas faziam chapas com os pessedistas. Por toda parte, enfim, era a idéia da conquista de mandatos ou de poder, fossem quais fossem as alianças que se faziam, as mais espúrias imagináveis.

E, como se isso fosse pouco, houve a disseminação superabundante das siglas partidárias, chegando-se ao absurdo de vivermos sob o império de *quatorze* partidos, estabelecendo-se no Brasil de então o triste e merencório espetáculo do comércio das legendas, umas se alugando, outras se vendendo.

Qualquer chefe municipal, inexpressivo mas vaidoso e com algum dinheiro, não logrando acolhida sob uma legenda, não tinha dificuldades em servir-se de outras, dir-se-ia apenas para fonte de renda de seus *donos*.

Esse quadro rápido, sombrio, talvez tenebroso — no qual carreguei sem remorso o pincel das tintas fortes — quero que valha como uma introdução sobre o que penso sobre o papel dos partidos políticos no aprimoramento das instituições políticas.

É tamanha a importância da vida dos partidos que, mesmo tendo assim sido — sem organização e sem grande conteúdo —, não se pode dizer que os arremedos de partido, e aqueles outros, de certa importância contingencial, deixaram de influir no aprimoramento da vida pública do País.

A pregação democrática, sincera e verdadeira, a que tantos homens se entregaram, contribuiu decisivamente para a politização do povo, assim no Império, assim na República.

Urge, porém, pôr em relevo que, no Brasil, como universalmente, e de fato, inclusive no comunismo ou no nazi-fascismo, a massa eleitoral não pertence a qualquer partido. Filiado, segundo os cânones legais, só um grupo muito reduzido. São as minorias, no mundo inteiro, aquelas que compõem a estrutura humana de cada partido.

E há de ser sempre assim, pois todo partido político é e há de ser sempre — meio e não fim. Nenhum partido será, em qualquer época, associação civil com milhões de sócios.

São as elites dirigentes — e que por isso mesmo devem ser atuantes — que devem pôr em movimento a máquina partidária buscando alcançar o maior número possível de simpatias para fazer vitoriosos os seus candidatos e vitoriosas as idéias de sua pregação.

Na América do Norte, exemplo da democracia presidencialista, como na Inglaterra, típica democracia parlamentarista, o eleitor que põe na Casa Branca um John Kennedy, democrata, é o mesmo que ali coloca um Richard Nixon, republicano; a massa que entrega o poder aos trabalhistas é a mesmíssima que faz o Ministério conservador, na Inglaterra.

E isso porque, em suma, todo partido político vale, ou deve valer, como um centro de idéias de governo ou de poder.

Em todos os tempos e em todas as épocas, a massa tem-se mostrado variável, suscetível de se deixar empolgar pelos legítimos líderes. E a grande experiência adquirida pelas nações civilizadas comprova que, tanto melhor organizados os partidos, tanto mais fácil a sua penetração junto ao povo.

INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

A instituição política maior é o próprio Estado. Quando a nação se organiza juridicamente e aparece a figura soberana do Estado — aí está a instituição maior.

É que, para promover o bem comum representado na multiplicidade de interesses sociais, seja legislando, seja executando, seja captando as aspirações políticas da nação, seja disciplinando o uso da lei, o Estado se multiparte e forma outras estruturas que se sistematizam erigindo-se em outras instituições políticas.

Graças às instituições políticas, pode o Estado, de forma ordenada, disciplinada e sobretudo harmônica, promover com eficiência o bem coletivo.

Elas são os instrumentos maiores da própria razão de ser do Estado.

Das instituições políticas emerge o partido político como a mais ampla e mais globalizante, sobre ser, no regime da democracia social, a mais importante.

É através dos partidos políticos que as demais instituições se compõem para promover o bem comum.

Como base do edifício democrático, o partido político é, hodiernamente, o fundamento da democracia, por imperativo de seu próprio fortalecimento e mesmo sobrevivência.

Paulo de Figueiredo, num belíssimo trabalho sobre o assunto, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, Ano III, nº 12, caracterizando a importância do partido político na vida dos povos, escreve:

“A democracia, forma política superior de vivência dos homens em comum, só é possível entre os povos que hajam atingido um grau satisfatório de civilização. São válidas, e sempre estão presentes, as instituições democráticas entre os povos politicamente cultos, ao passo que os tipos não democráticos de organização política são mais frequentes entre os povos ainda em estado precário de civilização. Destacadas as exceções, tal fato está presente na História com uma evidência solar. É fácil será então positivar como a vida dos povos, nos variados espaços e nos diferentes tempos, pode ser simbolizada na figura de seus “chefes”, “líderes” e “condutores”, que, em outras eras, substituíam os atuais partidos, pois eles eram acreditados como deuses e sua palavra traçava os caminhos a seguir. Com o desdobrar dos séculos, os partidos, com este ou com outros nomes, passaram a ser o centro de polarização dos ideais coletivos e em volta deles se agruparam os homens. Pode-se dizer, por isso, que a história dos povos é

a história de seus partidos políticos, mesmo quando não havia partidos ou estes eram representados por um “sacerdote”, um “general”, uma “família”, um “político”, um “conselho”, um “oráculo” ou um “profeta”.

Dentro do conceito de “democracia social” será do partido político que devem emergir e corporificar as demais instituições políticas. Se assim não for, será um mero arremedo, uma farsa, nunca um partido, e o regime será tudo, menos democracia.

INSTITUIÇÕES POLÍTICAS BRASILEIRAS ATUAIS

Conceituadas como um grupo de estruturas, processos e valores compartilhados dentro de um sistema social de natureza relativamente permanente e dentro da idéia de que se ocupam de alguma função política ou de algum grupo de funções políticas, temos que são instituições políticas maiores:

- o Poder Executivo;
- o Poder Legislativo;
- o Poder Judiciário;
- os partidos políticos.

São instituições políticas do Poder Executivo:

- a) Presidência da República;
- b) o Ministério da Justiça;
- c) o Conselho de Segurança Nacional;
- d) o Serviço Nacional de Informações.

São instituições políticas do Poder Legislativo:

- a) as Mesas da Câmara e do Senado Federal;
- b) a Câmara dos Deputados;
- c) o Senado Federal;
- d) as Comissões Permanentes de Constituição e Justiça, Finanças, Segurança Nacional e Relações Exteriores, existentes em ambas as Casas do Congresso Nacional;
- e) o Congresso Nacional;
- f) as Comissões Mistas;
- g) o Tribunal de Contas da União.

São instituições políticas do Poder Judiciário:

- a) Supremo Tribunal Federal;
- b) Tribunal Federal de Recursos;

- c) Superior Tribunal Militar e Auditorias Militares;
- d) Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Eleitorais;
- e) Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juntas de Conciliação e Julgamento;
- f) Tribunais de Justiça e Tribunais de Alçada.

São instituições políticas dos partidos políticos:

- a) os Diretórios Nacionais;
- b) os Diretórios Regionais;
- c) os Diretórios Municipais;
- d) os Institutos Milton Campos e Pedroso Horta.

Ao lado dessas instituições políticas que poderíamos dizer convencionais, face à Revolução de Março de 1964, existe na estrutura do Estado brasileiro a instituição excepcional do Ato Institucional nº 5, de todos conhecido.

Essa a pedra de toque do atual modelo institucional da República que dá às Forças Armadas, via SNI, Alto Comando e Conselho de Segurança Nacional, a tutela do poder político brasileiro.

INFLUÊNCIA DO PARTIDO NO APRIMORAMENTO DAS INSTITUIÇÕES POLÍTICAS ATUAIS

Tenho como axioma que, em nenhum momento da vida de qualquer Estado, suas ambições de aperfeiçoamento político podem ir além dos limites definidos por sua economia. Na verdade, nem a cultura nem a tecnologia encontram o clima propício ao seu desenvolvimento senão quando lastreadas de bases materiais que permitam à idéia fecunda a sua transformação em realidades palpáveis.

Quando um povo, no seu sentido de massa, não pode ser instruído e educado — à míngua de recursos do Estado e da iniciativa privada para libertá-lo das trevas da ignorância — aí a organização política será frágil e dificilmente medrará a democracia.

Daí por que a missão aperfeiçoadora e de aprimoramento dos partidos políticos, revelada neste trabalho em todos os itens do papel que eles devem desempenhar, além de outros, só será possível se eles forem econômica e financeiramente fortes.

A lei brasileira, imprimindo à nossa democracia um relevante papel, ao partido político, acanhadamente, lhe deu um fundo partidário com insignificante conteúdo válido.

É evidente que aperfeiçoar a democracia e aprimorar as diversas instituições políticas é uma tarefa de gigantes, só compatível a um regime que se pretende realizar através dos partidos políticos, se forem robustos em termos financeiros. É certo que nenhum partido poderá ser o elo de ligação entre

o povo e o Parlamento ou o Executivo, muito menos poderá comandar as linhas mestras da técnica ou presidir o processo político-cultural, fixar seu programa de ação, atuar na formação política do povo, disciplinar a escolha de seus candidatos etc. e, por fim, pensar em conquistar o poder, se não contar com um substancial volume de recursos financeiros. Para todo esse complexo trabalho haverá o partido que contar com equipes especializadas, manter estruturas de assessoria, constituir-se em verdadeira escola de aprendizado e pesquisa, e isso significa custos altíssimos. Não haverá que ser mantido pelo Estado, pois, se a democracia é feita através dele, ele passa a ser parte da estrutura pública.

De uma maneira ou de outra, atuando o partido nos itens acima citados, haverá de "azeitar" a máquina estatal para um melhor rendimento. Seus reflexos nas demais instituições políticas são instantâneos, seja na formação dos dirigentes, seja na sua permanente capacidade de fiscalização dos que estão no Poder. Um partido atuante exige dos componentes das demais instituições o perfeito cumprimento das leis que devem reger a Nação e não permite que os dinheiros públicos sejam mal aplicados ou mesmo desordenada e incorretamente. A constância de sua vigilância em favor do respeito, da autoridade e da probidade será extrema. O partido político, quando atuando corretamente, acaba por conseguir o equilíbrio no funcionamento das instituições políticas, de molde a não admitir a prevalência de uma sobre a outra. Sem desequilíbrios. Sem descompassos.

O debate e a crítica, a denúncia aberta e a pregação do direito contra a força — mesmo entre nós, ainda sem organização partidária aprimorada — são atividades públicas que visam ao aperfeiçoamento das instituições.

Todas as grandes conquistas, nacionais ou populares, desde que nos organizamos como nação independente, no plano das franquias cívicas, têm suas nascentes legítimas na atividade partidária, na luta permanente pela conquista da representação do povo, cada homem por si e por seu partido, desejoso de possuir o Poder para, através dele, efetivar suas idéias de governo.

Destarte, mesmo reconhecendo — porque seria irreal não fazê-lo — as deficitárias realidades de nossas estruturas partidárias, desde que nos separamos de Portugal, não podemos, em sã consciência, deixar de pôr em relevo os inestimáveis serviços que os partidos políticos têm prestado à vitória dos ideais democráticos de nossa terra e em favor do aprimoramento das instituições.

Nascidos ARENA e MDB na crista de uma crise política e por decisão revolucionária, tiveram suas origens em uma pirâmide invertida — com amplas cúpulas e reduzidíssima base.

Influência

Uma verdade, porém, salta de tudo isso — só os pessimistas a negariam: tanto a ARENA quanto o MDB, pelo esforço comum da classe política, estão se transformando, embora vagarosamente, em pirâmides estáveis, ampliando as suas bases consideravelmente e tornando-se em sólidos geométricos de largos fundamentos, de vastas áreas laterais e de vértice magnífico.

Também é só. Na verdade, a instituição partido político no Brasil está no nascedouro como organização capaz de aprimorar as demais instituições políticas. Arraiados ainda em ambos os partidos, estão os fantasmas das antigas agremiações de antes do Movimento de Março de 1964. Tal situação cria óbices intransponíveis no momento, máxime com o aparecimento das sublegendas, que podem ser tidas como mascaramento do pretendido bipartidarismo. Nem ARENA nem MDB ainda se encontraram e se mostraram capazes de derrubar esse fantasma. As divisões internas nos dois partidos têm colaborado decisivamente para a manutenção do *status* negativo da normalização da vida partidária no País.

Conquanto o eminente Presidente Ernesto Geisel venha demonstrando permanente preocupação com a área política em sucessivos pronunciamentos, chegando mesmo a dizer que

“mais importante do que a vitória da ARENA nas próximas eleições é a consolidação dos partidos, é dar-lhes força e coesão”,

não tem o Governo encontrado meios para fazê-los participar da vida do País.

Claro, mesmo evidente, que é indispensável à classe política encontrar nova solução para o processamento da vida partidária a fim de dar aos partidos aquela força e coesão indispensáveis, tão brilhantemente postas em relevo pelo Chefe da Nação.

Embora devamos reconhecer algum esforço dos partidos no sentido do aprimoramento de nossas instituições políticas, a verdade é que o comportamento da ARENA, mesmo detendo a maioria em quase todas as casas legislativas do País e dos executivos de todos os Estados da Federação, não tem sido, a rigor, um comportamento de partido no Governo. Ao contrário, suas iniciativas são sempre de subordinação e condicionadas à posição do Executivo. Sua posição perante o eleitorado é apagada, pois nenhuma ou quase nenhuma realização pode apresentar como partido político. Se compraz no “sim” de aprovação aos projetos oriundos do Governo através do Congresso. De outra parte, o MDB não desenvolveu qualquer estratégia válida para sua atuação. Despido de um programa exequível, prefere atuar pela rama dos problemas em apelos emocionais sem adentrar os grandes temas nacionais. Essa posição ainda é agravada com a nítida posição contestatória de alguns, que esbarra com a aplicação, rara felizmente, dos atos de exceção ainda vigentes no País. Esse comportamento, aliado à existência da legislação excepcional, é o grande responsável pelo pouco ou quase nada que os partidos brasileiros têm feito em prol do aprimoramento das instituições em nosso País.

Quem compulsar a Constituição em seus arts. 1º, § 1º; 152 e seus parágrafos; 74, § 1º; 75, § 1º, e Emenda Constitucional nº 2 verá claramente a definição do modelo brasileiro de democracia. Democracia através dos partidos. “O poder emana do povo e em seu nome será exercido”, mas esse poder não é dado a pessoas, senão ao partido. Os candidatos devem seguir fielmente o programa dos partidos. Isso sem falar na rigorosa fidelidade prevista no parágrafo único do art. 152, pelo qual perdem o mandato os legisladores em todos os níveis que deixarem as fileiras de seu partido.

Na verdade, desses dispositivos deveria derivar uma imensa força para os partidos políticos no País e sua legítima influência sobre as demais instituições políticas, mas o fato é que conjunturalmente vivemos uma revolução e, seja pelas razões já apontadas, seja pela tibieza da estrutura imposta pelo bipartidarismo (como a sublegenda), o partido político praticamente em nada tem influído no aprimoramento das instituições políticas atuais. Salvo fatos episódicos, tem ele servido de instrumento do Executivo, não como organismo atuante e decisório, mas como mero apêndice do Sistema.

POLÍTICA E ESTRATÉGIAS PARA OS PARTIDOS POLÍTICOS

Tomando-se por base que o Brasil optou pela realização da democracia através do partido político nos termos do modelo constitucional e que tal desiderato somente será possível com o estímulo à participação do povo brasileiro na vida política do País através das agremiações político-partidárias, quer pelo pleno exercício do direito do voto livre, quer pela participação integral nas decisões de Governo, quer pela motivação de jovens lideranças para se incorporarem à dinâmica partidária, e havendo manifesto e pleno anseio de participação como faz prova cabal o maciço comparecimento às urnas no último pleito de 1974, depreende-se ser aspiração nacional a plena participação do povo no processo político.

Aliás, Eugene Stanley, em sua magistral pesquisa, ao mencionar os valores fundamentais que motivam os interesses humanos, já identifica entre eles o nível de vida, segurança, integração social, criação e participação (o grifo é nosso), sendo que este último, quando exercido através do partido político, permite o conhecimento e a realização dos demais. Se transplantarmos esses interesses para grupos sociais, cerne dos partidos políticos, vamos encontrar o aspecto "influência — que traduz a vontade de atuar de um grupo sobre os outros que com ele se relacionem colateralmente ou por contingência".

Isto posto e examinando a atual conjuntura nacional, verificamos que ambos os partidos existentes mantêm, embora em nível pouco alentador, o Instituto Milton Campos, da ARENA, de estudos e pesquisas políticas, e o Instituto Pedroso Horta, com igual finalidade, do MDB. Além disso, já existem substanciais manifestações de cientistas políticos, estudiosos, políticos militantes, congressistas etc., postulando a inclusão de disciplinas obrigatórias nas escolas de níveis médio e superior, visando despertar o cidadão para seus deveres para com as instituições políticas. Ainda na análise da conjuntura, detectamos que há manifesta posição do Executivo, cumprida e acabada: realizou eleições livres para prefeitos e vereadores em todo o Brasil, em 15 de novembro de 1976, numa demonstração cabal de preocupação democrática pelo respeito ao livre exercício do voto. Isso configura, face ao número de candidatos lançados em ambos os partidos em quase todo o País, a existência e funcionamento do sistema bipartidário, o que caracteriza uma situação de normalidade institucional.

Por outro lado, é clara e patente a escassa renovação das cúpulas partidárias e das lideranças locais e regionais, e é pequena a participação política na formação das grandes linhas da vida nacional, o que se evidencia por "n" fatores ligados à inexistência de equilíbrio entre a classe política e o Estado moderno. Igualmente, há uma relativa estagnação partidária, máxime no que

se relaciona à presença da juventude, das elites culturais e técnicas no processo político, o que resulta em ínfima produtividade. Não bastasse isso, sobrepõe-se ao esforço de valorização e de atuação partidária o malsinado instituto das sublegendas que, à guisa de garantir a representação das minorias dentro do partido, permite que a insônia seja levada a cada domicílio partidário, que, ao invés de incentivar o combate ao adversário, estimula a peleja contra o próprio correligionário.

Ao verificarmos, nesse exame conjuntural, as medidas em execução já previstas, chegamos à conclusão de que, malgrado o conceito de disciplina partidária que transcende à disciplina consciente, invadindo até as decisões de consciência, atuando como fomentadora de servilismo, a *Lei Orgânica dos Partidos Políticos* é um instrumento válido dentro da estratégia atual do Governo, no sentido do desenvolvimento e do fortalecimento dos partidos políticos.

Quanto aos efeitos atuais, eles são frios e nada revelam, e quanto aos previsíveis, deles pouco se espera dentro do atual quadro.

Deixando muito a desejar, alterações na estrutura dos partidos políticos são ansiosamente esperadas por toda a comunidade.

Da análise da realidade dinâmica dos partidos políticos realizada ao longo do presente trabalho e sobretudo da pesquisa realizada durante as viagens por todo o País, não foi difícil verificar que há um inconformismo da Oposição, resvalando por vezes para a contestação. Óbvio que se trata de uma vulnerabilidade das mais sérias, pois atenta contra um dos princípios basilares da democracia, que é a autodefesa. Se a liberdade e a igualdade são pilares da democracia, não pode ela permitir que alguém ou algum partido tente contra isso ou contra o respeito e a dignidade da pessoa humana. A atitude é incompatível com um partido democrático. A presença manifesta dessa corrente de opinião dentro do MDB e que, por covardia, acomodação ou mesmo descaso, não é combatida pelos democratas pertencentes ao partido, o torna ilegítimo para assumir o Poder.

Também se verifica que não há completa coesão e filtração ideológica de esquerda. Claro está que há, por isso mesmo, uma instabilidade política que se agrava com um ressentimento manifesto em relação ao Poder Executivo, pelo seu gigantismo e flagrante tendência de mando. É evidente que, diante do quadro que ora pintamos e que se assenta na crua realidade nacional, são de se esperar, a curto e médio prazos, modificações na situação atual dos partidos políticos. Tudo isso sem contar a flagrante falta de eficiência e eficácia das atuais agremiações partidárias, não respondendo, em termos públicos e por razões de Estado, à importância de suas existências.

Ao sintetizar a avaliação no objetivo de fixar as necessidades básicas no que diz respeito aos partidos políticos, poderíamos resumir, num ideário meramente enunciativo, posto que em outra oportunidade já tecemos comentários específicos, assim:

a) os partidos políticos brasileiros precisam se conscientizar de que são *parte* e não *apêndice* no modelo político pátrio e de que a eles cabe grande responsabilidade nisso;

b) é preciso que se convençam os partidos políticos de que lhes impende a defesa da democracia, seu desenvolvimento e fortalecimento, nunca a contestação, e de que esta precisa e deve ser combatida dentro das próprias hostes, se houver;

c) deve ser reformulada a Lei Orgânica, dando-se maior plasticidade à dinâmica partidária e alterando-se o instituto da fidelidade;

d) ação específica na qualificação de maior número de eleitores;

e) aperfeiçoamento do processo eleitoral;

f) extinção das sublegendas;

g) cumpre que os partidos políticos efetivamente se tornem elo entre o povo e o Parlamento;

h) igualmente sejam ligação entre o povo, o Congresso e o Executivo;

i) persuadir-se de que é o partido político que traça os grandes rumos da política nacional, impendendo aos técnicos a sua realização. Recolocar, pois, o tecnocrata no seu verdadeiro mister;

j) organizar-se estruturalmente para responder aos apelos de desenvolvimento da cultura política do povo;

k) organizar, divulgar e defender seus programas que se constituem na *práxis* de sua filosofia;

l) ser, a um tempo, atuante e capaz de ajudar na formação política do povo;

m) operar na formação e seleção de candidatos a postos aptos a divulgar sua doutrina e a defender seus postulados;

n) constituir-se numa força de informação política;

o) transformar-se em agente de idéias e formador da vontade nacional;

p) buscar a estabilidade política, a eficiência e eficácia de atuação e defender as posições ideológicas da democracia social nos termos de suas concepções.

Três fatores fundamentais se opõem à realização desse ideário de necessidades básicas: primeiro, o caráter individualista do homem brasileiro. Com efeito, o caráter pátrio repudia a congregação com responsabilidade e muito menos gosta de partilhar das responsabilidades públicas. É, antes de tudo, um crítico. Pode até ser um participante, até o momento em que se lhe deferem responsabilidades. Frei Vicente de Salvador, em sua *História do Brasil*, assevera:

“Nenhum homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na conferência “Os Partidos Políticos Brasileiros” — citando).

Oliveira Viana, partilhando a mesma tese, que é de inúmeros sociólogos e historiadores pátrios, afirma (mesma fonte):

“As formas de solidariedade voluntária, de cooperação espontânea e livre, só aparecem entre nós sob a ação empolgante dos grandes en-

tusiasmos coletivos; a frio, com a autenticidade instintiva dos anglosaxões não as criamos, nem se sustentam nunca. Partidos políticos ou ligas humanitárias, sociedades de fins morais ou clubes recreativos, todas essas formas de solidariedade, têm, entre nós, uma vida artificial e uma duração efêmera.”

Segundo, a cultura política do povo. É axiomático que o povo tem o governo que merece. A nossa cultura política, como já ficou evidenciado, é baixa e, para a consecução das necessidades básicas levantadas, é absolutamente necessário melhorá-la. É preciso despertar o povo para o ajustamento entre a ordem do “ser” e a ordem do “deve ser”.

Terceiro, a falta de recursos financeiros destinados ao partido político. Como laboratório de idéias, devem os partidos políticos possuir recursos suficientes para seus quadros administrativos, seus técnicos de pesquisa, seus atos de divulgação etc. Visando atuar não somente nos períodos eleitorais, é fundamental ao partido dispor de recursos financeiros para a dinâmica de sua filosofia e de seu programa.

Considere-se, ainda, a relativa inviabilidade de o MDB assumir o Poder. Ora, bipartidarismo pressupõe a possibilidade de alternância no poder, e o comportamento permitido pela maioria emedebista a uma minoria atuante o inviabiliza para o exercício do Poder.

Com os elementos expostos, já temos condições de, face à realidade conjuntural avaliada e a interpretação dos interesses e aspirações nacionais, e bem assim levantadas as necessidades básicas, formular a política nacional, objetivando o fortalecimento e o desenvolvimento do partido político. Para se atingir a plena realização da democracia através dos partidos políticos será necessário que:

a) se imprima maior eficiência para uma maior eficácia às organizações político-partidárias;

b) se embase, filosófica, doutrinária e programaticamente, os partidos políticos, cuidando-se especialmente do resguardo à infiltração comunista;

c) se ajustem as outras instituições políticas ao partido, visando um equilíbrio capaz de fortalecer o Poder nacional.

Na realização da política acima formulada, duas linhas estratégicas poderão vir a ser seguidas. A primeira implicaria em:

1º — alterar a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, máxime no que diz respeito ao fundo partidário e à fidelidade, objetivando maior elasticidade de funcionamento aos partidos;

2º — desenvolver ações conjuntas de todas as instituições políticas visando uma melhor cultura política para o povo;

3º — aperfeiçoar o processo eleitoral;

- 4º — extinguir as sublegendas;
- 5º — estruturar o partido para que ele realmente interprete as aspirações do povo e seja uma força de informação e formação política;
- 6º — estabelecer normas rígidas de seleção de candidatos;
- 7º — manter permanente contato com as demais instituições políticas, buscando o equilíbrio entre elas;
- 8º — ações no sentido do encontro da estabilidade política;
- 9º — dotar os partidos políticos de recursos financeiros permanentes para que ele possa realmente ser um laboratório de idéias;
- 10 — atuar decisivamente, eliminando de seus quadros todos quantos pretendam contestar o regime;
- 11 — conciliar as atividades que lhe são atinentes com as dos burocratas;
- 12 — sensibilizar a juventude para a militância partidária.

A outra grande linha estratégica a ser adotada, considerando os partidos atualmente existentes como caricatos da vontade popular e irrecuperáveis face às suas origens, que distorcem posições e filiações, face à conjuntura da época, consistiria em:

- 1º — extinguir, por ato excepcional, os partidos existentes, suspendendo os efeitos da lei de fidelidade por tempo determinado e estabelecendo comportas para formação de novos partidos de baixo para cima;
- 2º — promover alteração constitucional de molde a permitir a formação de 4 (quatro) partidos políticos;
- 3º — desenvolver em favor deles as linhas estratégicas planejadas para o caso da manutenção das legendas existentes.

CONCLUSÃO

É importante que se registre, sempre houve de parte dos governos da Revolução uma preocupação com o aprimoramento do sistema partidário com vistas a uma melhor eficiência e uma eficaz *performance*, visando o aprimoramento do sistema democrático.

Sem nos determos nos detalhes conjunturais e tão-somente no objetivo de formular uma moldura global das posições dos governantes da Revolução, reportamo-nos à palavra do Presidente Castello Branco quando, ao se despedir de seus Ministros de Estado e da Nação, como que dando contas de suas ações que extinguíram as malsinadas legendas partidárias, disse:

“A pluralidade partidária passou a ser promiscuidade partidária, os programas dos partidos perderam seu sentido de compromisso dos representantes com os representados e a indisciplina partidária amea-

çava converter a tarefa do Governo, de um esforço racional de persuasão, numa transação de interesses pessoais... Por isso entendi que o desenvolvimento, antes das obras, exige uma mudança de instituições e de atitudes.

Aprendi a distinguir a exigência de liberdade, que é legítima, e que por ser legítima não isenta de deveres, e o abuso de irresponsabilidades, que nada mais representa do que uma preocupação obsessiva com os direitos adquiridos e um esquecimento sistemático dos deveres descumpridos.

Nesse contexto, nada mais urgente que uma profunda reforma das instituições políticas, no interesse de preservar a eficácia do sistema representativo.”

Algum tempo depois, perante a Escola Superior de Guerra, afirmava o Presidente Costa e Silva:

“Eis-me de novo entre vós. E eu, que vos ouvi, agora venho vos dizer. Venho dizer-vos que o papel por vós desempenhado na formação de uma consciência de planejamento sistematizado e de metodologia de funcionamento dos organismos, transcende já a limitada moldura política de segurança nacional, para exigir que cuidemos de erguer o Instituto de estudos superiores da política nacional, com a preocupação de fazer que todo partido se erija numa escola desse porte. Só assim haveremos de pesquisar, de ensaiar, uma só metodologia para a política nacional em termos realísticos, em bases científicas, predominantemente operacional e de formação de nova liderança, de novas elites voltadas para o superior conceito de política que veja no autêntico interesse nacional o objetivo primeiro e último de todos e de cada um. Eis-me aqui entre vós, convocando-vos e convocando todos quantos têm algo a dar à verdadeira política — ato de governar, ato de estadista — a imensa tarefa de reconstruir a vida partidária como genuína escola de política sã. Política sã, para construir de fato a nossa grandeza.”

Vivendo outra realidade conjuntural, já em 1973, asseverava o eminente Presidente Geisel (discurso perante a Convenção Nacional da ARENA, em 15-9-73):

“A portentosa construção desse futuro realizar-se-á, necessariamente, no quadro do nosso regime democrático que — convém aqui destacar — obedece, entre outras, às regras fundamentais: do atendimento das aspirações do povo em geral, excluindo o domínio de interesses de indivíduos, grupos, classes ou regiões; da representatividade, com organização partidária de natureza plural; e da substituição periódica do supremo mandatário, o Presidente da República.

Tal regime, contudo, é suscetível de natural desenvolvimento, em decorrência de possibilidades ou necessidades que venham a ser criadas pela segurança e pela evolução social.

No aperfeiçoamento do regime e, pois, das estruturas pertinentes, dever-se-á, entretanto, evitar o mero formalismo, impedir o retorno ao passado condenado e não abdicar das prerrogativas ou poderes que foram atribuídos ao Governo, enquanto essenciais à realização dos objetivos concretos e específicos que lhe cumpre perseguir para a segurança social, econômica e política dos brasileiros. As modificações necessitam ser realísticas e oportunas, com franquias que tenham, como contrapartida necessária, a responsabilidade efetiva, e corresponder incontestavelmente à nossa índole e à vontade política da nação interessada sobretudo, em que se não quebre o clima de tranqüilidade indispensável ao pleno rendimento de seu labor ordenado e produtivo.

Resultarão, basicamente, de progressos que se realizem na educação de nosso povo e na sua sã motivação política, tarefa esta última, dependente, em larga escala, da atividade das organizações partidárias.

Os partidos políticos — tanto do Governo como da oposição, cada qual no papel que lhe cumpre desempenhar — são essenciais ao estilo de vida democrático, como veículos exclusivos da participação do povo na organização do Poder e como responsáveis pela autenticidade do sistema representativo. A eles cabe, pelos seus princípios e programas, pelas lideranças em todos os níveis de atuação, pela perseverante dedicação à causa pública, pela contínua renovação de valores e oferecimento de oportunidades, particularmente aos jovens, e pelos padrões de comportamento político, concorrer decisivamente para o aperfeiçoamento da estrutura política nacional.”

Três governos se passaram; e o atual já na sua meta final e os partidos políticos, segundo a expressa manifestação dos governantes, não atendem às necessidades da Nação. Urge, pois, uma tomada de posição. Tomada de posição essa que se consubstancie nas políticas por nós apontadas, arrimadas nas estratégias preconizadas e outras que possam corroborar com a solução do problema.

Na verdade, é imprescindível a mudança de conduta em relação aos partidos políticos. Não bastam as afirmações peremptórias, será preciso uma ação efetiva para que realmente os partidos políticos possam ter condições para atuar no processo de aprimoramento democrático, pois é pacífico que ainda não alcançou esse estágio.

Nosso compromisso e dever com as novas gerações nos leva ao dever de entregar o Brasil mais próspero, mais livre e mais feliz às próximas gerações.

Um dos fatores preponderantes para que isso aconteça será a consolidação dos atuais partidos, dando-lhes mais força e coesão ou, de outra parte, a extinção deles, permitindo a formação de novas agremiações mais identificadas com a base da pirâmide social, representantes mais legítimos das aspirações populares.

Não basta pregarmos. Não basta apontarmos os erros. Não basta indicarmos caminhos, é preciso necessariamente vivermos e praticarmos essas reformas

necessárias. Eu concluiria com o grande Camões quando o seu cérebro privilegiado concebeu os seguintes versos:

“Não se aprende, Senhor, na fantasia, sonhando, imaginando ou estudando, senão vendo, tratando e pelejando.”

(Luzíadas – X, 153).

BIBLIOGRAFIA

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 24-1-67.
- Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.
- Emenda Constitucional n.º 2, de 9 de maio de 1972.
- Emenda Constitucional n.º 3, de 15 de junho de 1972.
- Emenda Constitucional n.º 4, de 23 de abril de 1975.
- Emenda Constitucional n.º 5, de 23 de junho de 1975.
- Escola Superior de Guerra – *Manual Básico 1976*. Rio de Janeiro, Borsari S/A, 1976, 648 págs.
- BADARÓ, Murilo. “Campo Político” – Painel – ESG – 1975.
- BENEVIDES, Paulo. *A Crise política brasileira*. São Paulo, Cia. Editora Forense, 1969, 115 págs.
- BITTENCOURT, José Luiz. *Política e poder nacional*. Goiânia, Gráfica do Livro Goiano, 1975, 212 págs.
- BOLIVAR, Lamounier. *Os Partidos e as eleições no Brasil*.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1975, 263 págs.
- DANTAS, Ivo. *Ciência política*. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, 125 págs.
- D. ROBERTS, Geoffrey. *Dicionário da análise política*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1972, 256 págs.
- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1970, 465 págs.
- EASTON, David. *Uma teoria de análise política* – Rio de Janeiro, Biblioteca de Ciências Sociais, Zahar, 1968, 183 págs.
- FREIRE, Geraldo da Silva. C-72-1 – ESG – 1975.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. T. 124/76 – ESG – 1976.
- YANNI, Otavio. *Política e revolução social no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1965, 198 págs.
- Revista de Ciência Política – Vol. 18 – n.º 2 – abril/junho – 1975.
- Revista Segurança e Desenvolvimento – n.º 159.
- VASCONCELOS, Paulino Cícero. *Conjuntura política brasileira atual*. In – Painel “Campo Político” – ESG. 1975.

Atividade do Ministério Público no processo civil (*)

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Relator nacional brasileiro no Congresso Internacional de Direito Judiciário (Gand-Bélgica, agosto/setembro de 1977). Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (Estado do Rio Grande do Sul). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Rio Grande do Sul.

"Le caractère essentiel du ministère public est l'indépendance; indépendance envers les Cours et Tribunaux, indépendance aussi, dans une large mesure de mois, envers le Gouvernement."

R. HAYOIT DE TERMICOURT — Procurador-Geral da Bélgica. (**)

SUMARIO:

- I — Organização do Ministério Público
 - A — Posição no quadro administrativo e judiciário
 - B — Princípios fundamentais
- II — Posição processual
- III — Evolução
- IV — Jurisprudência
- Bibliografia

(*) Congresso Internacional de Direito Judiciário — Gand-Bélgica, agosto/setembro de 1977.

Tema Geral: "Por uma Justiça mais humana".

Item n.º 9: "Atividade do Ministério Público no Processo Civil".

Neste relatório, a ordem da exposição da matéria é a do temário oficial organizado pelo relator-geral, Prof. ENRIQUE VESCOVI, do Uruguai, que convidou o autor para ser o colaborador referente ao sistema no Brasil.

(**) "Propos sur le Ministère Public". — Observação: Todos os demais dados de cada trabalho ou obra são indicados na bibliografia geral, sendo, no texto, apenas mencionado o título respectivo.

I — ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A) Posição no quadro administrativo e judiciário

1. A Constituição Imperial do Brasil de 1824 nada prescreveu sobre o Ministério Público. A Constituição Federal de 1891, a primeira da República, apenas se referiu ao Procurador-Geral da República, indicando a forma de investidura: escolha entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Os Estados imitaram o modelo federal e passaram a admitir a designação entre os Desembargadores do Tribunal local (cuja denominação variava, aliás, até 1934, quando passou a ser uniforme). De um lado, o chefe de "parquet" (tanto federal, como estadual) atuava como magistrado, integrando um tribunal; por outro, como parte, inclusive como defensor dos interesses da pessoa jurídica de direito público a que se achava vinculado. Depois da Carta Magna de 1934, passando pelas de 1937, 1946 e 1967/1969, aquela forma de escolha não foi mais mantida, quer no âmbito federal, como no estadual. Embora sem norma cogente, a nomeação atualmente tende a recair sobre um membro do Ministério Público. Mesmo assim, já têm merecido a preferência de Presidente da República (ou de Governador, no plano estadual) advogados e professores de alta projeção, em nível de juristas.

2. Dentro da evolução constitucional brasileira, com reflexos na legislação ordinária, o Ministério Público foi conquistando várias prerrogativas e direitos, com a conseqüente imposição de deveres e ônus, em benefício da independência da instituição e das garantias a seus membros, em diversos dispositivos condensados ou esparsos, embora variando a topologia em cada Constituição Federal. A partir da Carta Magna de 1934, a corporação vem adquirindo posição institucional de relevo no texto e em leis especiais. Entre as vantagens, gradativamente asseguradas, podemos apontar, conforme o texto da atual Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1, de 1969, como síntese do desenvolvimento, as seguintes: a) direito à carreira, mediante ingresso após concurso de títulos e provas; b) direito à estabilidade e à inamovibilidade depois de dois anos de exercício, mas não à vitaliciedade que é apenas para juizes (art. 95, § 1º). Tais normas devem ser obedecidas pelos Estados na organização do respectivo Ministério Público (art. 96), como mínimo. Fora da seção própria que regula a corporação, outras regras conferem direitos aos membros do Ministério Público: a de, juntamente com advogados, integrarem alguns dos tribunais na proporção de 1/5 do total dos respectivos membros ou 1/10 para cada uma daquelas classes (Tribunal Federal de Recursos; Superior Tribunal Militar; Tribunal Superior do Trabalho e qualquer Tribunal dos Estados — arts. 121; 128, § 1º, a; 141, § 1º, a; e 144, IV). Apenas o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais não contam, obrigatoriamente, com a participação de membros do Ministério Público, e, na mais alta corte do País, nem de advogados, embora uns e outros possam ser nomeados facultativamente pelo Presidente da República, se aprovada a escolha pelo Senado Federal (Constituição Federal, art. 118, parágrafo único: "notável asaber jurídico", sem indicar qualquer atividade específica, isso é, pode ser magistrado, membro

do Ministério Público, advogado ou professor de Direito). Quando o membro do Ministério Público é nomeado para um daqueles Tribunais, ele perde sua qualidade originária, para transformar-se em magistrado, com todas as prerrogativas inerentes. Nos Tribunais Regionais do Trabalho, também é adotada a mesma proporção de 1/5 para advogados e membros do Ministério Público, mas por força de lei ordinária e não pela Constituição. (1)

3. Não tem havido constância na colocação da matéria sobre o Ministério Público, em nossas várias Constituições. Apareceu como um "órgão de coordenação das atividades governamentais" (1934); em dispositivos esparsos (1937); título autônomo (1946); no capítulo do "Poder Judiciário" (1967, texto originário) e, finalmente no do "Poder Executivo", formando a Seção II (1967, pela Emenda nº 1, arts. 94 a 96).

Tal diretriz tem sido louvada. (2) Mas também se afirma, entre seus prosélitos, com toda ênfase, que "o repúdio à posição consistente em considerar o Ministério Público como representante do Governo (antigamente *les gens du roi*), se pode dizer universal", na lição de A. ALVIM. (3) A topologia da matéria, porém, não origina a dependência recriminada, mas a advertência é conveniente e necessária para evitar dúvidas quanto à possível submissão ao Poder Executivo.

4. Entendemos, porém, que ao Ministério Público, no texto constitucional, deveria ser assegurado um título especial, como o foi na Carta de 1946: nem incluído no do Poder Executivo, para afastar qualquer idéia de subordinação; nem incluído no do Poder Judiciário, porque não mais é considerado como "auxiliar do juízo", segundo, erradamente, prevaleceu durante algum tempo. (4)

5. A Constituição Federal apenas estabelece um mínimo de regras básicas referentes ao Ministério Público, inclusive quanto à imposição aos Estados-membros (arts. 95 a 96). Cabe à lei ordinária a sua organização minuciosa. No plano federal, ainda vigora a Lei nº 1.341, de 30-1-1951, embora alterada em seu teor originário, sendo denominada de "Lei Orgânica do Ministério Público da União". Presentemente, a tendência é os Estados-membros também terem a sua "Lei Orgânica do Ministério Público" (v.g. Estado do Rio Grande do Sul, Lei nº 6.535, de 31-1-73), que regula a atividade da corporação; e o "Estatuto do Ministério Público" (*idem*, Lei nº 6.536, de 31-1-73), que rege os direitos, obrigações e o exercício das funções de seus membros. Naquela, o art. 1º exara a definição

(1) Após ter sido remetido ao Congresso Internacional de Direito Judiciário este relatório (janeiro de 1977) foi promulgada a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que manteve os Tribunais de Alçada, apesar das perspectivas de sua extinção.

(2) A. ALVIM, "Cód. Proc. Civil. Com.", v. III; pág. 391; CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, "Teoria Ger. Proc.", pág. 178, n.º 105, Contra: P. MIRANDA, "Com. Const.", t. III, pág. 408, n.º 2.

(3) *Op. cit.*, v. III, pág. 395.

(4) R. R. AGUIAR, "Ministério Público — Posição Constitucional", págs. 30/31.

da entidade: "O Ministério Público é o órgão da lei, fiscal de sua execução e defensor dos interesses da sociedade". (5)

6. Pelo sistema federativo brasileiro, há que diferenciar o Ministério Público Federal e o dos Estados-membros. São órgãos do Ministério Público Federal: a) Procurador-Geral da República (instituído na própria Constituição Federal, art. 95), que é o chefe do "parquet"; b) Subprocuradores-Gerais da República e Procuradores da República. Esses últimos têm atribuições cíveis e penais, perante os juizes federais de primeiro grau (com sede em Brasília, Capital Federal, e nas Capitais dos Estados), cabendo-lhes, anormalmente, a defesa da União, como verdadeiros "mandatários" por força de lei. São classificados em três categorias, dependendo da importância do Estado onde atuem. No Distrito Federal (Brasília), o Ministério Público, embora organizado e mantido pela União, se equipara ao dos Estados com um Procurador-Geral do Distrito Federal e dos Territórios, e outros membros inferiores.

7. As demais Justiças Federais, que são especiais (Militar, Eleitoral e do Trabalho — art. 112, III a V, Constituição Federal), regidas por legislação específica e com órgãos judiciários próprios e fora da magistratura comum (ao contrário do Uruguai e da Itália, por exemplo), também possuem seus quadros dentro do Ministério Público Federal, mas independentes entre si, pelo art. 1º da citada Lei Orgânica (nº 5 supra).

8. As Justiças dos Estados igualmente estruturaram seu respectivo Ministério Público, cumpridos o art. 96 e o art. 144, IV, ambos da Constituição Federal, em regra com os seguintes titulares: Procurador-Geral (nomeado pelo Governador do Estado com aprovação pela Assembléia Legislativa); Procuradores; Promotores Públicos (no crime e, não havendo Curador, também no cível); e Curadores, apenas no cível, podendo funcionar em varas especializadas (Família e Sucessões; Menores; Acidentes do Trabalho; Registro Público; Massas Falidas — que podem ser isoladas ou agrupadas com mais de uma matéria). Geralmente, em cada Estado-membro, há o "Conselho Superior do Ministério Público", integrado pela "Comissão Disciplinar", e um Corregedor (v.g. Estado do Rio Grande do Sul, arts. 3º e 4º da Lei Orgânica, nº 5 supra). Em cada Comarca, há, no mínimo, um representante do Ministério Público que, então, acumulará as funções de Promotor Público (crime) com as do Curador (cível). Onde houver mais de um titular, as funções são diversificadas normalmente: Promotor Público no crime e o Curador no cível. Os vencimentos dos membros do Ministério Público são irredutíveis, não por força da Constituição Federal, como acontece com os dos juizes, mas ex vi de lei ordinária (v.g. Rio Grande do Sul, pelo "Estatuto", art. 3º, II) (nº 5 supra). O Procurador-Geral do Estado e os Procuradores desempenham suas funções junto ao Tribunal de Justiça, o mais alto em cada Estado.

(5) Texto de ambas as leis in "Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul", v. 1, págs. 226-275.

B) Princípios Fundamentais

9. Em situação similar com outros países, o Ministério Público, no Brasil, em sua evolução histórico-constitucional, em constante aperfeiçoamento em favor da entidade e das prerrogativas de seus membros, se acha subordinado aos seguintes princípios:

a) **legalidade**, isto é, a interferência somente pode ocorrer quando a lei autoriza expressamente (quer a ordinária, como a própria Constituição Federal, excepcionalmente — art. 11, § 1º, c; e art. 119, I, 1). Os arts. 81 e 82 do Código de Processo Civil são exemplos da permissibilidade legal, porque, na lição de A. ALVIM, “representa um adentramento na esfera de liberdade de cada um”;

b) **hierarquia**, como situação inerente à carreira (Constituição Federal, art. 95; e arts. 2º e 3º, da Lei nº 6.535/1973; e arts. 2º e 5º da Lei nº 6.536/1973, ambas do Rio Grande do Sul — nº 5 supra). A subordinação é simplesmente administrativa;

c) **unidade e indivisibilidade**, que se completam. Ambos os conceitos revelam que todos os membros representam a entidade, podendo um ser substituído por outro colega, sem prejuízo geral. A opinião pessoal de cada um tem que ser respeitada, sem ser nenhum obrigado a contrariar sua convicção quando atue;

d) **independência funcional**, constituindo ausência de subordinação intelectual de cada agente; havendo substituição, o novo titular poderá agir e opinar diferentemente do antecessor, no mesmo grau ou em recurso;

e) **avocação**, poder ao chefe do “parquet” de avocar para seu pronunciamento qualquer processo, afastando o titular normal ou o substituindo por outro integrante da corporação, sem que seja ferido qualquer direito subjetivo do preterido;

f) **indisponibilidade dos direitos**, impedindo qualquer órgão (o que haja iniciado a causa ou o que venha nela a atuar) a fazer acordo mesmo quando os direitos em litígio sejam disponíveis para as partes propriamente ditas. O agente tem a obrigação de ajuizá-las, se há exigência legal expressa (alínea a supra), ou de prosseguí-las até a sentença, se bem que não haja obrigação de interpor nenhum recurso, podendo conformar-se com o julgamento contrário aos interesses defendidos. É situação especial com referência à equiparação do Ministério Público às partes, porque essas, em regra, podem transigir, salvo vedação legal conforme prevêem os arts. 447 e 449 do Código de Processo Civil. (6)

(6) Sobre a matéria do item nº 9: P. MIRANDA, “Com. Cód. Proc. Civ.” v. II, pág. 139, e “Com. Const.”, cit., pág. 406, n.º 11; A. ALVIM, “Cod.”, cit., v. III, pág. 382 e passim; CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, op. cit., pág. 179, n.º 106; H. TORNAGHI, “Com. Cód. Proc. Civ.”, v. I, pág. 279; LIEBMAN, “Manual”, t. I, pág. 175, n.º 91; G. A. MICHELI, “Der. Proc. Civ.”, t. I, pág. 244, n.º 60; REDENTII, “Dir. Proc. Civ.”, t. I, pág. 87, n.º 71; CARNELLUTTI, “Inst. Nuevo Prov. Civ. Ital.”, pág. 178, n.º 181.

II — POSIÇÃO PROCESSUAL

10. O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, em vigor de 1º-3-1940 a 31-12-1973 (o primeiro diploma processual geral da República; no Império, houve o célebre Regulamento nº 737, de 25-11-1850), foi muito parcimonioso ao tratar do Ministério Público. Continha, apenas, dispositivos esparsos, distribuídos em diferentes títulos. Naquele diploma, o Ministério Público figurava mais como órgão interveniente do que como órgão agente, embora outras leis materiais e formais e, até, híbridas — conferissem aos membros da entidade a última função referida (v.g. Código Civil, art. 208, II, quanto à ação de anulação de casamento; a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, Lei nº 4.337, de 1-6-1964, que revogou a anterior Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, sobre o mesmo assunto etc.).

11. O Código de Processo Civil atual (Lei nº 5.869, de 11-1-1973, em vigor desde 1-1-1974, embora já com várias alterações por leis extravagantes) melhor disciplinou a matéria do que o antecedente, concentrando-a, em suas linhas básicas, nos arts. 81 a 85, incluído no Título III do Livro I, relativo ao "Processo de Conhecimento", que é subsidiário do "Processo de Execução" *ex vi* do art. 598. (7) Há, porém, outros dispositivos que igualmente se referem à atividade do Ministério Público (v.g. — art. 116, conflito de competência; 487, III, ação rescisória; 499, § 2º, direito de interpor qualquer recurso; 566, II, legitimidade para promover execução; 1.105, sobre os procedimentos de jurisdição voluntária em geral).

12. Pelo sistema do Código de Processo Civil, o Ministério Público aparece nas duas funções clássicas: **a) órgão agente; b) órgão interveniente** (arts. 81 e 82, como básicos, que serão analisados separadamente). Em leis esparsas, porém, até como representantes de pessoas de direito público seus agentes são investidos, em situação considerada anômala (n.ºs 21-23 infra).

13. O Ministério Público, no Brasil, a exemplo de outros países de organização similar à nossa, tem mais atribuições no "Processo Penal" do que no "Processo Civil". Naquele, a regra é competir-lhe o exercício da **ação penal** (aqui iniciada pela denúncia), enquanto que, no último, o exercício da **ação civil** é excepcional, embora se venha alargando seu âmbito consideravelmente, como índice da evolução social, política, e jurídica da corporação. (8)

14. A) **Órgão agente** — Como dispositivo central, pois, há outros esparsos no próprio Código, o art. 81 estabelece: "O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no pro-

(7) A. M. LIMA, "Com. Cód. Proc. Civ.", vol. VI, tomo II; pág. 534, n.º 1.197.

(8) LIEBMAN, "Curso", pág. 89, n.º 42, e "Manuale", cit., pág. 175, n.º 91; S. COSTA, "Man. Dir. Proc. Civ.", pág. 124, n.º 81; VESCOVI, "Der. Proc. Civ.", t. II, pág. 111, n.º 3; H. TORNAGHI, "Cód." cit., pág. 278: "O reino do Ministério Público é o processo penal"; J. F. MARQUES, "Manual Dir. Proc. Civ.", v. I, pág. 285, n.º 251; A. ALVIM, "Cód.", cit., v. III, pág. 370: "a principal função do Ministério Público é a de instaurar a ação na esfera penal".

cesso, os mesmos poderes e ônus que às partes". Esta norma tem como fontes os arts. 69 e 72 do CPC italiano, firmando as seguintes conseqüências para o agente competente:

a) **deve** (é obrigado) exercer o direito de ação;

b) **a lei**, porém, sempre tem de autorizar (nº 9, a, supra);

c) tem os mesmos **poderes e ônus** (seria melhor acrescentar, outrossim, "obrigações") das partes. A finalidade da equivalência às partes é para não tornar o agente uma figura praticamente inútil, pela inércia, dando-lhe, assim, grande impulso às modernas funções do Ministério Público. Defendendo a diretriz do atual CPC italiano, ALLORIO acentua que "la práctica tenia necesidad de que el Ministerio Público concluyente fuese parte, precisamente para que tuviese el derecho de aduzir pruebas, de presentar documentos y interponer gravámenes". (9) Esta orientação, aliás, já prevalecia no CPC brasileiro de 1939, mas não em dispositivo genérico e, sim, em especiais (arts. 606, parágrafo único; 653 e 654).

15. O art. 81 não é casuístico e nem se exaure nas causas previstas no CPC, tanto que deixa à lei estatuir as ações que o Ministério Público deve mover. Não é, pois, faculdade, mas obrigação, havendo prescrição legal. Enquanto LIEBMAN, no sistema italiano, e C. A. BARBI, no brasileiro, entendem que as espécies são escassas, no cível, J. ASSIS é minucioso em relacionar as ações que, aqui, o Ministério Público deve propor. (10) A tendência hodierna, aliás, é para aumentar o rol de tais causas intentadas por iniciativa obrigatória do Ministério Público ou nas quais deva intervir como réu, embora essas mais raras, mas ambas configurando o direito de ação em sua acepção lata, conforme E. COUTURE. (11)

16. Apenas a título de exemplificação, indicamos os seguintes casos em que o Ministério Público, no Brasil, deve exercer o direito de ação, como autor, ou, de modo excepcional, figurar como réu, na qualidade de **órgão agente**:

a) ação de nulidade de casamento (Código Civil, art. 208, parágrafo único, apontado, aliás, em várias outras legislações);

b) ação de dissolução de sociedades civis por atividades ilícitas, imorais ou nocivas ao bem público, inclusive partidos políticos (Constituição Federal, art. 153, § 28; CPC de 1939, art. 670, mas ainda em vigor *ex vi* do art. 1.218, VII, do atual);

c) ação rescisória, embora com limitações (CPC, art. 487, III);

d) ação de nulidade de registro de marca de indústria e comércio (Decreto nº 7.903, de 27-8-1945, art. 156, § 2º);

(9) "Prob. Der. Proc. Civ.", t. I, pág. 407, nº 3.

(10) "Curso", cit., pág. 89, nº 42: "in alcuni pochi casi"; "Com. Cód. Proc. Civ.", vol. I, t. II, pág. 376, nº 454; "O Min. Púb. no Proc. Civ.", págs. 98-99, nº 8-9.

(11) "La excepción es, en cierto modo, la acción del demandado" in "Fundamentos", pág. 89, nº 54.

e) ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Constituição Federal, arts. 11, § 1º, c; 15, § 3º, e 119, I, I; e Lei nº 4.337, de 1-6-1964 — este assunto será tratado, adiante, em destaque — item nº 18);

f) ação para suspensão de direitos políticos (Constituição Federal, art. 154; Lei nº 818, de 18-9-1949, arts. 3º, § 2º, 25, parágrafo único, 30 e 31);

g) abertura de inventário (CPC, art. 988, VIII, incluído entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, de cuja orientação, aliás, discordamos);

h) ação cível para reparação de dano decorrente de ato criminoso (Código de Processo Penal, art. 68);

i) ação cautelar de arresto quando há liquidação extrajudicial de vários bancos (Lei nº 1.808, de 7-1-1953);

j) dissídios coletivos, na Justiça do Trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 856; e Lei nº 4.330, de 1-6-1964, que regula o “Direito de Greve”, quando falha a conciliação entre as partes para cessar a paralisação do trabalho);

l) defesa como curador *ad litem* de réu revel, atuando, assim, excepcionalmente, na posição passiva (CPC, art. 9º, II).

17. Embora na jurisdição voluntária, não haja parte e, sim, “interessado”, na sistemática brasileira (arts. 1.104, 1.105, 1.107 etc. do CPC) nem litígio, o Ministério Público pode atuar como **órgão agente** (CPC, art. 1.104: “por provocação do interessado ou do Ministério Público”; e arts. 1.163, § 2º; 1.177 a 1.179; 1.194; 1.204), se bem que, normalmente, sua posição seja de **órgão interveniente**, isso é, em causa alheia, conforme o art. 82 e incisos, ou leis esparsas, ou seja, não proposta por membro da corporação, como estudaremos adiante (números 24 a 42).

18. No Brasil, desde a Constituição Federal de 1946, aperfeiçoada na Lei Magna de 1967/1969, existe caso de suma importância quanto ao direito de ação pelo Ministério Público, representado, no plano federal, pelo Procurador-Geral da República, e, no estadual, pelo Procurador-Geral do Estado respectivo. Parece que não se encontra instituto similar no mundo. Trata-se do direito conferido àquele titular de formular a chamada “representação” (*sic*) ao Supremo Tribunal Federal (ou ao Tribunal de Justiça, nos Estados) para ser declarada, **em tese** (não *incidenter tantum*, em causa já ajuizada por terceiros, cuja intervenção se basearia, aí, no art. 82, III, pela ocorrência de “interesse público”, e pelo art. 480, CPC), a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (e, nos Estados, quanto a tais atos municipais), **ex vi** do art. 119, I, I, da Constituição Federal ou para ser decretada a intervenção federal em Estado-membro, com o fim de prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária, ou exigir a observância, na área regional, dos chamados “princípios constitucionais”, **ex vi** dos arts. 10, VI e VII, e 11, § 1º, c, da Cons-

tituição Federal. A chamada “representação” é considerada, tecnicamente, verdadeira “ação direta de declaração de inconstitucionalidade”. Na espécie, porém, ocorre situação *sui generis*: o Ministério Público, pelo Procurador-Geral da República (ou pelo Procurador-Geral do Estado) tem o direito de formular a “representação” ou, em outras palavras, mover “a ação direta de declaração de inconstitucionalidade”, mas não é obrigado. De modo que, como exercício do direito de uma ação, o caso se enquadra no art. 81; mas como ato discricionário, é incluído no art. 82, III, que lhe serve, até, de conteúdo, pois o máximo “interesse público” é a ordem jurídica constitucional do país, se violada por qualquer ato federal ou estadual (ou até municipal), e cuja preservação é pretendida por aquele meio. Antes mesmo de uma lei vigorar e lesar, concretamente, direitos subjetivos, o Ministério Público tem legitimidade para oferecer a “representação” permitida pela Constituição Federal, arguindo o vício da inconstitucionalidade e, máxime, resguardar a federação, em sua força e em sua pureza, provocando a intervenção da União em Estado-membro (ou de Estado-membro em Município). Não há nenhum interesse direto de pessoas ou de grupos vinculado à providência extrema. Em caso de lei ou de decreto, se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade (inclusive *incidenter tantum*), o Senado Federal, recebendo a comunicação, deverá suspender a execução do ato, no todo ou em parte, o qual não mais poderá ser invocado, equivalendo à verdadeira revogação (Constituição Federal, art. 42, VII).

19. A competência do Procurador-Geral da República é considerada privativa, exclusiva, discricionária. De seu parecer, não oferecendo a “representação”, não cabe recurso algum. ⁽¹²⁾ Como aquele titular é de livre nomeação do Presidente da República, e, portanto, demissível *ad nutum*, em sistema criticado, ⁽¹³⁾ o mesmo poderá sofrer pressões políticas ou de outra natureza, curvando-se a objetivos escusos, que conflitam com a verdadeira ordem constitucional do qual se torna, praticamente, o “dono”. Por isso, entendemos que, se provocado e recusando-se, de seu parecer deveria caber recurso ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se

(12) A. BUZAID, “Da Ação Dir. de Decl. de Inconst. no Dir. Brasil.”, pág. 104, n.º 46; 110, n.º 49. Embora a obra haja sido escrita ao tempo da Constituição Federal de 1946, comentando a Lei n.º 2.271, de 22-7-54, seus conceitos ainda se aplicam *presentemente ao texto da Constituição Federal 1967/1969, e ao da Lei n.º 4.337, de 1-6-64, que revogou aquela.* A referida “ação direta” (com o nome legal de “representação”) foi criada pela Constituição Federal de 1946 apenas para os casos de intervenção federal nos Estados. A Constituição Federal 1967/1969, ora em vigor, é que instituiu outro caso além daquele — o do art. 119, I, I, para declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo federal ou estadual. RIBEIRO (F.) — “Na Defesa da Ord. Const.” pág. 28.

(13) Contra a nomeação do Procurador-Geral da República por ato exclusivo do Presidente da República, que não mais depende de aprovação pelo Senado Federal, após a Emenda n.º 1, de 1969, como era tradicional, P. MIRANDA afirma: “Como se há de esperar que denuncie altas autoridades da administração financeira ou da polícia, quem, com tal altitude, se exporia à demissão?” — “Com. Const.”, cit., t. III, pág. 409. A mesma censura serve quanto à possibilidade de ser oferecida “representação” contra lei sancionada ou decreto expedido pelo Presidente da República, considerados inconstitucionais pelo Procurador-Geral da República. Como Agir?

trata de intervenção federal em Estado-membro, decidindo-se pelo arquivamento ou pelo prosseguimento.

20. Como **órgão agente**, o Ministério Público é "parte", mas não no sentido verdadeiro, normal, que é o duplo: parte substancial e parte formal. É situação *sui generis*, apesar de a lei atribuir ao Ministério Público os mesmos "poderes e ônus" das partes. E. VESCOVI, cautelosamente, opina, em face da complexidade do tema, que "estamos ante um órgão estatal especial, que actúa como sujeito del proceso y que toma diferentes posiciones". (14) Realmente, parte substancial não o é, pois sobre o agente ou sobre a entidade não recaem os efeitos da sentença (coisa julgada), isso é, nem as vantagens e nem os ônus. O titular do direito subjetivo em litígio é o "representado", de quem o Ministério Público não é o "representante" e, sim, tecnicamente, "substituto processual", na expressão divulgada por CHIOVENDA. Transparece, assim, aquela figura do art. 6º do CPC do Brasil, similar ao art. 81 da Itália e ao art. 26 de Portugal: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". A ressalva é, exatamente, a posição do Ministério Público, no Brasil, seguindo os modelos estrangeiros. Se fosse genuinamente "parte", ociosa a referência final do nosso art. 81: "os mesmos poderes e ônus que às partes". Houve necessidade, portanto, de estatuir, expressamente, a equiparação dentro do processo, situação reafirmada, aliás, em outros dispositivos (v.g. — direito de recorrer, mesmo como fiscal da lei, art. 499, § 2º; direito de propor ação rescisória, ainda que limitado, art. 487, III). Embora na jurisdição voluntária não haja parte, em sentido amplo se pode afirmar que o Ministério Público também seja um "substituto processual", pois a lei lhe concede o direito de agir quando o interessado direto não o faça (arts. 1.164; 1.177 a 1.179; 1.194 — nº 17 supra). O conceito, pois, de "substituto processual" é o que melhor se ajusta à posição do Ministério Público como **órgão agente**. (15)

21. Quando, porém, o Ministério Público, autorizado por lei, atua, **anormalmente**, na defesa de pessoas jurídicas de direito público, como, por exemplo, na cobrança de dívida da União, não pode ser considerado como "parte" no sentido do art. 81 do CPC. Em tal hipótese, até transação não é vedada ao Ministério Público (nº 9, f, supra), como permite o Código Tributário Nacional do Brasil. É posição idêntica a de qualquer das partes

(14) "Der. Proc. Civil", t. II, pág. 111.

(15) H. TORNAGHI, "Com.", cit., v. I, pág. 279; A. ALVIM, "Cód." cit., v. III, pág. 375; C. A. BARBI, "Com.", cit., v. I, t. I, pág. 117, n.º 84, mas referindo-se apenas como "parte", t. II, pág. 376, n.º 454. J. F. MARQUES, "Manual", cit., pág. 287, n.º 253; J. ASSIS, loc. cit. no n.º 10. S. BERMUDEZ, "Com. Cód. Proc. Civ.", vol. VII, pág. 60, n.º 40. O problema é saber quem seja a "parte substancial", como interroga P. d'ONOFRIO — "Stato", "la società"? — "Com. Cód. Proc. Civ. Ital.", t. I, pág. 104, n.º 176. A doutrina italiana é a favor da tese que nega ao Ministério Público a posição de parte substancial: S. SAIJA, "Dir. Proc. Civ.", pág. 50, n.º 33; U. ROCCO, "Trat. Dir. Proc. Civ.", t. II, pág. 151, n.º 3; CARNELUTTI, "Inst.", cit., pág. 179, pág. 181; G. A. MICHELI, op. cit., pág. 244, n.º 60; E. REDENTI, op. cit., pág. 194, n.º 52; LIEBMAN, "Manual", cit., pág. 179, n.º 93.

no processo na plenitude de seus direitos. Quando o Ministério Público exerce suas verdadeiras funções, embora com os “poderes e ônus das partes”, é preciso atentar-se para a advertência de S. COSTA: “il pubblico ministero che agisca in giudizio non ha una posizione diversa de quella delle parti, ma ne ha gli stessi poteri e gli stessi obblighi ed è tenuto quindi ad esercitare nelle forme che la legge prescrive per queste ultime”. (16)

Tanto assim é, no sentido de inexistir completa identificação do Ministério Público com as partes, que “non è configurabile un potere generale di azione da parte del pubblico ministero analogo ao potere della parte”, na observação de S. SATTA. (17) Enquanto as partes dispensam norma específica, o Ministério Público não pode agir fora do chamado “princípio da legalidade” (nº 9, a, supra).

22. Pela técnica do Código de Processo Civil Brasileiro, que não menciona todos os casos em que o Ministério Público deve intervir como **órgão agente**, mas, pelo contrário, confere à lei larga faixa de incidência, o membro da entidade aparece como **substituto processual**, dentro da exata acepção desta figura **sui generis**: age como parte, com todos os “poderes e ônus” (e mais “obrigações”, aditemos), mas não obtém nenhum proveito — nem para a entidade e nem para seu membro, como não sofre prejuízo algum. **Parte formal**, portanto, e não substancial.

Quanto às regalias que possa ter em relação aos direitos que as partes usufruem normalmente, o assunto será tratado adiante (nº 46).

23. Reafirma-se, aliás, que não deve caber ao Ministério Público, mesmo ao da União, como ainda é permitido, que funcione como verdadeiro “advogado” ou “patrono” dos interesses subjetivos de entidade de direito público. Isso deve constituir atribuição ou competência de outros órgãos vinculados ao Poder Público, como, por exemplo, acontece no Estado do Rio Grande do Sul, pois o Governo do Estado é defendido pelos integrantes da Consultoria-Geral do Estado, com seus quadros próprios, inclusive com “advogados de ofício”, completamente independentes do Ministério Público. (18)

(16) “Manual”, cit., pág. 125, rodapé n.º 61.

(17) Op. cit., pág. 51, n.º 34, I.

(18) C. A. BARBI, “Com.”, cit., v. I, t. II, pág. 360, n.º 458; A. ALVIM, “Cód.”, cit., v. III, págs. 373-393 e passim. S. SALVADOR e M. SANSEVERINO, “O Min. Púb. e o Int. Púb. no Proc. Civ.”, pág. 101, n.º 2; J. F. MARQUES, “Manual”, cit., v. I, pág. 286, n.º 251. Admitindo a posição do Procurador-Geral da República ou do Procurador-Geral do Estado, “representando a União e os Estados, sem prejuízo de suas atribuições específicas de Ministério Público” — H. F. ARAUJO, in “O Min. Púb. e o Novo Cód. Proc. Civ.”, pág. 93. H. TORNAGHI inclui o fato de os órgãos estatais serem partes para autorizar o ingresso do Ministério Público, mas como “interviente”, com base em “interesse público” do inciso III — “Com.”, cit., v. I, pág. 281. Idem, M. A. BORGES, “Com.”, v. I, pág. 90.

24. Órgão Interveniante — A outra função do Ministério Público, que é a mais comum no foro pela larga ocorrência, é regulada, fundamentalmente, no art. 82 do Código de Processo Civil, do seguinte teor:

“Compete ao Ministério Público intervir:

I — nas causas em que há interesses de incapazes;

II — nas causas concernentes ao estado de pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III — em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.”

O dispositivo é simplesmente enunciativo, podendo outros casos surgir em leis especiais; e o inciso III dá margem a uma gama imensa de hipóteses, enquanto os outros são casuísticos, vinculando o Ministério Público quando se verificarem quaisquer das espécies previstas de modo expresso. Entre os incapazes, incluem-se os toxicômanos conforme o Decreto-Lei nº 891, de 25-11-1938.

25. Pelo *caput*, a intervenção é obrigatória do Ministério Público, pelo agente competente, como se deduz do verbo “competete”, embora com sentido impreciso. Melhor fora: “Deve o Ministério Público intervir”.

26. De um modo geral, os incisos I e II se preocupam com duas situações pessoais básicas: a) incapacidade do interessado para manifestação plena de sua vontade por ato próprio, originando várias situações legais (pátrio poder, tutela, curatela, interdição, declaração de ausência e, por extensão, o respeito ao testador, que, como morto, se tornou impedido de defender sua vontade); b) questões de família (estado de pessoa, em suas variantes, e casamento). Há, até, redundância entre os dois incisos, com a finalidade, quem sabe louvável, de evitar qualquer dúvida a respeito de assunto tão relevante. Na verdade, no termo “incapazes” (inciso I) já se encontram os indivíduos sob “pátrio poder”, “tutela”, “curatela”, “interdição” e “declaração de ausência”, notando-se que a curatela é resultante de interdição de um maior (inciso II).

27. Em tais espécies, o Ministério Público é mero fiscal da lei, *custos legais*, sem ser parte, no exato sentido técnico do termo. Sua situação é tão especial, que, cortando controvérsias no Código revogado, o art. 499, § 2º, do atual, autorizou, expressamente, que o Ministério Público pode interpor qualquer recurso, sem nenhuma ressalva, ao contrário do diploma italiano, no seu art. 397. Em última análise, o Ministério Público exerce uma vigilância para que tais causas sejam solucionadas conforme a lei aplicável, ainda mesmo contra os interesses alegados em favor, por exemplo, dos incapazes ou contra a subsistência do casamento, em ação de anulação (o defensor obrigatório do matrimônio é o curador a vínculo, assim como o dos incapazes é o especial, podendo um ou outro entrar em choque com o agente do Ministério Público). O curador — em qualquer das modalidades acima, assume o papel de advogado; o Ministério Público,

de fiscal da lei, visando à sua proeminência antes dos direitos subjetivos e debate. Há um caso, porém, em que o Ministério Público figura como curador especial: na justificação, se o interessado não puder ser citado (CPC, art. 862, parágrafo único).

28. De qualquer forma, trata-se de intervenção obrigatória, de um "direito-dever", como classifica ARRUDA ALVIM, sendo a omissão punível com a pena da nulidade do processo (arts. 84 e 246 do CPC).

O Ministério Público assume, sem dúvida, em tais casos, uma posição especial de parte ("posizione molto vicina a quella di una parte" — LIEBMAN), cuja atuação é menos intensa do que a prevista no art. 81. Pelo art. 83, a vista é sempre assegurada depois das partes: e pode produzir quaisquer provas, medidas e diligências "necessárias ao descobrimento da verdade".

29. Compreende-se que, com a atribuição obrigatória do Ministério Público nas causas relacionadas no art. 82 (máxime no inc. III), o legislador entendeu conveniente confiar ao Ministério Público a tutela de interesses que o Estado considera vitais para a ordem jurídico-político-social.

30. O inciso I prevê norma relativamente discricionária: não basta haver incapazes (requisito objetivo), pois cabe ao Ministério Público considerar, em cada caso, se há, ou não, interesses deles a exigirem a intervenção da entidade. Já o inciso II é norma vinculativa, isto é, o Ministério Público fica adstrito às causas previamente relacionadas, por sua natureza sem aferir da necessidade, ou não, de sua interferência. Em ambos os casos, o Ministério Público não ajuíza a ação alguma, pois, aí, vigeria o art. 81; assim como não ingressa com nenhum procedimento voluntário. O Ministério Público intervém em causa já pendente, mas cuja validade dependerá da intervenção do agente da corporação, opinando em torno da espécie, sobretudo ocorrendo algum dissenso (não litígio ou lide, próprios da jurisdição contenciosa). Pode acontecer, porém, situação excepcional que exija soluções diferentes: se o Ministério Público pretende remover tutor ou curador, agirá na forma do art. 81, combinado com o art. 1.194, como órgão agente (nº 17 supra); se, contudo, é requerida por algum interessado direto a remoção do tutor ou do curador, então o Ministério Público agirá por força do art. 82, II, como órgão interveniente, podendo opinar pela permanência, ou não, do titular do encargo.

31. Como exemplo de interferência do Ministério Público como fiscal da lei, fora do art. 82, mas dentro do CPC, podemos apontar os seguintes casos: arts. 116 e 121 (conflito de competência); 944 (usucapião de terras particulares); 478, parágrafo único (uniformização da jurisprudência). Outros há que, mesmo dentro do Código, já se acham contidos no referido art. 82, II, em repetição praticamente desnecessária, mas conveniente: arts. 1.122 (desquite por mútuo consentimento); 1.126 (abertura de testamento) etc. Ou em leis extravagantes, como em desquite litigioso, se conciliado (Lei nº 968, 10-12-49, art. 5º; não conciliado, a intervenção se opera normalmente pelo art. 82, II, do CPC); alteração de nome e retificações, restaurações ou suprimentos do Registro Civil (Lei nº 6.015, de

31-12-73, arts. 58 e 110, § 1º) e, nos recursos extraordinários, em qualquer causa, independentemente da matéria ou da qualidade das partes julgados pelo Supremo Tribunal Federal (Regimento Interno da Corte, para exarar parecer escrito e falar na sessão do julgamento, arts. 306 e 137, §§ 1º e 5º).

32. **Interesse público** (inciso III) — A fonte desse dispositivo é o art. 70, *in fine*, do Código de Processo Civil italiano. Mas há uma diferença fundamental, que altera as conseqüências da aplicabilidade de cada norma: a) na Itália, a intervenção é **facultativa** (“può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse”; nas demais espécies do mesmo artigo é obrigatória); no Brasil, a intervenção é **obrigatória** como se depreende do **caput** abrangendo os três incisos. Sendo facultativa, a omissão não origina nulidade do processo; sendo obrigatória, a nulidade é cominada, não intimado o agente (arts. 84 e 246).

33. Como ser entendido, assim, o “interesse público”, para tornar “obrigatória” a intervenção do Ministério Público, obstando, portanto, a nulidade prevista explicitamente? A acepção considerada vaga, dúbia, ainda pode ser considerada como sinônima de “interesses coletivos”, “interesses sociais” e “interesses estatais” (União, Estados e Municípios). Tudo isso aconselha que a definição fique *in albis* no texto legal, para evitar aplicabilidade estanque ou gerar ainda mais confusão. A. ALVIM, a título de subsídios doutrinários, relaciona o que denomina de “valores básicos” a serem tutelados sob a égide de “interesse público”, inerentes a toda sociedade: paz; justiça; ordem social-econômica; liberdade; segurança social; casos envolvendo competência internacional, como expressão da soberania nacional; estética urbana; sossego público etc. (19) O “interesse público” muito se aproxima do “interesse social” ou da “ordem pública” mas, não, do “interesse coletivo”, pois aquele se vincula a situações gerais, sem visar a direitos subjetivos de uma pessoa, de um grupo ou, mesmo, de uma comunidade (v.g. órgãos de classe, sindicatos, corporações etc.). Ninguém a rigor, pessoalmente, de modo direto, lucra com a proteção concedida a um “interesse público”, diluindo-se no contexto geral. Favorece a todos, sem favorecer a ninguém singularmente, mesmo em termo de pluralidade. Há, em essência, situação *sui generis* de direito subjetivo, sem ter sido impetrada por ninguém particularmente que pudesse ser prejudicado por uma lesão de caráter global.

34. Exatamente por ser “obrigatória” a intervenção do Ministério Público, a ponto de a falta gerar nulidade, o nosso Código de Processo Civil procurou indicar critério mais ou menos objetivo: “natureza da lide” e “qualidade da parte”. O primeiro, em último término, traz em seu âmago o próprio “interesse público”, pois, ao contrário, não teria justificativa a presença do Ministério Público; o segundo, sim, é mais facilmente caracterizável.

35. A “natureza da lide”, como meio de aferir o **interesse público**, configura-se, entre outras, nas seguintes causas: mandado de segurança;

(19) “Cód.”, cit., v. IV, ainda em elaboração definitiva, mas o professor paulista cedeu, gentilmente, os originais ao autor deste relatório.

falência; ação popular; quando for alegada inconstitucionalidade de lei ou de qualquer ato *incidenter tantum*; ação de despejo contra inquilinos de um bairro, com evidentes reflexos sociais e econômicos; ações expropriatórias, ensejando discussão sobre pressupostos constitucionais e legais do direito de expropriar; uniformização jurisprudencial etc. O fundamento de tais demandas poderá ser em direito público ou privado, mas os reflexos sociais graves e profundos deverão ensejar a interferência obrigatória do Ministério Público por intermédio do agente competente. (20)

36. A "qualidade da parte" visa à sua posição no meio social e político, pelo alto cargo que exerça e cuja influência não se pode abstrair para excluir a intervenção do Ministério Público na causa respectiva. São apontados o Presidente da República, nessa qualidade proeminente, e, por analogia, os Governadores dos Estados; Mesas das duas Casas do Congresso Nacional (Senado e Câmara dos Deputados) e, também por analogia, as das Assembléias Legislativas dos Estados-membros; Estado estrangeiro, pela evidente repercussão internacional, tudo conforme a Lei nº 2.664, de 3 de dezembro de 1955, que vem do tempo do Código de 1939, ora revogado, mas que ainda subsiste e serve para regular a matéria. Em qualquer destas causas quer pela "natureza da lide", como pela "qualidade da parte", o interessado deverá estar normalmente representado por advogado, como procurador judicial, pois a presença do Ministério Público não isenta a presença do profissional. A causa alheia já existe, havendo apenas intervenção do agente do Ministério Público, para opinar e atuar como melhor lhe parecer. Não se trata da posição decorrente do art. 81, pelo qual o Ministério Público propõe a ação civil, começando, então, a atividade jurisdicional, por iniciativa espontânea ou por provocação de algum interessado.

37. Como o problema, porém, tem gerado certa perplexidade entre os aplicadores e intérpretes do CPC atual, quanto ao verdadeiro sentido do "interesse público", desde que órgãos estatais estejam em juízo, ou por outras dúvidas levantadas, C.A. BARBI sustenta que "a norma deve ser compreendida como simples faculdade do Ministério Público de participar das causas em que, a seu juízo, haja interesse público". (21) Seria o transplante para cá do regime italiano. A opinião do professor de Minas Gerais vale, por enquanto, apenas como contribuição de *lege ferenda*, mas inaplicável de *lege lata* pelos termos categóricos do *caput* do art. 82.

38. No Brasil, em situação considerada anômala pela doutrina (nºs 21 e 23 supra), o Procurador-Geral da República representa a União em juízo, *ex vi* da Lei Federal nº 1.341, de 30-1-51. Tal encargo chegou a ser preceito

(20) J. F. MARQUES, "Manual" cit., pág. 289, n.º 253; A. ALVIM, "Cód." cit., v. IV, em elaboração (v. rodapé n.º 18). L. A. ANDRADE, "Aspectos e Inovações do Cód. Proc. Civ.", pág. 47 e segs.; R. ROSAS, "Com.", v. V, pág. 49, n.º 1.

(21) "Com.", cit., v. I, t. II, pág. 380, n.º 458. Apesar dos termos categóricos do art. 82, o "Simpósio de Processo Civil", reunido em Curitiba, em outubro de 1975, sob os auspícios do Departamento de Direito Civil e Processual Civil, deliberou, por maioria de votos, que "a intervenção do Ministério Público, na hipótese prevista pelo art. 82, III, não é obrigatória, mas facultativa. Compete ao juiz, porém, julgar da existência do interesse que a justifica", in "Ministério Público", pág. 351, item n.º I; e pág. 360, n.º 8, resenha de nossa autoria.

das Constituições Federais de 1946 e de 1967 (essa no seu texto originário), mas, presentemente, não mais persiste em face da Emenda nº 1, de 1969. Como aquela lei ordinária não foi revogada, a sua norma subsiste. Apenas o art. 95, § 2º, da Constituição Federal de 1967/1969, em vigor, estatui: “Nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual”. É, pois, função irregular conferida à entidade, por intermédio de alguns de seus agentes, contrariando os moldes modernos pela evolução institucional do Ministério Público. Não nos parece, contudo, aceitável o sistema, embora praticamente seja impossível vedá-lo enquanto o Procurador-Geral da República for nomeado livremente pelo Presidente da República e, portanto, demissível *ad nutum*. Qualquer atitude contrária à União e, *ipso facto*, contra o Chefe da Nação, aquele titular teria de exonerar-se, ou fatalmente, seria demitido (nº 19 supra).

39. Verifica-se, pois, que os casos de “interesse público” do art. 82, inciso III, do CPC, não são os dos outros dois incisos e nem se acham discriminados em nenhum dispositivo legal. Sua acepção depende de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. O problema é sério pelas conseqüências drásticas: a nulidade do processo se não houver interferência (arts. 84 e 246). Por medida de prudência, o melhor, na dúvida, é requerer a intimação do agente do Ministério Público, que aceitará, ou não, o encargo, ainda que, na primeira hipótese, deixe de atuar concretamente, como seria de seu dever. De qualquer maneira, o risco ficará resguardado para a parte que promover a intimação do membro da entidade ou para o próprio juiz, se agir de ofício.

40. Discricionariedade do Ministério Público — Mesmo sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 82, *caput*), nem o juiz pode ordená-la e nem qualquer das partes tem o direito de exigí-la. Ao agente da corporação é que, em *ultima ratio*, cabe considerar se há, ou não, interesse público justificando sua intervenção, aceitando a provocação decorrente da intimação. Ninguém tem poder de impor-lhe a idéia da obrigatoriedade. Enquanto nos incisos I e II (sobretudo nesse último) do mesmo art. 82, o Ministério Público está *vinculado* às causas mencionadas (no I é variante da qualidade do interessado, isso é, incapaz), no III atua discricionariamente, para aquilatar da ocorrência, ou não, do requisito legal, para intrometer-se em causa alheia já ajuizada. Sem esta diretriz, o Ministério Público perderia sua independência funcional.

41. Poder do Juiz — Nem por ter discricionariedade em aferir da incidência do “interesse público”, ou não, o Ministério Público pode impor sua opinião ou sua vontade. Por intermédio do órgão competente (em regra, o juiz de primeiro grau, mas também os tribunais em via de recursos) ao Poder Judiciário sempre cabe apreciar e decidir se existe, ou não, o requisito legal motivando a intervenção do Ministério Público, quer pretendida pelo próprio agente da entidade, quer formulada por qualquer das partes. O Poder Judiciário pode deferir ou indeferir o pedido de ingresso do Ministério Público. Há, porém, sempre o risco de o juiz indeferir e o tribunal, em recurso, entender necessária a intervenção e anular todo o processo, pois a interferência apenas nessa fase não supriria os possíveis danos pela ausência

anterior, conforme a opinião de T. ALVIM ⁽²²⁾ Até ação rescisória seria possível (art. 487, III, do CPC), gerando, quiçá, situação lesiva irreversível. A rigor, mal não pode haver com a intervenção do Ministério Público; mas mal, talvez insanável, poderá decorrer se for negado o ingresso. A doutrina brasileira é a favor da atribuição ao Poder Judiciário para decidir sobre a intervenção do Ministério Público. ⁽²³⁾ Na Itália, apesar de facultativa, as opiniões se dividem. ⁽²⁴⁾

42. Mera ciência ou atividade — Se o agente do Ministério Público requer sua intervenção; ou o juiz ordena de ofício ou a requerimento de parte a intimação do agente competente, e esse anui, tal fato é suficiente para considerar-se presente a entidade na causa. Assim será entendido, embora nada requeira, não produza provas e, nem mesmo, recorra da decisão desfavorável à sua posição. O que importa é ser concedido seu ingresso, sem ser imposta sua atuação concreta. Isso não é aconselhável, mas não é ilegal e nem motivo para nulidade. Sendo intimado para intervir, mas considerando o Ministério Público que não é hipótese de “interesse público”, e se o juiz mantiver sua deliberação, o agente da corporação pode interpor recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 522), para a matéria ser solvida pelo tribunal competente. Se, inversamente, ao ter ciência da decisão do juiz — agindo esse de ofício ou provocado pela parte —, o Ministério Público se nega a intervir, poderá ser aplicada norma analógica (Código Processo Penal Brasileiro, art. 28), quando o Promotor Público se nega a oferecer denúncia, ato que inicia a ação penal pública, e o juiz dá ciência ao Procurador-Geral, chefe do “parquet” (federal ou estadual), para manter a orientação do subordinado ou indicar um colega que o substitua. Por conseguinte, a ciência, por via de intimação, que tem de ser pessoal (CPC, art. 236, § 2º), é que pode suscitar os vários problemas de ordem prática e legal acima ventilados.

43. Interesse coletivo — Enquanto o “interesse público” visa à comunidade em seu todo, sem ser restrito nem mesmo a uma determinada classe, por mais numerosa que seja ou por maior influência direta exercida no meio social em que atue, o “interesse coletivo” é mais limitado. Tem por alvo a proteção de uma classe, de um organismo ou de uma entidade, cujos efeitos se irão refletir, indubitavelmente, sobre direitos subjetivos de seus próprios integrantes. O “processo coletivo”, que tutela, como é óbvio, “interesses coletivos”, é indicado como o oposto do “processo singular”,

(22) Em debates sobre a “Interpretação do art. 82, III, do Código de Processo Civil”, in “Rev. de Proc.”, vol. 3, págs. 134 e 139.

(23) C. A. BARBI, “Com.”, cit., v. I, t. II, pág. 381, n.º 458; A. ALVIM, “Cód.”, cit., v. III, pág. 398, e IV, em elaboração; S. SALVADOR e M. SANSEVERINO, op. cit., pág. 119, n.º 5; H. F. ARAUJO, op. cit., pág. 118. No Curso de Especialização em Direito Processual Civil coordenado pelo Prof. ARRUDA ALVIM, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 1975, a conclusão dos debates sobre o tema foi a seguinte: “O art. 82, II, é norma discricionária. O titular deste poder discricionário é o Ministério Público. Ao Judiciário cabe, ao nível da legalidade, controlar o exercício regular deste poder” — “Rev.”, cit., n.º 21 supra.

(24) A favor do controle judicial: SATTA, “Dir.”, cit., pág. 55, n.º 35; e CARNELLUTTI, “Inst.”, cit., pág. 179, n.º 181. Contra: PAOLO d’ONOFRIO, “Com.”, cit., v. I., pág. 105, n.º 177.

que é o normal: naquele se podem debater diversas categorias de interesses; no último, se podem ventilar interesses singulares ou particulares, na lição de H. D. ECHANDIA. ⁽²⁵⁾ No processo civil brasileiro, em realidade, não há quase "processo coletivo". Aparentemente, a falência (regida pelo direito comercial e subsidiariamente, pelo processo civil) seria um "processo coletivo"; mas seus efeitos são tão extensos, que caem no "interesse público" (nº 35 supra). Já a "execução por quantia certa contra devedor insolvente", criação do atual CPC, e denominada, até, de "falência civil", tem um caráter de "processo coletivo", mas pode assumir a índole de "interesse público", pelas repercussões sociais em determinados casos que possam surgir. Tanto a falência comercial como aquela execução não podem ser requeridas pelo Ministério Público (órgão agente), por ausência de disposição legal; mas na falência sua presença é obrigatória (Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-45, arts. 15, II; 34, VI, 210 etc.), enquanto não o é na execução contra o insolvente, salvo se houver interessados incapazes, ~~ex vi~~ do art. 82, I. Em nosso ordenamento nacional, os casos mais típicos são regidos pelo Direito do Trabalho, regulado, ainda, pela Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º-5-1943, texto originário muito alterado nestes mais de 30 anos de vigência) e por legislação extravagante (dissídio coletivo, pelo art. 856 da CLT; ou, em caso de greve, não conciliados os interesses das classes, pelo art. 23 da Lei nº 4.330, de 1º-6-64, que regulamenta o dispositivo da Constituição Federal que assegura o "direito de greve", no art. 165, X, atuando o Ministério Público do Trabalho como **órgão agente**). Sempre haverá vantagem para um grupo, classe ou outro conjunto de integrantes das relações de emprego, podendo o interesse público ficar em segundo plano, salvo uma situação ocasional surpreendente de reflexos sociais profundos.

44. Oportunidade — O Ministério Público, por intermédio do agente competente, deve ingressar no feito, normalmente, desde o início, para fiscalizar a incidência legal em todos os momentos e, se necessário, produzir provas, alegar ou promover diligências. A unidade do Ministério Público não chega ao ponto de a ausência inicial ficar sanada com a intervenção perante o tribunal superior, em grau de recurso, pois isso poderá não adiantar mais nada. A consequência seria a declaração de nulidade absoluta em face dos arts. 84 e 246. Se, porém, o julgamento aproveitar a posição defendida pelo Ministério Público, então a nulidade não será decretada, em face do art. 249, § 2º, do CPC, como norma universal na matéria. A tardia intervenção poderá determinar, no mínimo, a anulação do processo do momento em que o Ministério Público deveria ter ingressado (art. 246, parágrafo único). Como, em regra, deverá ser desde o começo, salvo motivo superveniente, a nulidade, na prática, atingirá todo o processo, salvando-se, apenas, a petição inicial.

45. Efeitos quanto a terceiros — A atuação do Ministério Público como **órgão agente**, se reflete sobre as pessoas ou, se for o caso, entidades, cujos direitos subjetivos ele defende como "substituto processual" (nºs 20 e 22 supra). A coisa julgada decorrente da sentença em ação movida pelo

(25) "Noc. Gen. Der. Proc. Civ.", pág. 144, n.º 68; "Comp. Der. Proc.", t. I, pág. 148, n.º 93.

Ministério Público incide, porém, sobre as partes substanciais. Se, porém, o Ministério Público não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção, cabe-lhe até o direito de propor a ação rescisória (art. 487, III, a, CPC); e se verificar que a sentença foi efeito da colusão das partes a fim de fraudar a lei, igual direito lhe é assegurado (*idem*, b). Nesta segunda hipótese, há legitimidade de o Ministério Público propor a ação rescisória, quer tenha sido parte, ou não. Normalmente, se foi parte, não se pode conceber o conluio do Ministério Público com as outras partes. Mas, como elucida BARBOSA MOREIRA, “não é impossível que algum membro da corporação se desvie a tal ponto da observância de seus deveres funcionais”, de modo que outro agente intente aquela ação, pois “o caso não há de ficar sem remédio”. (26)

46. Vantagens — Em relação às partes propriamente ditas, o Ministério Público goza das seguintes regalias:

- a) não paga despesas processuais, que ficam a cargo do vencido (art. 27);
- b) quádruplo do prazo para contestar e o dobro para recorrer, mas apenas como parte, e não como fiscal da lei (art. 188);
- c) intimação sempre pessoal, e não por edital ou hora certa (art. 236, § 2º);
- d) isenção de preparo de qualquer recurso (art. 511);
- e) dispensa do depósito de 5% sobre o valor da causa para propor a ação rescisória (art. 488, parágrafo único) etc.

47. Onus — Como relativamente aos juízes, também pode ser levantada a suspeição ou o impedimento do agente do Ministério Público, que, se procedente a arguição, deverá ser substituído por outro colega (art. 138, I, mas com a diferença de ser parte ou fiscal da lei). Esta diversidade tem sido criticada pelos absurdos que podem resultar. (27)

48. Responsabilidade — Pelo art. 85, o agente (denominado incorretamente, de “órgão”), se proceder com dolo ou fraude, será civilmente responsável pelo exercício de suas funções. Se houver apenas culpa, a sanção será meramente disciplinar. (28) Quando o agente exceder qualquer prazo legal, perderá o direito de vista fora do cartório e incorrerá em multa equivalente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo, como ocorre às partes (art. 197, combinado com os arts. 185 e 196 do CPC). As sanções, porém, recaem sempre sobre o agente que cometeu a falta, não sendo estendida ao colega que o venha substituir no processo.

(26) “Com.”, pág. 168, n.º 93. L. E. VIDIGAL, “Com.”, pág. 187, n.º 14.

(27) S. C. FRANCO — “Anot. sobre o Min. Púb. no Novo Cód. Proc. Civ.”, pág. 64; H. TORNAGHI, “Com.”, cit., pág. 431.

(28) C. A. BARBI, “Com.”, cit., v. I, t. II, pág. 395, n.º 465.

III — EVOLUÇÃO

49. O alargamento das funções do Ministério Público depende muito da organização política, social, jurídica e, até, das bases filosóficas de um Estado. Conforme adverte M. CAPPELLETTI, "la característica esencial de los sistemas jurídicos comunistas es la abolición, en principio, de la propiedad privada; en otras palabras, la abolición del carácter privado de los derechos substanciales patrimoniales, reales y personales". (29) Tal diretriz é acentuada pelos autores soviéticos E. ZATTSEV e A. POLTORAK: — "Ainsi, la prérogative d'intenter l'action civile est accordée en particulier aux organes du parquet: un procureur est autorisé à entamer la poursuite et à intervenir à n'importe quel stade du procès dès que la protection des intérêts de l'Etat ou des citoyens lui paraît l'exiger". (30) O preceito romano clássico — "nemo iudex sine actore" — ainda lá vigora; mas autor não é apenas o interessado direto, concedendo-se larga margem ao Ministério Público, naquela posição, na defesa do que seja o interesse do próprio Estado.

Embora, no Brasil, não atinjamos ao exagero daqueles países, a norma do art. 81 e a do art. 82, inciso III ("interesse público") dilataram muito a posição processual do Ministério Público, em confronto com os diplomas pretéritos e com a concepção tradicional em torno da entidade. Paulatinamente, o Ministério Público se vem tornando um agente ou um "representante" processual de todos quantos possam sofrer lesões em seus direitos subjetivos, que são as partes substanciais da causa ou os interessados diretos na verdadeira aplicabilidade da lei. À medida que os interesses particulares se mesclam com os públicos, aí aparece a figura protetora do Ministério Público, pela confiança que inspira, pela imparcialidade e probidade de seus membros, em face do amparo que a Constituição e as leis lhes asseguram.

50. A luta judiciária ou a proteção a interesses privados na jurisdição voluntária tornam a atividade forense, concretizada no ideal de justiça, mais humana; e infensa a influências estranhas à solução equitativa e ética; às pressões de grupos ou de forças ocultas; das desvantagens decorrentes dos desníveis econômicos. Lutando por um ideal que, diretamente, não é seu, o Ministério Público como que realiza uma obra e uma cruzada de altruísmo, sem que se possa atribuir a seus membros nem mesmo a ambição, aliás justa, das recompensas financeiras dos advogados. Daí a importância de seu papel na vida jurídica e social de um povo, nos tempos modernos, como um guardião invisível e, quiçá, anônimo de cada um e da própria ordem nacional. Em última análise, cabe-lhe "promover": o bem-estar, a segurança, a legalidade, a justiça na coletividade. E na exortação de PONTES DE MIRANDA, "esse promover é tão essencial à vida das sociedades contemporâneas, e cada vez o será mais intimamente, que constitui atividade obrigatória". (31)

(29) "El. Proc. Civ. en el Der. Comparado", pág. 18, § 4.º.

(30) "Le Barreau Soviétique", pág. 180; e "La Abogacia Soviética", trad. daquele, pág. 221. Idem — M. CURVICH, in "Der. Proc. Civil Soviético", págs. 110-124, § 8.º: "La finalidad de la participación del fiscal en el Procedimiento Civil Soviético es siempre la realización de la inspección suprema del cumplimiento exacto de las leyes soviéticas y el incremento omnímodo de la legalidad soviética", pág. 124.

(31) "Com.", cit., v. II, pág. 139, n.º 1.

IV — JURISPRUDÊNCIA

51. Com três anos apenas de vigência, ainda não houve oportunidade de a jurisprudência firmar-se a respeito das dúvidas que a matéria suscita em torno da atuação do Ministério Público, quer como **órgão agente**, quer como **órgão interveniente**, sobretudo, nesse caso, quanto ao conceito de “interesse público”, para justificar a presença do membro da entidade em juízo.

52. A guisa de mera diretriz quanto à orientação atual de alguns Tribunais (muitas causas ainda se acham em andamento em primeiro grau perante os juízes, sem terem chegado, portanto, aos órgãos ad quem por via de recursos), selecionamos os seguintes acórdãos:

a) O prazo para recorrer é em dobro, quer quando o Ministério Público age como parte, como quando intervém como fiscal da lei, interpretado o art. 188 conforme a tradição e admitida a idéia de BARBOSA MOREIRA (TJSP 4ª CC, Ap. nº 239.774, ac. 27-2-1975, in RJ, v. 36, pág. 59).

b) Na ação de desapropriação, o Ministério Público deve intervir em todas as fases, desde o início, não bastando a presença mesmo a partir da audiência de instrução e julgamento, e no recurso. Caso de nulidade, em face do art. 82, III, do CPC, combinado com o art. 42 do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, não porque o Estado do Rio Grande do Sul seja parte, mas porque o poder de expropriar é exceção ao direito de propriedade garantido pela Constituição Federal (TJRGS, 3ª CC, Ap. nº 24.680, ac. 12-8-75; *idem*, 2ª CC Esp., Ap. nº 23.664, ac. 12-5-75; *idem*, 1ª CC Esp. Ap. nº 25.715, ac. 18-5-76).

c) Nas ações em que são partes sociedades de economia mista, não cabe a intervenção do Ministério Público nem como **custos legis**, não havendo nulidade pela ausência de seu agente (TARGS, 2ª CC. Ap. nº 9.915, ac. 18-3-75).

d) Se o julgamento da causa pode ser decidida, mesmo pelo juiz, a favor dos interesses de incapazes, não é decretada a nulidade pela ausência do Ministério Público (TJSC, 1ª CC. Ap. nº 9.766, ac. 19-8-74).

e) Em execução contra espólio em que há herdeiros menores, há nulidade se o Ministério Público não intervém (TARGS, 2ª CC. Ap. nº 6.423, ac. 19-3-74).

f) É nula a ação de desquite litigioso sem a intervenção do Ministério Público desde o início (TJRGS, 3ª CC. Ap. nº 24.016, ac. 31-7-75).

g) Só o fato de as partes terem filhos menores, não os atingindo a solução de causa, não é caso de nulidade por ausência do Ministério Público (TARGS, 2ª CC. Ag. Inst. nº 10.061, ac. 9-9-75).

h) Na ação de anulação de casamento, sendo o réu revel, o mesmo é defendido pelo curador especial; o matrimônio pelo curador a vínculo; e o

Ministério Público intervém apenas como fiscal da lei, sem ater-se à subsistência, ou não, da sociedade conjugal (TJRGS, 4ª CC. R. Nec. nº 23.307, ac. 23-10-74).

i) Quando o Estado é parte, o Ministério Público tem de ser intimado, como fiscal da lei, por configurar-se interesse público *ex vi* do art. 82, III, do CPC, sob pena de nulidade. (TJRGS, 4ª CC. Ap. nº 22.819, ac. 11-9-74. Idem quando o Município é parte: TJRGS, 2ª CC. Esp. R. Nec. nº 23.793, ac. 15-5-75, R. Nec. nº 24.036, ac. 14-5-75; 1ª CC. Ap. nº 24.695, ac. 12-8-75; e 3ª CC. Ap. nº 24.632, ac. 11-9-75; TJSC, 3ª CC. Ap. nº 10.722, ac. 4-8-75; TARGS, CC. Esp. R. Nec. nº 9.616, ac. 9-1-75).

j) Nas ações sobre pátrio poder, a presença do Ministério Público apenas no segundo grau, no recurso, não supre a omissão desde o início, devendo ser decretada a nulidade (TJRGS, 4ª CC. Ap. nº 24.414, ac. 2-7-75).

l) Em qualquer ação em que há menores interessados, o Ministério Público tem de ser intimado, sob pena de nulidade (TJRGS, 3ª CC. Ap. nº 24.195, ac. 2-5-75).

m) Nas ações de alimentos, o Ministério Público deve intervir como *custos legis* (TJRGS, 2ª CC. Ap. nº 22.713, ac. 17-7-74).

ABREVIATURAS:

TJSP — Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJRGS — Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSC — Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TARGS — Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul

CC — Câmara Cível

CCESP — Câmara Cível Especial

Ap. — Apelação

Ag. Instr. — Agravo de Instrumento

R. Nec. — Reexame necessário (art. 475, CPC: duplo grau de jurisdição ou antigo recurso *ex officio*).

Ac. — Acórdão

R.J — Revista de Jurisprudência do Estado de São Paulo

MP — Revista do Ministério Público do Paraná — Curitiba

Observação: — Os acórdãos de b a m foram extraídos da obra de A.G. CARNEIRO, citada na bibliografia; alguns ainda não foram publicados em repertórios; e outros já se encontram na "Rev. de Jurisp. do Trib. de Justiça" ou "Julgados do Trib. Alçada", ambos do Estado do Rio Grande do Sul.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JÚNIOR (RUY ROSADO DE) — “Ministério Público — Posição Constitucional”, in “Boletim do Ministério Público do Rio Grande do Sul”, n.º 35, dezembro, 1971, pág. 22.
- ALLORIO (ENRICO) — “Problemas de Derecho Procesal”, v. I e II, trad. castelhana, 1983, Buenos Aires.
- ARRUDA ALVIM NETO (JOSÉ MANOEL) — “Código de Processo Civil Comentado”, vols. I a III, 1975-1976, e IV, em elaboração, São Paulo.
- ALVIM (TERESA) — “Interpretação do Art. 82, III, do Código de Processo Civil”, Debates em Curso de Especialização da Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, in “Revista de Processo”, v. 3.º, São Paulo.
- ANDRADE (LUÍS ANTONIO DE) — “Aspectos e Inovações do Código de Processo Civil”, 1974, Rio de Janeiro.
- ARAÚJO (HENRIQUE FONSECA DE) — “O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil”, — in “Estudos Sobre o Novo Código de Processo Civil”, 1974, São Paulo.
- ASSIS (JACY DE) — “O Ministério Público no Processo Civil”, in “Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul”, v. 5/6, pág. 78, 1975, Porto Alegre; e “Revista Brasileira de Direito Processual”, vol. 3, pág. 95, 1975, Uberaba.
- BARBI (CELSE AGRÍCOLA) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. I; t. I e II, da coleção “Forense”, 1975, Rio de Janeiro.
- BARBOSA MOREIRA (JOSÉ CARLOS) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, 2.ª ed., v. 5, coleção “Forense”, 1976, Rio de Janeiro.
- BERMUDEZ (SÉRGIO) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. VII, coleção “Revista do Trabalho”, 1974, São Paulo.
- BORGES (MARCOS AFONSO) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. I, 1974-1975, São Paulo.
- BUZAID (ALFREDO) — “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, 1958, São Paulo.
- CAPPELLETTI (MAURO) — “El Proceso Civil en el Derecho Comparado”, trad. castelhana, 1973, Buenos Aires.
- CARNEIRO (ATHOS GUSMÃO) — “O Novo Código de Processo Civil nos Tribunals do Rio Grande do Sul e Santa Catarina”, 1978, Porto Alegre.
- CARNELUTTI (FRANCESCO) — “Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano”, trad. castelhana, 1942, Barcelona.
- CINTRA (ARAÚJO) — “Teoria Geral do Processo”, em colaboração com ADA P. GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, 1974, São Paulo.
- COSTA (SERGIO) — “Manuale di Diritto Processuale Civile”, 1959, Torino.
- COUTURE (EDUARDO) — “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3.ª ed. (póstuma), 1958, Buenos Aires.
- DINAMARCO (CÂNDIDO RANGEL) — “Teoria Geral do Processo”, em colaboração com ADA P. GRINOVER e ARAÚJO CINTRA, 1974, São Paulo.
- ECHANDIA (HERNANDO DEVIS) — “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”, 1966, Madrid; e “Compendio de Derecho Procesal Civil”, 4.ª ed. 1974, Bogotá.

- FRANCO (SERGIO COSTA) — “Anotações sobre o Ministério Público no Novo Código de Processo Civil”, in “Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul”, v. 2, pág. 60, 1974, Porto Alegre.
- GRINOVER (ADA PELEGRINI) — “Teoria Geral do Processo”, em colaboração com ARAUJO CINTRA e CANDIDO R. DINAMARCO, 1974, São Paulo.
- GURVICH (M.) — “Derecho Procesal Soviético”, trad. castelhana, 1971, México.
- LIEBMAN (ENRICO TULLIO) — “Corso di Diritto Processuale Civile”, 1952, Milano. — “Manuale di Diritto Civile”, t. I, 1.ª edição, 1955, Milano.
- LIMA (ALCIDES DE MENDONÇA) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. 6, t. I e II, coleção “Forense”, 1.ª ed., 1974, Rio de Janeiro (2.ª ed. no prelo); “Simpósio Sobre Processo Civil”, in “Ministério Público”, 1976, vol. 6, pág. 358.
- MARQUES (JOSÉ FREDERICO) — “Manual de Direito Processual Civil”, v. I, 1974, São Paulo.
- MICHELI (GIAN ANTONIO) — “Derecho Procesal Civil”, trad. castelhana, t. II, 1970, Buenos Aires.
- ONOFRIO (PAOLO D') — “Commento al Codice di Procedura Civile”, 2.ª ed., t. I, 1951, Torino.
- POLTORAK (ARKADI) — “Le Barreau Soviétique”, trad. francesa, sem data, Moscou; “La Abogacia Soviética”, trad. castelhana, 1959, México, em colaboração com EVEGUEVI ZATTSEV.
- PONTES DE MIRANDA (FRANCISCO CAVALCANTI), “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969”, 2.ª ed., 1970, São Paulo; e “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. II, 1974, Rio de Janeiro.
- REDENTI (ENRICO) — “Diritto Processuale Civile”, 2.ª ed., 1957, Milano.
- RIBEIRO (FAVILA) — “Na Defesa da Ordem Constitucional”, 1976, Fortaleza.
- ROCCO (UGO) — “Trattato di Diritto Processuale Civile”, t. II, 1957, Torino.
- ROSAS (ROBERTO) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. V, col. “Tribunais”, 1975, São Paulo.
- SALVADOR SILVA (ANATONIO RAPHAEL) — “O Ministério Público e o Interesse Público no Processo Civil”, em colaboração com MILTON SANSEVERINO, in “Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul”, v. 5-6, 1975, Porto Alegre.
- SANSEVERINO (MILTON) — *op. cit. acima, idem.*
- SATTA (SALVATORE), “Diritto Processuale Civile”, 2.ª ed., 1950, Padova.
- TERMICOURT (P. HAYOIT DE) — “Propos sur le Ministère Public”, in “Revue de Droit Pénal et de Criminologie”, 1936, pág. 976, *apud*, “Revista dos Tribunais”, vol. 158, pág. 12, 1945, São Paulo.
- TORNAGHI (HÉLIO) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. I, col. “Tribunais”, 1974, São Paulo.
- VESCOVI (ENRIQUE) — “Derecho Procesal Civil”, t. II, 1974, Montevideo.
- VIDIGAL (LUÍS E. BUENO) — “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. I, col. “Tribunais”, 1975, São Paulo.
- ZATTSEV (EVEGUEVI) — “Le Barreau Soviétique”, trad. francesa, sem data, Moscou; e “La Abogacia Soviética”, trad. castelhana, 1959, México, em colaboração com ARKADI POLTORAK.

Princípios de direito. Princípio jurídico. Direito do Trabalho.

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
Juiz do TRT da 3.^a Região. Professor da
UFMG e da UCMG.

1. Introdução. 2. Regra, norma e princípio de direito. 3. A Doutrina. 4. O princípio geral de direito. 5. O princípio jurídico. 6. Princípios especiais do Direito do Trabalho. 7. Os princípios do Direito do Trabalho. 8. O Direito do Trabalho brasileiro. 9. As férias. 10. Conclusão.

1. Introdução

Talvez essa exposição venha a pecar por uma excessiva teorização e talvez nos devamos penitenciar por haveremos colocado muito em segundo plano a investigação do direito positivo em suas fontes legais ou costumeiras ou jurisprudenciais.

Contudo, ao enfrentarmos determinado tema, torna-se indispensável inicialmente obtermos o domínio ou, pelo menos, as idéias básicas que informam esse tema.

Se tratamos dos princípios dominantes no Direito do Trabalho brasileiro, vemos que logo a idéia central e básica desse tema é **princípio**, e sem expormos o exato significado do que seja **princípio**, a armação e as conclusões do tema serão precárias ou, quando muito, insatisfatórias.

Embora não queiramos esgotar o estudo, a aceção e a aplicação do **princípio**, tema multiformemente considerado na doutrina, de largo espectro histórico-filosófico e que ganhou primorosa sistematização no tratadista germânico JOSEF ESSER ⁽¹⁾ nem pretendamos desenvolvê-lo além do que exige a tarefa de seu *correto* entendimento, é necessário o expliquemos em suas linhas fundamentais, procurando, antes, apreender o que seja "princípio do Direito do Trabalho".

2. Regra, norma e princípio de direito

Dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942):

"Art. 4º — Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

(1) "Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado". Barcelona. Bosch, Casa Editorial, 1961.

Por outro lado, elaborando um comando diversificador, estabelece o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:

"Art. 8º — As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais e contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros **princípios e normas gerais de direito**, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público."

Quanto ao art. 8º da CLT, há duas observações prévias por fazer. Afoitamente enunciou como se fossem a mesma coisa **princípios e normas** (gerais de direito). Embora contenham um **preceito** e até um **comando**, separa-os a inexistência de forma no **princípio** e a sua assistematicidade, como diversamente ocorre com a **norma**, que se reveste de forma e, em geral, se incrusta em um sistema.

Sirva-nos a lição de VON JHERING, ao distinguir, na exposição de MARIO G. LOSANO: "... As normas jurídicas entram por assim dizer em um mais alto grau de agregação, perdem a sua forma de preceito e se tornam e se transformam em elementos e qualidade dos institutos jurídicos" (*Geist der römischen Rechts*, vol. 1º, pág. 37), ao que agrega LOSANO: "Parece uma antecipação da distinção Kelseniana entre norma jurídica e proposição jurídica." (2)

Já AUGUST THON qualificava a norma um "comando jurídico", incorporada em um complexo de imperativos, que é o Direito. (3)

Por outro lado, se assimilamos a expressão **norma jurídica** à expressão **regra de direito**, podemos, em termos de concepção atual e de tecnicismo jurídico, estabelecer a distinção entre **regra de direito** e **princípio jurídico** dentro da mesma linha em que o fizéramos relativamente à **norma jurídica** (pelo critério da formalidade e o da sistematicidade), salientando-se a contribuição de PUIGARNAU, que assim se expressa:

"Não é simples tarefa assinalar a distinção e as relações que existem entre o conceito de **princípio geral** e o de **regra de direito**, porque um e outro podem considerar-se sob pontos de vista ou aspectos diversos. De todo modo, a distinção que mais aclara as relações que medeiam entre ambos é a que considera os **princípios** como conceitos ou normas fundamentais e abstratos, tenham sido ou não objeto de formulação concreta, e a **regra**, como a locução concisa e sentenciosa que serve de expressão a um **princípio jurídico**. Por outro lado, a palavra **princípio** tem uma significação originariamente filosófica; a voz **regra** tem um sentido predominantemente técnico." (4)

(2) "Sistema e Struttura nel Diritto". Torino. Giappichelli Ed., 1968, 1.º vol., pág. 236, e, e nota 44.

(3) Cf. sua obra clássica "Rechtanorm und subjektives Recht". Aalen. Scientia Verlag, 1964, pág. 7 e segs., e cf., também, MAZZARELLI, Bruno, "La Norma Collettiva nella Teoria Generale del Diritto". Milano. Giuffrè, 1957, págs. 475 e nota I.

(4) MANS PUIGARNAU, Jaime M. "Los Principios Generales del Derecho" — Repertorio. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, 1947, pág. XXX.

Desde que o Estado tenha açambarcado os processos de edição e/ou de reconhecimento do que seja **regra de direito**, entendemos como tal toda a lei editada pelo Estado e toda regra ou norma (costumeira, jurisprudencial, principiológica) a que a lei remete o julgador e que reconhece como vinculativa.

O fenômeno da interpolação histórica, em que incorre por exemplo, CASTRO Y BRAVO, (5) torna obscura uma explicação satisfatória do fenômeno, porquanto a acepção de **regra de direito** no Direito Romano abrigou um curso evolutivo, desde as formulações esparsas, genéricas, abstratas, até a mais precisa representação do real pelo direito, a ponto de PAULO cotejá-las, na sentença seguinte, alcançando as **regulae juris: regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat: non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quo est, regula fiat.** (6)

Na acepção primitiva, a regra (**regula**) continha um princípio e lhe dava forma (em geral concisa), função que veio a caber à lei, nos dias atuais, como regra técnica obrigatória, editada pelo Estado e que impõe uma forma de conduta sob pena de sanção. A lei é uma regra geral e abstrata, supondo, contudo, um campo hipotético, isto é, suportes fáticos sobre que incide e de que extrai um efeito (KELSEN).

Admite-se que o consolidador tenha incorrido em uma redundância, se supusermos que o **princípio**, enquanto prescreva um comportamento externo, esteja compreendido no conceito amplo de **norma**. Por outro lado, se se aplica um princípio por força de uma remissão legal, pode-se estar diante de uma **norma** jurídica, a tomarmos a definição desta, com NAWIASKY, como uma "norma coativamente equipada". (7) Redundou a Consolidação e mais do que desnecessariamente, sobretudo quando fala em "normas gerais", como se o direito positivo, de outro lado, só fosse composto de **normas especiais**.

A segunda observação prévia por extrair do art. 8º da CLT está em sua evidente atecnia ao incluir na mesma qualificação a "jurisprudência", a "analogia", a "equidade" e "os princípios e normas gerais de direito" — diz a lei: "decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito" — como se jurisprudência, analogia e equidade fossem princípios gerais de direito.

Há, entretanto, nesse dispositivo uma singularidade, um vislumbre da realidade jurídica de que talvez o próprio legislador não tenha suspeitado. Ao mencionar "princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho", mostrou uma distinção, que realmente existe, **entre princípios gerais de direito e princípios do Direito do Trabalho, ou princípios especiais do Direito do Trabalho**. Essa distinção é juridicamente fundada e somente ela explica a autonomia do Direito do Trabalho, como veremos, na exposição de seus **princípios**.

(5) CASTRO Y BRAVO, Federico. "Derecho Civil de España". 2.ª Ed., Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1949, Tomo 1.º, págs. 432-434.

(6) Cf. VON JHERING, "L'Esprit de Droit Romain". Paris. Lb. A. Marescq Ainé, 1886, Tomo 1.º, pág. 34; e CASTRO Y BRAVO, ob. e vol. cit., pág. 433, notas 4 e 5.

(7) Cf. NAWIASKY, Hans. "Teoria General del Derecho". Madrid. Rialp S.A., 1962, pág. 31.

3. A doutrina

Antes, porém, de procedermos à distribuição dos Princípios, em Princípios Gerais de Direito — a que, inicialmente, alude o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil — e Princípios Especiais do Direito do Trabalho, importa o exame do problema ontológico do Princípio Geral do Direito como tal e dos desdobramentos que comporta a sua acepção, no campo da Teoria Geral do Direito.

Qualquer obra jurídica que leiamos, sobretudo ao tratar da questão relativa à interpretação e à aplicação das leis, faz menção a **princípio jurídico**. Contudo, nenhuma delas nos traz uma acepção precisa e técnica do que seja **princípio jurídico**, essa postura mental que leva o julgador a decidir dessa ou daquela maneira.

Comumente, a referência a **princípio jurídico** faz-se quando se examina a aplicação analógica da lei. Em CARLOS MAXIMILIANO, por exemplo, há esta sentença: "O mesmo princípio contido numa regra legal é logicamente estendido a outras hipóteses não previstas".⁽⁸⁾ Outro autor clássico que se pode examinar, tal a sua autoridade, é CLÓVIS BEVILÁQUA, que expende: "A analogia jurídica colhe de um complexo jurídico os princípios que o dominam, e aplica-se a um caso onde há semelhança de motivo. É o mesmo processo lógico operando sobre campo mais vasto e sobre mais variados elementos".⁽⁹⁾

Sucedê que esse enunciado "princípio jurídico" não coincide com o que, comumente, titulamos "princípio geral de direito" nem com o que agora acima mencionamos "princípio especial do Direito do Trabalho".

Princípio jurídico, princípio geral de direito e princípio de Direito do Trabalho não se confundem e cada um se situa em uma esfera distinta, como opera força própria na fenomenologia jurídica. Essa a razão que nos leva, conquanto sucintamente, a examinar cada um *de per si*, a fim de que concluamos com o tema proposto.

4. O Princípio Geral de Direito

Ensina-se, propedeuticamente, que o **princípio geral de direito** é fonte de direito. Aliás, a ele, como tal, remete-se o art. 4º da citada Lei de Introdução ao Código Civil.

Consideram-se **princípios gerais de direito** as máximas, os postulados ou os preceitos mais gerais, desprendidos da experiência histórica jurídica ou concentrados nos sistemas evolutivos do Direito Natural e que contêm uma formulação genérica de conduta ético-jurídica. Define-os PUIGARNAU "o conteúdo do que podemos chamar **direito fundamental**, o qual está integrado, como elemento básico, pelos princípios de direito natural, permanentes, imutáveis, universais e, complementariamente, pelos princípios básicos que informam a mentalidade jurídica em uma determi-

(8) Cf. sua obra clássica "Hermenêutica e Aplicação do Direito". Rio — S. Paulo. Liv. Freitas Bastos S.A., 1951, pág. 256, n.º 239.

(9) "Teoria Geral do Direito Civil". Rio. Editora Rio e Liv. Francisco Alves Ed. S.A., 1975, pág. 43, n.º 31, edição rev. e atual. por Célio Mártio da Silva Pereira.

(10) Ob. cit., pág. XXVIII.

nada fase ou círculo histórico da civilização". (10) Como tais, são fonte de **criação** e não mero instrumento de **realização** do direito, completa esse autor. (11)

Os princípios gerais de direito compõem uma hierarquia, em função da generalidade a que alcançam e têm em sua base os três supremos princípios, **iuris praecepta**, na figuração de ULPIANO: **honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere**. A *principiologia jurídica* vem a ser como que uma dedução ou distribuição de princípios sempre menores, extraídos dessas máximas e que servem ao Direito, em geral ou que, gradualmente, se particularizam. Exemplificam-se: igualdade de todos perante a lei; quem usa de seu direito a ninguém danifica (princípio excepcionado pelas vias do chamado "abuso do direito"); quem pode o mais, pode o menos; a ninguém se pode exigir o impossível; a ninguém é dado alegar a própria torpeza; o contrato é lei entre as partes (**pacta sunt servanda**); a coisa perece com seu dono (**res perit domino**); a ninguém é dado enriquecer-se com o dano alheio; **nulla poena sine lege**, não há pena sem lei que a preveja; **in dubio, pro reo**; **incumbit probatio qui dicit non cui negat** (incumbe a prova a quem afirma e não a quem nega), e assim sucessivamente. (12)

Dentro dessa linha de desdobramentos, vemos que o preenchimento da *normatividade jurídica* (a positividade) pelas leis, pelas regras de direito, significou ou a superposição desses princípios, como fonte de inspiração para o legislador — à observação não escapou SANCHEZ DE LA TORRE, (13) quando admite que os **princípios gerais do Direito** têm a função de inspirar **determinada** legislação positiva — ou o seu recuo, como enunciados que ou vieram a ganhar regulamentação minuciosa na lei ou por ela vieram a ser excepcionados ou especializados. Sob esse aspecto é que os **princípios gerais de direito**, no silêncio da lei ou nas fissuras que ela apresenta, são chamados ao ato da decisão pelo juiz, para completar a ordem jurídica ou para corrigir as distorções que os desdobramentos da prolixidade legiferante ocasionam ao pretendido, mas não alcançado, sentido de justiça no equacionamento de interesses entre as pessoas.

Nesta acepção é que são considerados os **princípios gerais de direito** e que, como máximas, aforismos ou preceitos genéricos são aplicados pelo juiz.

5. O princípio jurídico

Ao focalizarmos o **princípio geral de direito**, encontramos-nos diante de uma operação lógica **dedutiva** e através de que, do geral, do aforismo, isto é, do postulado geral se desce e se cria o regramento particularizado, mediante as leis. Já ao pretendermos apreender o **princípio jurídico**, partimos do lado oposto, utilizando-nos de uma operação lógica **contrária** e **indutiva**, ou seja, o **princípio jurídico** é **induzido**. O investigador apanha

(11) Ob. cit., pág. XI.

(12) Cf. CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., págs. 434 e segs.

(13) Cf. SANCHEZ DE LA TORRE, Angel. "Los Principios Clásicos del Derecho." Madrid, Unión Editorial S.A., 1975, pág. 23.

um conjunto de dispositivos legais, de leis, e de seu exame infere, induz, o que pretendeu o legislador ao regular aquela porção da realidade jurídica.

É de elementar ensinamento que os **institutos jurídicos** são constituídos por **relações jurídicas**, que se agrupam para a regulamentação de determinada e homogênea e mais ou menos autônoma porção da realidade jurídica. O aviso prévio; a reconvenção; o casamento; a fiança etc., são institutos jurídicos.

A aglutinação das **relações jurídicas**, para a formação de um **instituto jurídico**, obedece a uma orientação, que é política jurídica, e que se traduz na forma e no modo com que são regulados os interesses objeto de regramento. Como toda a construção jurídica tem por fim a apreensão, distribuição e defesa (ou proteção, ou tutela) de interesses, a criação e a regulamentação dos institutos jurídicos atendem a essa finalidade geral do direito e passam a consistir em uma tarefa de especialização no regramento de interesses. Por isso, dizemos que o **princípio jurídico** conforma e contorna o **instituto jurídico**, isto é, imprime uma direção, um sentido à tutela dos interesses objeto de regulamentação.

Ao investigador e ao aplicador do direito incumbe extrair das regras de direito que compõem um instituto jurídico — mais ou menos amplo — qual a espécie de tutela, de proteção a que visou o legislador, ao regulamentar a matéria nele compreendida.

ESSER⁽¹⁴⁾ distingue “princípios de direito” e “princípios jurídicos”, emprestando aos primeiros uma conotação material e, aos segundos, a função de orientarem o trabalho e a investigação dos juristas. O desenvolvimento que temos, entretanto, é em parte diverso.

O **princípio jurídico** representa a peculiar finalidade que a ordem jurídica teve em vista, ao criar e regulamentar determinado instituto jurídico. Significa a direção da tutela jurídica — o bem jurídico ou o fenômeno social que pretendeu tutelar — isto é, que espécie de interesse, econômico, social, moral ou personalíssimo, procurou predominantemente preservar. Esse **princípio** é induzido das regras jurídicas que compõem determinado instituto jurídico e a ele deve ater-se o juiz, ao aplicar qualquer regra de direito.

ESSER vislumbrou essa linha de pensamento, como **valoração** ou como **necessidade** de posturas jurídicas na organização do Direito. São palavras do autor: “Podemos falar aqui de “princípios institucionais” na medida em que os critérios da natureza da coisa e da função de uma instituição façam aparecer como necessários determinados princípios em dado sistema jurídico”.⁽¹⁵⁾

O **princípio jurídico**, propriamente dito, encerra o círculo de concepção abstrata, uma atitude mental predispositiva, diretamente extraída das regras componentes de um instituto jurídico.

(14) Ob. cit., pág. 117.

(15) Ob. cit., pág. 132.

Os **princípios jurídicos** como que cobrem os suportes legais da ordem jurídica positiva e dirigem a operação mental interpretativa do julgador ou do aplicador do Direito.

Despreendendo-se das regras jurídicas positivas, os **princípios jurídicos** consubstanciam pólos jurídicos, através dos quais se fica não só conhecendo a vontade da lei, o seu querer, mas a direção que o legislador pretendeu dar a certo número de regras jurídicas ou o que pretendeu com a realidade, juridicizando-a e modelando-a.

Como o Direito é uma estrutura normativa, que visa à tutela, à proteção de interesses, feitos bens jurídicos, e o número desses interesses ou bens é ilimitado e diversa e variada é a sua significação para o homem — e são tantos e tão diversos quanto o são os interesses humanos apreendidos pelas normas jurídicas — a distribuição desses bens e a sua organização pelo Direito faz-se em apreço a determinados critérios, digamos de **valoração** (subjetivismo metafísico), de maior ou menor intensidade de tutela, que se revelam em **princípios**, que são os **princípios jurídicos**, através dos quais se distribuem, se compartimentam ou se arremontam regras de direito — que são relações jurídicas vistas sob o prisma da norma jurídica — distinguindo as diferentes parcelas da realidade não só segundo a natureza da matéria regulada, mas segundo o plano e/ou a ênfase do interesse tutelado.

Definimos, pois, o **princípio jurídico** como a direção da tutela jurídica.

Ao dizermos, por exemplo, que o direito cambial (**cartular**) tutela, primordialmente, a **circulabilidade** dos títulos de créditos, ⁽¹⁶⁾ estamos afirmando um **princípio jurídico**, o princípio da circulabilidade dos títulos, que deve merecer especial consideração do juiz ao decidir em matéria cambial. Ainda no Direito Comercial (falimentar), preserva-se a igualdade de condições dos credores e ressalta-se o princípio da **par conditio creditorum** ou, na servidão, o **princípio** da vinculação ao fim, qual seja, a servidão deve vir limitada pelas necessidades do prédio confinante. ⁽¹⁷⁾ Ao equipararmos a relação contratual do servidor com o Estado e a relação estatutária, depreendemos, pelas regras legais que regem os distintos corpos de leis (o Estatuto dos Funcionários e/ou a Consolidação das Leis do Trabalho), inferimos dois princípios básicos, em que a relação estatutária tutela, imediatamente, a função pública e a relação contratual trabalhista, imediatamente, o trabalho ou o trabalhador que o presta.

Dos **princípios jurídicos**, em sua especialidade, quando cobrem os institutos jurídicos, como incidentemente vimos no concernente aos trabalhadores estatais, parte-se para os **princípios especiais de uma disciplina jurídica**, quando verificamos que a incorporação de vários institutos jurídicos em uma disciplina jurídica teve em consideração a direção mais geral da tutela jurídica. Não se ensina que, no Direito Comercial, a tutela básica se dirige ao ato de comércio ou à comercialidade? E no Direito Tributário, a tutela básica, partindo-se do fato gerador, resguarda o Es-

(16) Cf. BORGES, João Eunápio. "Títulos de Crédito". 2.^a Ed., Rio, Forense, 1971, págs. 15/16, por exemplo.

(17) Cf. ESSER, Josef. Ob. cit., pág. 133.

tado arrecadador, como, no Direito Civil, se resguarda a propriedade privada e, no Direito Penal, a segurança e a incolumidade social e pessoal, a despeito do *in dubio pro reo*?

6. Princípios especiais do Direito do Trabalho

Diferentemente dos **princípios axiômáticos**, que encerram preceitos e que configuram verdadeiras normas, captadas e aplicadas como fontes de direito pelo juiz e que são os já examinados **princípios gerais de direito**, os **princípios jurídicos**, em sua grande especialização, fisionomizam diretrizes, para as quais se dirige a vocação jurídica de determinado instituto.

Quando o corpo de matérias jurídicas, regulado em certo sentido, se avoluma e passa a compor-se de vários **institutos jurídicos**, que entre si têm em comum determinadas idéias básicas ou se revelam voltados para a tutela de uma mesma categoria de interesses, verificamos que, aí, se forma um corpo de leis distinto, que passa a reger-se por formas peculiares, em razão não só da natureza dos fatos regulamentados (que são o seu objeto específico), mas da singularidade de princípios que as dominam. Nesses casos, nota-se a segregação e o entumescimento de tal número de relações jurídicas e/ou de institutos jurídicos, que a técnica de estruturação do direito passa a compartimentá-los em um setor autônomo da vida jurídica, que é uma disciplina jurídica, desgarrada da árvore comum ou de outro ramo que também antes já se desgravitara.

A força de propulsão que conduz ao desgarramento é a diversidade de interesse tutelado e essa diversidade de interesse, que é uma especialização na ordem jurídica, tem como mola mestra e fundo ideológico, juridicamente estratificado, o **princípio jurídico**.

Se a esse **princípio** se adiciona outro e, a este, outro, e assim sucessivamente, passa o investigador a defrontar-se com uma rede de **princípios**, que, embora revelados em institutos diferentes (por exemplo, a Carteira Profissional; a indenização por tempo de casa; as férias; o adicional de insalubridade; a convenção coletiva de trabalho etc.) se reúnem para, de uma maneira mais geral, tutelar interesses que a ordem jurídica reputa fundamentais. É o que se dá com as regras e os institutos que disciplinam o trabalho voluntário, subordinado e por conta alheia. Na base das regras que dispõem sobre o trabalho, como que interligando os institutos jurídicos da legislação trabalhista, florescem **princípios jurídicos**, mas que, por sua generalidade, na especialização, chamamos **princípios especiais do Direito do Trabalho**.

Esses **princípios** não são fonte de direito, portadores de força imediata de aplicação, mas, como ensina com propriedade a doutrina, ⁽¹⁸⁾ gozam de **função interpretativa**: dirigem-se ao juiz como diretrizes, como orientação ou fundo exegético para a aplicação das leis trabalhistas.

(18) Cf. GARCIA, Manuel Alonso. "Derecho del Trabajo". Barcelona. Bosch Ed., 1960, Tomo I, págs. 247 a 249.

Denominam-se, pois, **princípios especiais do Direito do Trabalho** aquelas diretrizes ou postulados que, segundo ALONSO GARCIA, ⁽¹⁹⁾ inspiram o sentido das normas trabalhistas e, ao mesmo tempo, delas defluem.

7. Os princípios do Direito do Trabalho

O princípio básico, que, no consenso dos autores, domina o Direito do Trabalho é o princípio **pro operario**. Daí vem a parêmia: **in dubio pro misero**. Em caso de dúvida, o juiz decide pelo trabalhador. Quer-se, com isto, salientar que a ordem jurídica, ao organizar, em apartado, as relações entre empregado e empregador, teve em vista, primordialmente, a tutela do trabalho.

Como corolários deste princípio seguem-se o da **norma mais favorável**, segundo o qual, o juiz, no caso de concorrência de leis, aplicará a que for mais favorável ao trabalhador; o da **condição mais benéfica**, concretização do anterior, e segundo o qual, entre as condições conflitantes do contrato, o juiz dará precedência à cláusula mais favorável ao empregado.

Importa lembrar, embora de passagem, que o princípio trabalhista da **norma mais favorável** representa uma revogação ao rígido princípio normativo da hierarquia das leis. Por esse princípio, as normas hierarquicamente inferiores, se mais favoráveis, aplicam-se e afastam as normas superiores.

Os dois restantes princípios, mais adequadamente desprendidos e que resultam da natureza **tutelar** da legislação trabalhista, são o princípio da **irrenunciabilidade dos direitos** e o princípio da **continuidade da relação**.

Já a tutela do empregador é revelada pelo princípio do **maior rendimento**.

Os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. As exceções são estritas e a via admissível de parcial eficácia da renúncia contém-se no instituto paralelo da **transação**.

Da **renunciabilidade**, princípio salutar nas esferas do Direito Civil, cai-se na **irrenunciabilidade**, peculiar ao Direito do Trabalho.

O princípio do **maior rendimento** redundando em que o empregado está na obrigação de desenvolver suas energias normais em prol da empresa, prestando serviços regularmente, disciplinar e funcionalmente.

No que se refere à manifestação da vontade, prepondera, em termos quase absolutos, o princípio da **inderrogabilidade** das normas trabalhistas, de natureza imperativa. Só se admite a derrogação em favor do prestador de serviços, como adverte KROTOSCHIN, ao mencionar o chamado "princípio de favor", ⁽²⁰⁾ princípio esse que está compreendido no da **norma mais favorável**.

(19) Ob. e vol. cit., págs. 247.

(20) Cf. KROTOSCHIN, Ernesto. "Instituciones de Derecho del Trabajo". 2.ª Ed., Buenos Aires. Depalma, pág. 80, n.º 52.

A **inderrogabilidade** pressupõe o regime legal, qual seja, o da minuciosa regulamentação das relações contratuais de trabalho pela lei, regulamentação que impõe as cláusulas e condições do contrato e que afasta o princípio da **negociabilidade**, salvo para a sua formação.

8. O Direito do Trabalho Brasileiro

Não poderíamos examinar o problema dos **princípios do Direito do Trabalho no Direito Brasileiro** sem, antes, compulsar a Constituição Federal, que traça os rumos básicos de ordem política e econômica nacional.

A Carta de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em vigor, resguarda, primeiramente, em **norma principiológica**, a **liberdade de iniciativa**. É o que dispõe o seu art. 160, nº I.

A diretriz central e básica, porém, concernente ao **Direito do Trabalho** vem revelada no nº II, do mesmo artigo, que enuncia a "valorização do trabalho como condição da dignidade humana". Conquanto esse inciso se dirija ao trabalho, qualquer que seja a forma de sua prestação (trabalho autônomo ou trabalho subordinado; trabalho por conta própria ou trabalho por conta alheia), a tônica do constituinte, que se manifesta no Título "Da Ordem Econômica e Social", predispõe-se para o trabalho mais carente de tutela, que é o trabalho subordinado, objeto do **Direito do Trabalho**. Chega-se a essa conclusão não apenas em virtude da previsão constitucional do art. 153, § 23 inserto no Capítulo "Dos Direitos e Garantias Individuais", do Título II, que dispõe sobre a "Declaração de Direitos", mas, sobretudo, em virtude do art. 165, n.ºs I a XX, em que se asseguram direitos mínimos aos trabalhadores, entendendo-se como tais os prestadores de **serviço subordinado e excepcionalmente autônomos**.

O art. 165 da Carta Constitucional, a despeito de sua natureza programática, persegue uma direção, de gradual tutela do trabalho e tem o trabalho como especial objeto de proteção do Estado. Portanto, a lei ordinária ao regulamentar o trabalho e o juiz, ao aplicá-la, devem estar atentos a essa direção, que conforma os chamados **princípios pro operário**, da **norma mais favorável** e o da **condição mais benéfica**.

Dentro do suposto da hierarquia das normas que regulam o trabalho observar-se-á, no **Direito Brasileiro**, o princípio dos **conteúdos mínimos**, isto é, a tendência de criarem diretas as normas superiores e sempre poderão criá-los mais favoravelmente as normas inferiores, até chegar-se à norma contratual, que tudo pode, desde que não contrarie a convenção coletiva ou a sentença normativa (normas imediatamente acima), a lei (ainda acima) e a Constituição (no ápice). Os arts. 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho dão nítida idéia da execução do princípio do **favorecimento** no **Direito Brasileiro**.

O princípio do **maior rendimento**, em que se tutela a produção, acha-se desvendado, no direito positivo, no art. 482, letra "e", em que se pune como falta a desídia ou o mau desempenho da atividade do empregado. Indiretamente, consagram-no as suas letras "b", segunda parte (que sanciona o mau procedimento), "c" (a negociação prejudicial), "f" (a embriaguês) e "h" (a indisciplina ou insubordinação).

O princípio da **irrenunciabilidade** ganha expressão na cogência das leis trabalhistas e tem específico meio de expressão no art. 9º da CLT, que comina de nulidade os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar os preceitos nela contidos. A mais autorizada doutrina nacional não admite a renúncia, salvo casos especiaisíssimos e após cessada a relação de trabalho. (21)

Mesmo que se desloque para o campo da **transação**, que abriga reciprocidade de vantagens sobre direitos discutíveis, vê-se uma como que extensão do princípio da **irrenunciabilidade** na interpretação restritiva que se imprime em atos dessa espécie, ressaltando-se a conciliação, na Justiça do Trabalho, sob a suposição de que as partes — empregado e empregador — extinto o contrato, voltam a uma posição de clara autonomia perante o juiz e aí podem, livremente, concluir o ato **negocial**.

As simples quitações, porém, nas rescisões do contrato, sofrem rígida invasão da lei e, além de as declarações **in abstracto** do empregado não alcançarem qualquer eficácia jurídica, as importâncias objeto de recibo devem corresponder à realidade declarada ou ao devido ao trabalhador, pena de apenas valerem até às quantias pagas, na forma do disposto nos §§ 1º e 2º, art. 477 da Consolidação, dispositivo esse que ganhou a Súmula 41, do Tribunal Superior do Trabalho, nos seguintes termos:

“A quitação, nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 477 da CLT, concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo.”

Princípio que sofreu o maior impacto no Direito Brasileiro foi o da **continuidade da relação**. Quem o infringiu foi a Lei nº 5.107/66 — a Lei do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço.

O Fundo de Garantia liberou as rescisões. Não apenas extinguiu a estabilidade, mas a própria indenização a cargo do empregador, que era um obstáculo às dispensas. A *transferência de seu encargo para o Fundo*, mediante um compulsório e inevitável recolhimento, institucionalizou a indiferença contratual pelas rescisões e acelerou um fenômeno antes esporadicamente encontrado nas áreas da construção civil: a **rotatividade da mão-de-obra**.

A despeito de ser um contrato de trato sucessivo e de diretamente dizer respeito à subsistência do trabalhador, o contrato de trabalho perdeu seu conteúdo de segurança do emprego, como ainda — o que é também grave — a garantia de cumprimento das prestações devidas pelo empregador.

Enquanto o regime da rescisão pela CLT abrigava um sentido personalista de proteção ao emprego e à subsistência, o sistema do Fundo importou em uma acentuação da economicidade da relação de trabalho: o empregador exonerado dos encargos da dispensa e o empregado sem-

(21) Cf. SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. “Instituições de Direito do Trabalho”. 6.ª Ed., Rio—S. Paulo. Liv. Freitas Bastos, 1974, Vol. I, págs. 150 a 161 e PROSPERETTI, Ubaldo. “Le Rinunce e le Transazioni del Lavoratore”. 2.ª Ediz. Milano. Giuffrè, 1964, pág. 15 e segs.

pre fixado no levantamento de importâncias de fácil diluição em seu giro pessoal ou familiar.

Os preceitos da Consolidação que levavam à presunção da existência de um contrato sem prazo — dando-se como restritivos a sua pactuação —, tais como os arts. 451, 452 e 453, perderam o sentido. A soma de períodos descontínuos ou a conversão do contrato a prazo em contrato sem prazo não representam maiores garantias para o empregado, à exceção do aviso prévio, na segunda hipótese.

A Lei do Fundo de Garantia, por outro lado, restaurou faixas de **nogociabilidade** do contrato de trabalho, recuando, para segundo plano, a eficácia impositiva da legislação protetora. O caráter forçoso da relação como se exprime KROTOSCHIN, esmaeceu-se com a possibilidade de o empregador, portador da liberdade de rescindir sem encargo, impor modificações no contrato, que o trabalhador aceita para não perder o contrato todo com a dispensa.

No plano do Direito Coletivo do Trabalho, sobre o princípio do **benefício nominal dos salários** das categorias prevalece o princípio da **tutela da economia** geral, quando se vedam acordos, contratos, convenções coletivas ou sentenças normativas que concedam maiores percentuais de aumento que as fixadas em índices legalmente previstos, como se acha disposto no art. 623, da CLT, na Lei nº 4.725, de 13 de julho de 1965 e no Decreto-Lei nº 15, de 29 de julho de 1966. Nesse ponto, a prevalência do interesse geral sobre o de classe (no sentido de categorias profissionais e econômicas) encontra arrimo na parte final do art. 8º da Consolidação e sua legitimidade constitucional, no tocante aos dissídios coletivos, parte do § 1º do art. 142 da Carta de 1967, com a Emenda Constitucional, de 1º de outubro de 1969.

9. As férias

Pela sua atualidade, encerraremos essa exposição com um sucinto apanhado das modificações havidas, na Consolidação das Leis do Trabalho, relativamente às férias e em apreço aos princípios tradicionalmente consagrados naquele instituto.

O instituto das férias destina-se, primacialmente, à proteção da higidez do trabalhador, ao restabelecimento de sua saúde, de suas forças psicofísicas, desgastadas pela continuidade do trabalho e pela permanência ambiental nos locais da prestação de serviços.

A abertura de um lazer prolongado, o desligamento da empresa, a disponibilidade de maior aconchego entre familiares, a realização de viagens indicam que esse instituto — o das férias — tem como princípio básico a **tutela** pessoal do trabalhador e de membros de sua família.

Esse instituto, tal como se disciplinou na Consolidação (arts. 129 a 153), tem seu fundamento no desgaste psicofísico do empregado e na restauração de suas energias, inclusive a bem da economia, pois o trabalhador descansado, recuperado, está apto a produzir mais e a melhor desempenhar suas tarefas na empresa.

Ora, se a concessão e o gozo das férias tem como suporte o desgaste psicofísico do trabalhador, não havia qualquer razão de ser para condicioná-los à causa da rescisão do contrato, como ocorria, anteriormente, no parágrafo único do art. 142 da CLT — que eliminava o pagamento de férias proporcionais ao empregado incurso em culpa na rescisão — e no art. 26, da Lei nº 5.107/66 (Lei do Fundo de Garantia), que também não as autorizava, se a dispensa se desse por justa causa. As férias são devidas ou não devidas em razão de tempo de trabalho prestado, da exaustão no serviço, e não em razão da ocorrência de culpa ou de falta grave do trabalhador.

Sob esse aspecto, a lei atual, com a redação do parágrafo único do art. 146 e do art. 147, nada inovou e manteve a quebra do princípio de tutela psicofísica das férias, mantendo-lhe uma força jurídica de natureza reparatória ou preventiva de dano, como se se tratasse do aviso prévio e/ou da indenização. Férias, ontologicamente, nada têm a ver com a causa da rescisão.

Pode-se, entretanto, elogiar a modificação promovida pelo Decreto-Lei nº 1.535, de 13 de abril de 1977, no que uniformizou o regime das férias proporcionais, tanto para o empregado com mais de um ano como com menos de um ano de casa (parágrafo único e artigo supra citados), decidindo-se, porém, pela interpretação restritiva: autoriza-se o pagamento das férias proporcionais só em caso de despedida e não em caso de saída espontânea, como se previa no Prejulgado 51 que, corretamente, apanhara o termo **rescisão** do então parágrafo único do art. 142 da Consolidação.

Pelo texto em vigor, o **demitido** do parágrafo único do art. 146 é o mesmo **despedido**, do art. 147, com a diferença do implemento do primeiro ano de casa.

Dentro dessa mesma perspectiva, a criação do propalado “abono de férias”, ainda que se tenha ampliado o período de gozo de vinte para trinta dias, além de vir consagrar, pela lei, uma prática antes condenada — a venda das férias ou de parte das férias e a permanência no emprego —, desvirtuou o objetivo central do instituto, transformando em moeda dias de descanso, o que, no plano geral do Direito do Trabalho, importou na prevalência do **princípio da economicidade** sobre o da **pessoalidade**.

O “abono de férias” é um subinstituto no instituto das férias e está regulado nos atuais arts. 143, §§ 1º e 2º a 145 da CLT. Embora esteja limitado a 1/3 do período de gozo (consoante a gradação do art. 130), o que lhe impõe o teto de dez dias (1/3 de 30), o art. 144 gera dúvidas, ao limitar o máximo pagável em dinheiro a 20 (vinte) dias de salários. Não significa isso que haja mais de dez dias de abono e menos de vinte de férias em gozo. O que há é um teto do valor remuneratório do abono, que não pode ultrapassar a vinte dias de salário do empregado, valor esse que, acima do estatuído em lei (1/3), pode ser ajustado no contrato, pelo regulamento da empresa ou em convenção ou acordo coletivo. Verifica-se, ainda, no plano geral da investigação ora feita, que se instalou, no instituto

das férias, uma faixa de **negociabilidade**, o que é consentâneo com o princípio da **economicidade**, que cobre o subinstituto do abono de férias.

Jamais poderá haver remuneração de abono de férias superior a vinte dias de salários, conquanto o número de dias que terá o abono, como suporte, não excederá de 1/3 do período de gozo a que tiver direito o empregado.

Inovação reputável, diferentemente da lei anterior — a qual, não concedidas as férias no respectivo prazo, apenas estabelecia a sanção pecuniária de sua conversão no respectivo valor dobrado, em dinheiro e a sanção administrativa da multa (CLT, revogados parágrafo único, art. 143 e art. 146) — avançou o Decreto-Lei nº 1.535, que, além de manter as sanções anteriores (pagamento em dobro das férias não concedidas no prazo e multa administrativa — arts. 137 e seu § 1º e 153), criou o direito de exigir-se, por preceito cominatório, a concessão das férias, cuja época será fixada por sentença, sujeito o empregador à pena diária de 5% do salário mínimo em favor do empregado se não a cumprir (art. 137, §§ 1º e 2º).

Criou-se uma obrigação de fazer — conceder férias — sujeita a cominação específica, ultrapassado o prazo de sua concessão legal. Por aqui se volta ao princípio da **personalidade**, da tutela da pessoa do trabalhador, resguardado o instituto das férias no que tem de genuíno em sua finalidade: o exercício do direito de gozar férias e não sua conversão em dinheiro.

Observe-se que as sanções acima — dobro, multa administrativa e 5% de cominação em favor do empregado — são cumulativas e não excluem a obrigação de o empregador pagar os dias de férias a serem gozadas por força de sentença.

10. Conclusão

Diante dessas considerações, vê-se que o Direito do Trabalho Brasileiro perdeu sua unidade conceitual, no que se refere aos princípios que abriga. Responsabiliza-se essa cisão, sobretudo, pela Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e pela Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974), que permitiu se tornasse o trabalho humano objeto de cessão, contratação com terceiros, equiparado a uma **mercancia** e sobre que a empresa-cedente (de trabalho temporário) auferia um resultado entre o preço dos salários pagos aos empregados e o recebido da empresa — cessionária. Sob esse aspecto, institucionalizou-se a **marchandage**, prática de intermediação lucrativa condenada em nosso Direito. (22)

A evolução do Direito abrirá, entretanto, rumos mais sadios à realização de sistemas harmoniosos que, alentando a produção, faça preservar o trabalho em sua dignidade humana, como preconiza o art. 160, II, da Constituição Federal.

(22) No Direito Francês, cf. DURAND, Paul e VITU, André. "Traité de Droit du Travail". Paris Dalloz. 1950. T. II, págs. 355-367, notas 193 e 194.

Servidor não-estatutário e a legislação trabalhista

(Uma pesquisa interessada)

JOSÉ MARTINS CATHARINO

1 — RESULTADO DE PESQUISA LEGISLATIVA, EM ORDEM CRONOLÓGICA, ABRANGENDO TODO O PERÍODO REPUBLICANO

1.1 — Período da Constituição de 1891, Emendada em 1926

Pelo art. 35, § 2º, da Constituição de 1891, a nossa primeira republicana, competia ao Congresso Nacional, “mas não privativamente”, “animar no País o desenvolvimento... , bem como a agricultura, a indústria e o comércio, sem privilégios que tolham a ação dos governos locais”.

Com a Reforma de 1926, passou a competir privativamente, até hoje, ao Congresso Nacional “legislar sobre o trabalho” (art. 34, § 28). Assim, a faculdade conferida aos Estados, pelo art. 65, § 2º, inalterado, deixou de existir, quanto a “legislar sobre o trabalho”.

Durante a vigência do texto constitucional de 1891-1926, depois de 1930, dois decretos merecem registro.

1.1.1 — O Decreto nº 19.770, de 19-3-1931, declarando não entrarem “na classe de empregados: a) os empregados ou funcionários públicos, para os quais, em virtude da natureza de suas funções, subordinados a princípios de hierarquia administrativa, decretará o Governo um estatuto legal” (art. 11, parágrafo único). Como se vê, nos idos de 1931 já se insinuava na nossa legislação a divisão dos **servidores estatais** em duas categorias: a dos fun-

cionários e a dos empregados, sendo que com a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, foi criado o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (ver o art. 106 da Carta vigente, o qual prevê lei especial que estabeleça “o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada”).

1.1.2 — Pouco antes da Constituição de 1934, de 16 de julho, no dia 7 do mesmo mês, tivemos o Decreto nº 24.694 (revogado pelo de nº 1.402, de 5-7-1939), proibindo a sindicalização de funcionários públicos, mas sem considerar como tais “os empregados manuais, intelectuais e técnicos de empresas agrícolas, industriais e de transporte, a cargo da União, dos Estados e dos Municípios” (art. 4º).

Este texto é deveras significativo, porque pressupõe a ação estatal em três setores da economia, sob a forma de empresa, organizada sob o domínio de pessoa jurídica de direito privado, permitida a sindicalização dos seus empregados. (Ver os n.ºs 1.2, 1.3.1, 1.3.3 e 1.5.17.)

1.2 — Período da Constituição de 1934

O seu art. 23, que permaneceu inerte, estabelecia a presença na Câmara dos Deputados de um quinto de “representantes eleitos pelas organizações profissionais”, “por sufrágio indireto das associações profissionais”, nos termos dos seus §§ 3º a 9º

A Constituição de 1934 foi a nossa primeira a abrir um título sobre a Ordem Econômica e Social (arts. 115 a 143), assim como outro sobre Funcionários Públicos (arts. 168 a 173), não tendo estabelecido restrição à sindicalização e à autonomia sindical plúrima (arts. 113, n.ºs 12 e 13, e 120). Previu, também, o Estatuto dos Funcionários Públicos (art. 170).

1.3 — Período da Carta de 1937

Criou, como órgão consultivo do Poder Legislativo, o Conselho da Economia Nacional (art. 38), composto de representantes dos vários ramos da produção nacional designados, pelas associações profissionais ou sindicais (art. 57). Embora previsto (art. 63), o mesmo Conselho jamais teve poderes legislativos.

Abrangeu matéria sobre a Ordem Econômica (arts. 135 a 155) e sobre Funcionários Públicos (arts. 156 a 159). Quanto à sindicalização: manteve, entre “direitos e garantias individuais”, “a liberdade de associação” (art. 122, nº 9); formalmente, a da “associação profissional ou sindical”, nos termos do seu art. 138; proibiu, de modo absoluto, a greve e o lock-out (art. 139).

1.3.1 — Em 4-2-1938, tivemos o Decreto-Lei nº 240, que revogou três decretos anteriores, todos de 1-6-1936 com os n.ºs 871, 872 e 873 (art. 67), exceto as tabelas a eles anexadas.

Pelo que conseguimos apurar, o Decreto-Lei nº 240 foi o mais completo e sistemático texto legal sobre **servidores federais não-estatutários**, isto é, não considerados funcionários públicos (art. 1º). Pelo mesmo, os não-estatutários foram agrupados em duas grandes categorias, como está bem claro na sua ementa e no seu art. 38, parágrafo único: **a do pessoal extranumerário e a do pessoal para obras**. A primeira compreendendo: **contratado, mensalista, diarista e tarefeiro**; a segunda, sem subdivisão.

Deixando de lado a exigência de publicidade de "ato relativo a pessoal extranumerário", **ad substantiam** (arts. 7º e 65), e a de "registro prévio da folha respectiva no Tribunal de Contas ou em uma de suas delegações" (arts. 6º, 41 e 42), faremos um resumo acerca de cada espécie de "extranumerário" e, afinal, do "pessoal para obras".

Contratado: definido no art. 8º, e admitido ou reconduzido por decisão do Presidente da República (arts. 5º e 12), após proposta de "chefe de serviço", passando por "Serviço de Pessoal" ministerial, por "Comissão de Eficiência" (arts. 9º a 11); aceita por Ministro de Estado, encaminhada ao Presidente da República (art. 12) e, finalmente, retornando o expediente a "Serviço de Pessoal" para as formalidades de contratação (art. 13). — Admissão por "um contrato bilateral, registrado no Tribunal de Contas (salvo as hipóteses do art. 15), para o desempenho de **função reconhecida-mente especializada**, e para o qual, a critério da Comissão de Eficiência, **não haja nos quadros do funcionalismo pessoa devidamente habilitada e disponível na respectiva lotação**" (art. 8º). Contrato esse considerado de **locação**, contendo, necessariamente, **as condições, salário e o prazo de validade** (art. 14; ver os arts. 49 a 54, e 58).

Mensalista: definido no art. 16; admitido por portaria de Ministro de Estado, observada "tabela" aprovada pelo Presidente da República (arts. 5º, 17, 24, 25 e 26), após proposta de "chefe de serviço", através "Serviço de Pessoal", a qual ia para apreciação da "Comissão de Eficiência"; tendo parecer desta, ia para o Ministro competente, o qual, se aceitasse a proposta, submetia-a ao Presidente, "por intermédio do Departamento Administrativo previsto no art. 67 da Constituição" (arts. 18, I, 19, 20 e 21); aprovada pelo Presidente, voltava o expediente ao "Serviço de Pessoal" para as devidas formalidades (art. 22). — O **mensalista** (art. 16) era admitido "para suprir **temporariamente deficiências dos quadros do funcionalismo, por prazo determinado, nunca ultrapassando o do exercício financeiro**" (art. 16 e parágrafo único). Admitido "em função de menor salário" (art. 18, **caput**), nunca "superior aos vencimentos dos funcionários que executarem trabalho análogo" (art. 49; ver os arts. 50 a 54, e 58). Fato interessante: a lei não contém disposição expressa quanto ao salário mensal do "mensalista".

Diarista: admitido por "diretor de repartição para o desempenho de **funções auxiliares ou transitórias**" (art. 27), excluídas as "inerentes às profissões liberais, trabalhos de escritórios, de qualquer natureza, exceto os de conservação e asseio" (art. 28), sob pena do "chefe de serviço" in-

frator ser suspenso e responsável por indenização, e dispensa imediata do “diarista”. — Este, como o seu nome revela, percebia **salário por dia de trabalho efetivamente realizado**; por 25 dias em cada mês, no máximo, com salário diário fixado em máximo (art. 29).

A admissão de tais “extranumerários” fazia-se por proposta de “chefe de serviço” ao “diretor da repartição, por intermédio do Serviço de Pessoal” (art. 31); após verificação e parecer deste, a proposta ia para “despacho do diretor da repartição” (arts. 32 e 33); aprovada por este, a proposta retornava ao “Serviço de Pessoal”, para os fins previstos, inclusive divulgação (art. 34).

Tarefeiro: admitido, também, por “diretor de repartição para determinadas funções”, e com **salário na base de produção por unidade** (art. 35; o art. 58 previa “uma tabela de produção mínima para cada natureza e condição de trabalho industrial”, bem como dispensa automática daquele que não alcançasse a produção mínima; ver os arts. 49 a 54).

Quanto ao pessoal para obras (arts. 38 a 40, 46, 55): não está definido, mas, expressamente, não era classificado como “extranumerário”, nem estava “sujeito às disposições desta lei que a ele não se referirem de modo expresso” (art. 38). Admitido por “chefe de serviço responsável pela obra”, facultativamente, **mediante salário diário máximo**, igual ao do “diarista” (art. 29, § 2º), e se admitido por “ministros de Estado”, máximo dobrado (art. 39); “o salário, fixado no ato de admissão, deverá corresponder ao estabelecido para os extranumerários em casos análogos de condições e natureza de trabalho” (*idem*, § 1º), “pago na base de dia de trabalho efetivamente realizado” (*idem*, § 4º). Como se não bastasse a denominação dada a essa categoria de pessoal não-estatutário — para obras, o § 5º do mesmo art. 39 era explícito, no sentido de que se tratava de **admitidos a termo final ou extintivo**: “o pessoal para obras estará automaticamente dispensado com a conclusão dos trabalhos para os quais tenha sido admitido”. — Fato digno de nota: embora o mesmo § 5º, segunda parte, proibisse o cômputo do tempo de trabalho “para obras”, mesmo que o trabalhador viesse a ser “admitido para serviço de natureza permanente”, a verdade é que, pelo § 7º do mesmo artigo, essa hipótese, de readmissão, era legalmente impossível: “o pessoal para obras não poderá, em hipótese alguma, ser aproveitado, mesmo em caráter transitório, em funções de natureza permanente”. Viáveis eram sucessivas readmissões a termo **certus an et incertus quando**, sem acessão de tempos de serviços.

Outro registro: o § 6º, também do art. 39, consagrava a regra do pagamento do salário “ao próprio interessado”, sem possibilidade de consignação (art. 54), sob pena de nulidade (art. 65). O último Capítulo do Decreto-Lei nº 240, o VII, continha variadas disposições, algumas delas merecedoras de destaque, tendo em vista o objetivo desta pesquisa.

Quanto à duração do trabalho: controle de frequência “por meio de relógio de ponto, sempre que possível” (art. 57, também aplicável ao “pessoal para obras”); regras rígidas sobre prestação de trabalho por extra-

numerário além das horas regimentais (arts. 47 e 48), não fixadas na lei; extensão, apenas aos contratados e mensalistas, das vantagens relativas a férias e licenças concedidas aos "funcionários públicos", "dentro do prazo de validade do contrato para aqueles (ver o art. 14) e do exercício financeiro para estes" (ver o art. 16, parágrafo único).

Quanto ao trabalho em si: possibilidade do **extranumerário** ser designado "para executar trabalhos correlatos com o da função que exerce", sem direito "a maior salário", "vedado o comissionamento com remuneração aditiva" (art. 52); possibilidade do **extranumerário** "ser aproveitado em função de natureza diferente, mediante todo o processamento previsto para as admissões, inclusive prova de habilitação", sob pena de sua "dispensa automática", e da "responsabilidade do chefe de serviço respectivo" (art. 60); fixação de produção mínima para **extranumerário prestador de trabalho industrial**, sujeito a dispensa automática se não alcançar a mesma (art. 58).

Quanto ao salário: pagamento de horas suplementares, além das "regimentais", realmente trabalhadas (arts. 47 e 48), sem adicional determinado; proibição — também quanto ao **peçoal extranumerário** — de "salário superior aos vencimentos de funcionários que executarem trabalho análogo", salvo os **contratados** (art. 49). Ainda quanto a **extranumerário:** proibição de receber "qualquer estipêndio além dos salários tabelados e do que for expressamente estabelecido em lei" (art. 50); sem direito a "remuneração suplementar" mesmo se "aproveitado ou classificado em função de menor salário" (art. 51); sem direito a "maior salário" se designado "para executar trabalhos correlatos com o da função que exerce", "vedado o comissionamento com remuneração aditiva" (art. 52); proibição de "gratificações de qualquer espécie em virtude da natureza e condições especiais do trabalho ou pelo desempenho de atribuições pertinentes a funcionários com vencimentos maiores que os seus salários (ver o art. 49), desde que não decorra de dispositivo expresso de lei, havendo dotação orçamentária própria" (art. 53; ver os arts. 41, 42 e 46).

Quanto a sindicalização: proibida ao **peçoal extranumerário**, apenas (art. 62; ver os n.ºs 1.1.2, 1.2, 1.3.3 e 1.5.17.)

Posterior à Lei nº 62/1935, e anterior à CLT, o Decreto-Lei nº 240 fincou marcas profundas na área dos servidores não-estatutários, que iriam manter-se durante longos anos, substancial e formalmente, inclusive quanto à sua terminologia (atualmente, outras denominações surgiram, como, por exemplo, **recibados**, especialmente no âmbito do MEC). (Ver os nºs 1.4.1, 1.4.3, 1.4.4, 1.4.5, 1.4.9.)

1.3.2 — Decreto-Lei nº 1.402, de 5-7-1939, proibindo a sindicalização dos **servidores do Estado e os das instituições paraestatais** (art. 53), sem distinção.

1.3.3 — Decreto-Lei nº 5.452, de 1-5-1943, aprovando a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Segundo a sua redação original (ed. da Imprensa Nacional, 1943), excluiu (art. 7º, letras c a e): os "**servidores públicos do**

Estado e das entidades paraestatais"; os "servidores de autarquias administrativas cujos empregados estejam sujeitos a regime especial de trabalho, em virtude de lei" (aqui, implícita a distinção entre empregado e funcionário); os "empregados das empresas de propriedade da União Federal, quando por estas (evidente o erro tipográfico) ou pelos Estados administradas, salvo em se tratando daquelas cuja propriedade ou administração resultem de circunstâncias transitórias" (o Decreto-Lei nº 8.079, de 11-10-1945, deu nova redação ao contido na letra d, e substituiu a letra e por parágrafo, tendo este sido derogado pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 8.249, de 29-11-1945, que regulou a situação dos empregados das empresas incorporadas ao patrimônio da União).

Ainda na sua redação original, a CLT proibia a sindicalização dos "servidores do Estado e os das instituições paraestatais" (art. 566; este artigo teve parágrafo acrescido pela Lei nº 6.128, de 6-11-1974, excluindo da proibição os empregados de sociedades de economia mista, mas não os de empresas públicas; o art. 9º do Decreto-Lei nº 3, de 27-1-1966, ao considerar "as guardas portuárias como forças de policiamento", proibiu aos seus componentes "toda e qualquer vinculação ou atividade de caráter sindical"). (Ver os nºs 1.1.2, 1.2, 1.3.1 e 1.5.17.)

1.3.4 — Decreto-Lei nº 5.175, de 1-7-1943, sobre admissão de **men- salistas** (art. 26), "contratados e tarefeiros".

1.3.5 — Decreto-Lei nº 8.616, de 10-1-1946, com o seu art. 3º cuidan- do da admissão de **empregados** por autarquias e "órgãos paraestatais".

1.3.6 — Decreto-Lei nº 9.070, de 15-3-1946, dispondo "sobre a sus- pensão ou abandono coletivo do trabalho"; proibindo a greve nas "ativida- des fundamentais" (art. 3º), sem nelas incluir, expressamente, as relativas ao serviço público, cujo conceito é tão importante quão difícil de ser pre- cisado.

1.4 — Período da Constituição de 1946

A Constituição de 1946, a mais progressista de todas, além "dos direitos e das garantias individuais" atinentes à matéria (arts. 141 a 144, do Cap. II do Tít. IV), restabeleceu a denominação "Da Ordem Econômica e Social" (Tít. V, arts. 145 a 162), tendo "reconhecido o direito de greve" (art. 158); declarado "livre a associação profissional ou sindical" (art. 159); e reaberto um Título, o VIII, especialmente dedicado aos **Funcionários Públicos**.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 23, além de haver efetivado os "funcionários interinos da União, dos Estados e Muni- cípios", com cinco anos ou mais de exercício, equiparou os **extranumerários** que estavam exercendo "função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação . . . aos **funcionários**, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias", com exceções.

1.4.1 — A Lei nº 525-A, de 7-12-1948, deu cumprimento ao art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias acima referido, efetivando **extranumerários** e alguns **interinos**. Esta Lei teve seis artigos vetados (5º, 8º a 12), além de um inciso e um parágrafo do seu art. 1º, III, e 2º).

1.4.2 — A Lei nº 1.711, de 28-10-1952, criou o **Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União**, ainda vigente, embora alterado e complementado.

O regime estatutário foi estendido “aos **extranumerários** amparados pelo art. 23 do Ato” acima citado (art. 252). As funções dos mesmos passaram, “como cargos, a integrar quadros especiais extintos, suprimindo-se as funções correspondentes” (art. 257, **caput**, e § 1º). Os demais **extranumerários** foram mantidos na situação em que se encontravam, mas a lei determinou ao Executivo que apresentasse “nova codificação, regulando as relações entre extranumerários e o Estado” (§ 2º do mesmo art.). (Ver o nº 1.4.4.)

1.4.3 — A Lei nº 1.741, de 22-11-1952, assegurou “ao ocupante de cargo em caráter permanente e de provimento em comissão, quando afastado dele, depois de dez anos de exercício ininterrupto, o direito de continuar a perceber o vencimento do mesmo cargo, até ser aproveitado em outro equivalente”.

1.4.4 — A Lei nº 1.890, de 13-6-1953, ordenou a aplicação de **numerosos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho aos mensalistas e diaristas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das entidades autárquicas**.

Apesar da inconstitucionalidade declarada dos seus arts. 2º e 14, a Lei nº 1.890 é um marco na tendência que iria ser intensificada a partir de 1967. Por ela, numerosos arts. da CLT passaram a ser aplicados aos servidores acima indicados, “que trabalhareem nas suas organizações econômicas, comerciais ou industriais **em forma de empresa** e não forem funcionários públicos ou não gozarem de garantias especiais...” (art. 1º).

1.4.5 — O Decreto nº 34.395, de 28-10-1953, regulamentando “o art. 252, item II, da Lei nº 1.711, de 28-10-1952, no que respeita aos **extranumerários da União**”, a estes estendeu, em grande parte, “o regime jurídico do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União”. Aos **extranumerários mensalistas, contratados e tarefeiros** (art. 2º); aos **mensalistas e contratados**, também a “**gratificação pela prestação de serviços extraordinários**” (art. 3º); aos **mensalistas**, apenas algumas outras vantagens (art. 4º); aos expedicionários, amparados pelo parágrafo único do art. 18 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estendeu: “a **reintegração e a licença especial**” (art. 9º).

1.4.6 — A Lei nº 2.284, de 9-8-1954, cujo art. 2º, com cinco parágrafos foi vetado mas mantido pelo Congresso, regulou “a estabilidade do

pessoal extranumerário mensalista da União”, tendo fixado padrões salariais máximos para **contratados e tarefeiros**. (Ver os n.ºs seguintes, especialmente os 1.4.8 e 1.4.9.)

1.4.7 — O Decreto nº 36.209, de 20-9-1954, suspendeu “a admissão de **pessoal extranumerário**, salvo necessidade urgente e comprovada de serviço, que não possa ser atendida pela redistribuição de servidores...”

1.4.8 — O Decreto nº 38.106, de 19-10-1955, regulamentou a Lei nº 2.284, “na parte relativa à admissão de **extranumerários contratados e tarefeiros do Serviço Público e das Autarquias**”, e definiu uns e outros (arts. 1º e 2º), ambos em função da transitoriedade, mas diferentes pela natureza do serviço e da espécie de salário.

1.4.9 — A Lei nº 2.705-A, de 7-1-1956, incluiu “os candidatos aprovados em provas de habilitação, homologadas até 31 de dezembro de 1954, na exceção contida no art. 2º da Lei nº 2.284, de 9 de agosto de 1954”.

1.4.10 — A Lei nº 2.745, de 12-3-1956, fixou, de um modo geral, “os padrões de vencimentos e as referências de **salários dos servidores civis da União e dos Territórios**”. Também estabeleceu regras sobre aumento de salário (arts. 8º a 10).

1.4.11 — A Lei nº 3.483, de 8-12-1958, equiparou determinados **empregados, servidores da União, a extranumerários mensalistas**, se contassem ou viessem a contar cinco anos de exercício. Entretanto, excluiu da equiparação os “**empregados admitidos em organismos mistos de cooperação internacional**”; o “**pessoal de obras**”, com exceções, e os empregados “pagos à conta de fundo especial ou recurso próprio de serviço”. O seu art. 3º determinou a aplicação do “**regime previsto na CLT, inclusive para efeito de estabilidade no emprego, ao pessoal de obras, destinado à execução de trabalho de natureza caracteristicamente temporária**”. E o seu parágrafo único, a competência da Justiça do Trabalho. (Ver o nº 1.3.3.)

1.4.12 — Lei nº 3.780, de 12-7-1960, dividindo o pessoal civil do Poder Executivo da União em duas grandes classes (art. 26): a de **funcionários** e a de **empregados**, estes sujeitos à legislação do trabalho, e intransferíveis para outros serviços, diversos dos contratados (arts. 24 e 28). Esta mesma lei fez distinção entre **atividade permanente da administração, por funcionários, e atividade transitória ou eventual, por pessoal temporário**... ou “por pessoal de obras” (**empregados**). (Ver o nº 1.4.13.)

1.4.13 — Decreto Legislativo nº 20, de 1965, aprovando a Convenção nº 94 da Conferência Internacional do Trabalho (32ª Reunião), sobre contratos de trabalho firmados por autoridades públicas. Tal Convenção passou a vigorar em 18-6-1966, doze meses após sua ratificação, tendo o Decreto nº 58.818, de 14-7-1966, ordenado sua fiel execução. (Ver os nºs 1.5.12 e 1.5.14.)

1.4.14 — A Lei nº 5.117, de 27-12-1966, estabeleceu restrições às nomeações de **funcionários e às admissões de empregados**, considerando

nulas as feitas “fora do regime ora instituído”, bem como estabelecendo “a responsabilidade do administrador” que as houver praticado (art. 4º). (Ver os nºs 1.5.4 e 1.5.5.)

1.4.15 — O fundamental Decreto-Lei nº 200, de 25-2-1967, sobre a Reforma Administrativa, alterado pelo de nº 900, de 29-9-1969.

Trata-se de texto vigente, ordinário e básico. Dos seus arts. 96, 97, 111 e 124, deduz-se, e resumo:

1.4.15.1: Admite, nos termos da legislação trabalhista, a contratação de “especialistas para atender às exigências de trabalho técnico em institutos, órgãos de pesquisas e outras entidades especializadas da Administração Direta ou autarquia, segundo critérios que, para esse fim, serão estabelecidos em regulamento” (art. 96; ver o art. 124);

1.4.15.2: *idem*, de “consultores técnicos e especialistas por determinado período...” (art. 97);

1.4.15.3: *idem*, de trabalhadores eventuais, sem vínculo de emprego (art. 111, regulamentado pelo Decreto nº 66.715, de 15-6-1970). (Ver o nº 1.5.9.)

1.4.16 — O Decreto-Lei nº 225, de 28-2-1967, dispendo “sobre a administração do INPS”, no seu art. 6º, determinou: **o regime jurídico do pessoal do INPS será o da legislação trabalhista.** E os seus arts. 7º e 8º cuidaram da extinção gradativa dos “quadros de pessoal dos antigos Institutos”, e da possibilidade dos servidores pertencentes aos mesmos serem “contratados pelo INPS sob o regime da legislação trabalhista, na forma do art. 6º” “Enquanto vigorar o contrato de trabalho, ficará suspensa a vinculação do servidor para com o serviço público (**sic**), para todos os efeitos legais...” (leia-se: suspensão a execução da relação jurídica estatutária), exceto quanto ao “tempo de serviço prestado ao INPS”, para “aposentadoria, promoção por antigüidade, licença-prêmio e concessão de gratificação adicional de tempo de serviço, as quais, porém, só produzirão efeitos **findo o contrato de trabalho**” (§§ 1º e 3º do art. 8º) — “**Extinta a relação contratual de trabalho**... , exceto nos casos de demissão por justa causa, precedida de inquérito administrativo, restabelecer-se-á, automaticamente, a vinculação ao serviço público (**sic**), na situação em que se encontrava o servidor por ocasião da contratação” (§ 2º do art. 8º) — O § 5º do mesmo art. faculta “**ao funcionário contratado** optar pelo regime de contribuição sobre o seu **salário como contratado**, ou sobre os seus vencimentos e vantagens como funcionário...” — quanto aos “proventos da aposentadoria de servidores pertencentes aos quadros em extinção” (art. 7º): “nenhuma retribuição decorrente de contrato de trabalho” será computada, “mesmo que a aposentadoria ocorra na vigência daquele contrato”. (§ 4º do art. 8º)

Pelo visto, o Decreto-Lei nº 225/67 considera o servidor previdencial **sob regime trabalhista parte de contrato de direito privado**, precisamente

de contrato de emprego especial, apesar do INPS ser autarquia federal, e não de contrato administrativo de emprego, o qual poderíamos chamar de contrato especial de emprego.

1.5 — Período da Carta de 1967, emendada em 17-10-1969

Na sua atual redação, encontramos, na Seção dedicada aos **Funcionários Públicos**: a) quanto à proibição de **acumulação remunerada de cargos e funções públicas**: sua extensão “a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista” (art. 99, § 2º); sua exclusão em se tratando de aposentados, “quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão, ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados” (*idem*, § 4º); b) a previsão de **lei especial** estabelecendo “o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada” (art. 106).

Assinale-se que o § 9º do art. 93, relativo a militares, corresponde ao § 4º do art. 99, referente a servidores civis.

Quanto ao atual art. 106, correspondente ao 104 do texto original, houve alteração substancial, porquanto este ordenava a aplicação da **legislação trabalhista**, enquanto aquele outro prevê “lei especial”, que já tarda e há muito.

O atual § 2º do art. 170 (ex-163) sujeita “as empresas públicas e as sociedades de economia mista” às “normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho...” (o texto anterior colocava as autarquias sob o mesmo regime, desde que, como “as empresas públicas e sociedades de economia mista”, explorassem “atividade econômica”, e continha: “. . . direito do trabalho e das obrigações”).

Alteração notável introduziu a Emenda de 1969 quanto à competência dos juízes federais (arts. 110 e 125, I): retirando a da Justiça do Trabalho, concedeu àqueles a de “processar e julgar, em primeira instância (“em grau de recurso”, é do Tribunal Federal de Recursos — art. 122, II), as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e às sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar” (a Lei nº 5.010, de 30-5-1966, já houvera recriado a “Justiça Federal de primeira instância”), (a Lei nº 5.638, de 3-12-1970, dispôs “sobre o processo e julgamento das ações trabalhistas” pela Justiça Federal).

Apesar de ser livre a **associação profissional ou sindical** (art. 166), e de consagrado o **direito de greve** (art. 165, XX), este está negado “nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei” (Lei nº 4.330, de 1-6-1964).

O art. 177, § 2º, da Carta de 1967 (Título V — “Das Disposições Gerais e Transitórias”) assegurou **estabilidade** aos “atuais servidores (todos, funcionários, empregados e trabalhadores eventuais, conforme parecer do

Consultor-Geral da República, mandado ser cumprido), 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**".

1.5.1 — A Lei nº 5.539, de 27-11-1968, ao alterar o § 2º do art. 13 da Lei nº 4.881-A, de 6-12-1965, dispondo sobre o Estatuto do Magistério Superior, determinou a competência da Justiça do Trabalho para aplicar "as normas da **legislação trabalhista aos professores contratados**, nos termos desta lei, dos estatutos universitários e dos regimentos escolares".

1.5.2 — A Lei nº 5.540, de 28-11-1968, também quanto ao magistério superior, estabelece que aos professores, admitidos "mediante contrato de trabalho, aplica-se exclusivamente a legislação trabalhista, observadas... regras especiais" (art. 37).

1.5.3 — Ainda quanto ao magistério superior, o Decreto-Lei nº 464, de 11-2-1969, ao estabelecer "normas complementares à Lei nº 5.540, de 28-11-1968", determinou, no seu art. 11: "aos membros do magistério superior, admitidos no regime da legislação trabalhista, a Justiça do Trabalho aplicará também as normas constantes das leis do ensino e dos estatutos e regimentos universitários e escolares".

(Os textos acima indicados estão em vigor, exceto quanto à competência da Justiça do Trabalho, em se tratando de professores do magistério superior, que sejam servidores federais, isso depois da Emenda Constitucional de 1969.)

1.5.4 — O Ato Complementar nº 41, de 22-1-1969, proibiu "a nomeação, contratação ou admissão de funcionário ou servidor da Administração Direta e Autarquias dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive nas Secretarias e Serviços Auxiliares dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas", a partir de 29-1-1969. Entretanto, abriu exceções, dentre elas: "a contratação ou admissão de pessoal técnico ou científico necessário aos serviços de saúde, ensino e pesquisa", bem como "a contratação ou admissão de pessoal para serviços braçais ou de natureza industrial". — Ademais, declarou nula qualquer "nomeação, contratação ou admissão" a si contrária, acarretando "a demissão da autoridade e do funcionário que a autorizou ou realizou". — (Ver o nº 1.4.12.)

1.5.5 — O Ato Complementar nº 52, de 2-5-1969, alterando o art. 1º do anterior, ampliou as exceções. Por exemplo, quanto à "contratação ou admissão de pessoal para serviços considerados essenciais nos setores da saúde, ensino e pesquisa, assim como o pessoal auxiliar estritamente necessário à execução desses serviços"; "a contratação ou admissão de pessoal para preenchimento de claros resultantes de exoneração, demissão ou dispensa"; "a renovação de contratos". (Ver os nºs 1.4.12 e 1.5.4.)

1.5.6 — Decreto nº 64.715, de 18-6-1969, vedando, "na Administração Federal Direta e nas Autarquias, o ingresso de pessoal, a qualquer título,

inclusive sob a forma de prestação de serviços mediante recibo”, exceto concursados e os considerados indispensáveis, “limitados a um mínimo”. — “Nula de pleno direito” qualquer nomeação ou admissão em desacordo, além de acarretar “a responsabilidade funcional” de quem “a autorizar ou realizar”. (Ver os nºs 1.4.12, 1.5.4 e 1.5.5.)

1.5.7 — Decreto-Lei nº 779, de 21-8-1969, estabelecendo a **presunção relativa de validade dos recibos de quitação ou pedidos de demissão dos empregados da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias ou fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica.** Além deste privilégio, outros: “o quádruplo do prazo fixado no artigo 841, *in fine*, da Consolidação das Leis do Trabalho (interstício para início de audiência); o prazo em dobro para recurso; a dispensa do depósito para interposição do recurso; o recurso ordinário *ex officio* das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias; o pagamento de custas a final, salvo quanto à União, que não as pagará”.

1.5.8 — Decreto-Lei nº 855, de 12-9-1969, dispondo sobre a situação dos empregados de empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, que, por força de encampação ou transferência desses serviços tenham, a qualquer tempo, sido absorvidos por empresa pública ou sociedade de economia mista... — Seu art. 2º vedou que tais empregados sirvam de paradigma para efeito de equiparação salarial (art. 461 da CLT, com § 4º acrescido pela Lei nº 5.798, de 31-2-1972). (Ver o nº 1.3.3.)

1.5.9 — Decreto nº 66.715, de 15-6-1970, regulando a prestação de serviços eventuais (ver o nº 1.4.15.3) a pessoas de direito público interno, “em programa de emergência, de caráter assistencial, organizados em virtude de fenômenos climáticos ou meteorológicos... , sem vínculo empregatício com o serviço público”. — Tais trabalhadores somente estão abrangidos pela legislação sobre infortúnio do trabalho.

1.5.10 — Lei nº 5.638, de 3-12-1970 (ver o nº 1.5), regulando o processo e julgamento das ações trabalhistas de competência da Justiça Federal. Por seu art. 3º, sendo “partes as sociedades de economia mista ou as fundações criadas por lei federal somente passarão à competência da Justiça Federal se a União nelas intervier como assistente ou oponente”.

1.5.11 — Decreto nº 68.682, de 25-5-1971, acerca da sede das entidades autárquicas, empresas públicas e sociedades de economia mista da União, e sobre a remoção dos seus empregados por necessidade ou conveniência de serviço (a CLT, art. 469, alterado pela Lei nº 6.203, de 17-4-1975, regula a matéria e somente prevê a hipótese “de real necessidade de serviço”, ou, simplesmente, de necessidade de serviço; a mesma lei, também, ao dar inciso IX ao art. 659 da CLT, atribuiu competência aos presidentes de Juntas de Conciliação e Julgamento para “conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem

a tornar sem efeito transferência disciplinada pelos parágrafos do art. 469 desta Consolidação”.

1.5.12 — O Decreto nº 72.968, de 10-10-1973, tornou pública a denúncia da Convenção nº 94 da CLT. (Ver o nº 1.4.11 e o seguinte.)

1.5.13 — A Lei nº 5.927, de 11-10-1973, ordenou, a partir de 1-1-1974, que passassem a segurados obrigatórios do IPASE “os servidores regidos pela legislação trabalhista, que prestam serviços à Administração Pública Federal, direta e indiretamente, bem como os servidores do Distrito Federal e dos Territórios”. Seu art. 4º determinou que, a partir de 1-1-1975, o mesmo IPASE assumiria todos os encargos dela decorrentes. Entretanto, sua vigência foi efêmera, pois veio a ser revogada pela Lei nº 6.184, de 11-12-1974 (ver o nº 1.5.15 e, também, os arts. 3º, I, 232 a 235 da “Consolidação das Leis da Previdência Social”, expedida pelo Decreto nº 77.077, de 24-1-1976).

1.5.14 — O Decreto nº 74.688, de 14-10-1974, declarou sem efeito o 72.968. (Ver o nº 1.4.11.)

1.5.15 — Lei nº 6.184, de 11-12-1974, dispondo sobre a integração de funcionários públicos nos quadros de sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações resultantes de transformação de órgãos da Administração Federal direta e autarquias, e revogando a Lei nº 5.927, de 11-10-1973.

Por seu art. 1º, é facultado aos funcionários serem “integrados, mediante opção, nos quadros de pessoal dessas entidades”. Manifestado o direito potestativo de integração, o funcionário converte-se em empregado, “mediante contratação, por prazo indeterminado, no regime da legislação trabalhista, para emprego compatível com as atribuições do cargo ocupado pelo funcionário quando da opção”, respeitado “o tempo de serviço anteriormente prestado à Administração Pública” (art. 2º). — Seu art. 6º, ao revogar a Lei nº 5.927, de 11-10-1973 (ver o nº 1.5.13), restabeleceu a “filiação previdenciária (ao INPS) dos servidores regidos pela legislação trabalhista que prestam serviços à Administração Pública Federal, direta e indireta, bem como dos servidores do Distrito Federal e dos Territórios”.

1.5.16 — Sem dúvida alguma, a Lei nº 6.185, também de 11-12-1974, é de capital importância, por seu conteúdo e alcance, como se depreende da sua ementa: dispõe sobre os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica, segundo a natureza jurídica do vínculo empregatício, e dá outras providências (previdenciais — art. 5º, e revogatórias — art. 7º)

Pela mesma, a duas estão reduzidas as categorias do servidor público civil da Administração Federal: a estatutária e a empregatícia. O art. 4º concede “opção” ao servidor para passar da primeira para a segunda, mas a juízo do Poder Executivo, nos casos e condições que especificar (ver o nº seguinte). Por outro lado, essa possibilidade não existe, nos termos do

art. 2º, em relação às atividades inerentes ao Estado como Poder Público, sem correspondência no setor privado, o que não deixa de encerrar conceitos de serviço exclusivamente público.

Importantíssimo da mesma lei é o determinado no seu art. 3º: “para as atividades não compreendidas no artigo precedente (conceito por exclusão) só se admitirão servidores regidos pela legislação trabalhista, sem os direitos de greve e sindicalização, mas sujeitos às normas que disciplinam o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Evidente, portanto, a intenção de reduzir a categoria dos estatutários, como, inclusive, resulta do parágrafo único do art. 3º, bem como dos parágrafos do art. 4º

Os que não fizeram a “opção” desejada pela “Administração Federal, direta ou autárquica”, continuarão sob o regime estatutário, mas os servidores admitidos depois de 13-12-1974, data da publicação da lei, não têm “opção” alguma: **somente podem ser empregados.**

Empregados, por “opção” ou originários, são segurados obrigatórios do INPS. Além da contribuição previdencial, “da União e das respectivas autarquias”, estas somente estão obrigadas a satisfazer estes outros “encargos sociais de natureza contributiva”: as contribuições “incidentes sobre o 13º (décimo-terceiro) salário, às cotas do salário-família” e aos “depósitos para o FGTS”. Embora louvável, curta é a determinação contida no parágrafo único do mesmo art. 5º: as lotações orçamentárias necessárias deveriam, também, abranger todos os encargos trabalhistas em sentido estrito, e não apenas os mencionados, evitando-se a vergonha dos precatórios.

1.5.17 — O Decreto nº 77.464, de 20-4-1976, baixado para regulamentar o art. 4º da Lei nº 6.185, acima, regulamentou também o seu art. 3º, no que se refere ao FGTS.

O mesmo decreto, em verdade, quanto aos servidores estatutários, vinculou, necessariamente, a “opção pelo regime da legislação trabalhista” à sujeição automática ao do FGTS, nos termos do art. 3º da Lei nº 6.185. É o que está claro no art. 1º do mesmo decreto, bem como o modelo de “Portaria de Alteração de Regime Jurídico”, que o acompanha. Assim, **a opção é uma só, pelo regime trabalhista, com outro efeito.**

Quanto aos novos servidores, exceto aos abrangidos pelo art. 2º da Lei nº 6.185, que só podem ser empregados, sua situação é a mesma dos demais empregados: de maneira quase absoluta, a “opção” pelo FGTS é uma farsa...

A opção com dois efeitos, acima referida, além de poder ser feita “a qualquer tempo”, como previsto na Lei do FGTS, sempre está sujeita, simplesmente, a “requerimento dirigido ao órgão de pessoal da repartição a que pertença o funcionário” (§ 2º do art. 1º do decreto). Entretanto, a efetivação da “mudança de regime jurídico”, depois de “aceita a opção”,

depende “sempre da existência de recursos orçamentários próprios” (§ 3º do mesmo artigo), medida louvável, atenuante da lamentável, muitas vezes dramática, situação resultante do mecanismo dos **precatórios** (art. 117 da Carta atual, combinado com os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil). Acrescente-se: criada a correção monetária de débitos trabalhistas (Decreto-Lei nº 75, de 21-12-1966, e Lei nº 5.670, de 2-7-1971), em muitos casos — nos abrangidos pelo § 1º do art. 117 da Constituição Federal, as execuções contra a Fazenda Pública eternizam-se, salvo excepcional inclusão de verba orçamentária bastante, **ad futurum**.

1.5.18 — A Lei nº 6.386, de 9-12-1976, ao alterar o parágrafo único do art. 566 da CLT (ver o nº 1.3.3), permitiu a **sindicalização dos “empregados das fundações** criadas ou mantidas pelo Poder Público da União, dos Estados e Municípios” (o art. 2º da mesma lei menciona, erradamente, a de nº 6.218, como sendo a que acrescentara o parágrafo ao art. 566 citado; ver, também, os n.ºs 1.1.2, 1.2 e 1.3.1) — A Lei nº 6.386 não abrangeu os empregados de empresas, nem menciona fundações do Distrito Federal e dos Territórios.

2 — ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O MATERIAL PESQUISADO

Embora incompleta, provavelmente, a trabalhosa pesquisa feita, podemos dela extrair algumas conclusões quanto à evolução do tratamento legislativo dado aos **servidores estatais não-estatutários** e aos **funcionários públicos**, embora também se esteja usando a denominação **funcionários** para designar certos empregados de empregadores pessoas de direito privado, principalmente **bancários**.

Justifica-se plenamente a divisão dos **servidores estatais** em **estatutários ou funcionários**, públicos, sem dúvida alguma, e não-estatutários, porque, entre nós, a relação de emprego público sempre foi considerada não-contratual ou estatutária, dela sendo parte o Estado, na sua posição típica de **pessoa de direito público interno e soberana**, dotada de poder de império, razão pela qual podemos considerá-la de **sujeição**, e não apenas de subordinação.

Essa divisão encerra complexa problemática, resultante de alguns fenômenos modernos, por sua natureza ou grau, como, p. ex., o alargamento e o aprofundamento da intervenção do Estado e a conseqüente dilatação e imprecisão do conceito de serviço público. Com isso, simultaneamente, cresce a confusão na área fronteira entre a pública e a privada, na teoria e na prática. Na primeira, quanto à divisão geral do Direito em público e privado; na segunda, principalmente com o aparecimento das **empresas públicas e das empresas de economia mista**, sucedâneas, a grosso modo, das **contraditórias empresas concessionárias de serviço público**, monopolistas em regime de concorrência. Daí as constantes privatizações do direito público e as publicizações do direito privado, e a existência de “direitos públicos subjetivos”. Nesse contexto insere-se a relação jurídica entre o Estado

e os seus servidores não-estatutários, sendo, portanto, compreensível a controvérsia sobre sua ubiquação, se pública, privada, ou híbrida, com variados reflexos.

Na sua evolução histórica, o direito positivo brasileiro sobre a matéria pesquisada pode ser dividido em três fases: 1ª — de 1936 (Decretos com os nºs 871, 872 e 873, revogados pelo Decreto-Lei nº 240/1938, mas sem alteração do sistema) até 1945; 2ª — intermediária, de 1946 até o começo de 1967 (até o Decreto-Lei nº 200/1967); 3ª — deste até os nossos dias.

Na 1ª não se cuidou de aplicar a legislação trabalhista a servidor estatal não-estatutário, tendo dominado as figuras do **peçoal para (ou de) obras** e do **peçoal extranumerário**, este, para certos efeitos, equiparado ao peçoal estatutário.

Na 2ª, intermediária ou de transição, começam a surgir textos legais, sem predominância, reconhecendo o **status** de empregado de alguns servidores não-estatutários (ver os nºs 1.3.5, 1.4.3, 1.4.9, 1.4.10).

Durante a 3ª, esse reconhecimento generalizou-se a tal ponto que não há exagero em afirmar-se que o **status** de funcionário (estatutário) tende a desaparecer (ver os nºs 1.4.13, 1.4.14, 1.5, 1.5.1 a 1.5.3, 1.5.9, 1.5.15, 1.5.16 e 1.5.17).

Portanto, a **tendência para a privatização**, iniciada na segunda fase, consolida-se na terceira, quando entra em visível decadência relação estatutária, pública por natureza e definição. Contudo, como o Estado continua sendo pessoa de direito público, mesmo quando, expandindo-se para baixo, desce ao campo privado (ver os arts. 160, 161, 163, 167, 170 etc., da atual Carta), sua situação de empregador não é puramente privada, e sim **sui generis**, como tal. Por isso, inclusive, as relações jurídicas que trava com o seu peçoal não-estatutário não podem ser conceituadas senão como **empregatícias especiais** ou como **administrativas especiais**.

Esse processo de descentralização, acentuadamente descendente, é, ao mesmo tempo, político, econômico e jurídico, favorecendo a evolução social democrática, a verdadeira. Descentralização essa que implica em desconcentração do poder e, por conseqüência, em redução do autoritarismo. Descendo o Estado, assumindo uma situação subjetiva privada, de empregador, deve comportar-se harmoniosamente, de acordo com a posição escolhida por si mesmo, atípica, porque não de império. Igualar-se, fundamentalmente, a qualquer outro empregado. Tratar igualmente seus empregados, como os demais, sujeitando-se à lei trabalhista, com as devidas adaptações e respeito à pessoa humana trabalhadora, sem autobeneficiar-se com privilégios insustentáveis, não legislando em causa imprópria arbitrariamente. Para tanto, em relação à matéria, quase tudo está para ser refeito e feito por lei trabalhista condigna e adequada. Somente assim o Estado estará socialmente certo, conforme o Direito.

A pessoa excepcional e a legislação brasileira

NAIR LEMOS GONÇALVES

Professora Titular do Departamento de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

"Disabled persons have the right to economic and social security and to a decent level of living. They have the right, according to their capabilities, to secure and retain employment or to engage in a useful productive and remunerative occupation and to join trade unions."

Declaração de Direitos da Pessoa Incapacitada, aprovada pela Resolução 3.447 (XXX), de 9-12-75, da Assembléia-geral das Nações Unidas. (1)

Tentaremos nesta comunicação focalizar alguns aspectos da legislação brasileira mais diretamente ligada à pessoa excepcional.

Parecerá talvez estranho não nos ocuparmos exclusivamente dos deficientes visuais, dada a natureza deste Congresso. Entendemos, entretanto, mais útil estudar problemas genéricos, que dizem respeito não apenas às pessoas não videntes.

A ocasião não comporta estudo exaustivo que, aliás, julgamos ainda estar por realizar-se entre nós. Com esse propósito, acabamos de organizar, no Departamento de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito

I Congresso Latino-Americano do Conselho Mundial para o Bem-Estar dos Cegos — São Paulo, 9 a 14-10-77. — Programas de Reabilitação para Portadores de Cegueira e Visão Subnormal.

da Universidade de São Paulo, equipe multidisciplinar de professores, especialistas, alunos e interessados, para execução de projeto de pesquisa a desenvolver-se em duas fases: 1ª) levantamento das normas vigentes, por meio de todas as formas disponíveis, incluindo entrevistas com pessoal dos órgãos públicos e privados que cuidam do assunto; 2ª) estudo dos elementos obtidos na primeira fase, com a finalidade de apresentar as sugestões julgadas adequadas para aperfeiçoamento de tais normas.

Teceremos considerações sobre a conceituação da pessoa excepcional e a avaliação da capacidade laborativa.

A PESSOA EXCEPCIONAL

São múltiplas as denominações adotadas para indicar as pessoas excepcionais infradotadas, bastando lembrar "indivíduos de capacidade reduzida", "indivíduos de capacidade limitada", "minorados", "impedidos", "minusválidos", "disabled persons", "handicapped persons", "unusual persons", "special people", "Schwerbehinderter".

As palavras **deficiente** e **superdotado** implicam a existência de um paradigma ou modelo tomado para comparação: no caso, a pessoa considerada "normal".

No Direito do Trabalho, como em outros ramos da ciência jurídica, há problemas comuns às pessoas que apresentam as diversas espécies de deficiências físicas e mentais e, também, embora paradoxal, às pessoas consideradas superdotadas. O paradoxo é apenas aparente, porque há elemento comum entre todas elas: fogem ou se desviam dos padrões médios e são, por isso, pessoas excepcionais (constituem exceções à regra geral), de que trata expressamente o texto constitucional brasileiro:

"Art. 175 —

§ 4º — Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais." (Const. Federal — E. C. nº 1, de 1969)

Disposições análogas encontram-se nas Constituições de 16 Estados (Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe). Para ilustração, transcrevemos a norma constitucional paulista:

"Art. 126 — O Estado elaborará o Plano Estadual de Educação e organizará o sistema estadual de ensino, obedecendo ao disposto na Constituição da República e atendendo às diretrizes e bases da educação nacional.

.....

§ 2º — O Plano Estadual de Educação incluirá a educação dos excepcionais, do físico, dos sentidos e da inteligência.”

A palavra “excepcional” surgiu entre nós como sinônimo de pessoa com deficiência mental, visando ao afastamento de expressões capazes de estigmatizar seres humanos dignos de consideração como outros quaisquer. Referimo-nos a “débeis mentais”, “idiotas” ou mesmo por incompreensão, “loucos”, categoria em que se classificavam os excepcionais por deficiência mental, e lamentavelmente continuarão a classificar-se, enquanto não for alterada a redação do Código Civil, pela falta de outra mais adequada, quando se cuida da negação de sua capacidade civil (art. 5º do Cód. Civil. No projeto de reforma, a situação está resolvida).

Tratando-se, agora, de dar conteúdo a texto constitucional, não se poderá admitir significação tão restrita.

Eminentes constitucionalistas não estão de acordo quanto ao alcance da inovação da Emenda Constitucional nº 1, contida no transcrito § 4º. Segundo Pontes de Miranda, (2) “Excepcionais está, aí, por pessoas que, por faltas ou defeitos físicos ou psíquicos, ou por procedência anormal (nascido, por exemplo, em meio social perigoso), precisam de assistência”. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (3) considera excepcionais “aqueles que por motivos físicos ou psíquicos se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados normais”, porém acha a interpretação de Pontes de Miranda “excessiva e ademais inútil” quando inclui “aqueles que nasceram em meio perigoso”, porque “a proteção à infância e à adolescência há de levar em conta a proveniência dos que devem ser protegidos. Nisto já se antevê ou se antecipa a previsão de normas especiais para os provenientes dos chamados meios perigosos”.

Não é fácil a solução do problema. Pontes de Miranda, ao dar a amplitude referida, talvez objetivasse as pessoas com os chamados “desvios de conduta”, que Helena Antipoff, pioneira na educação de excepcionais, sempre reconheceu necessitadas de proteção especial, e que, juntamente com outros excepcionais, teve em vista ao organizar o excelente trabalho da conhecida Fazenda do Rosário.

Vê-se, porém, que ambos colocam o “excepcional” apenas na faixa das pessoas infradotadas.

Considerando a contribuição doutrinária brasileira e estrangeira, afirmamos em 1968, justificando anteprojeto de lei oferecido à Câmara dos Deputados (4), e em trabalho (5) resultante de nossa comunicação ao VII Congresso Nacional da Federação Nacional das APAEs, que serviu de base ao Projeto de Lei nº 148/76 (6), apresentado pelo Senador Nelson Carneiro, que a palavra “excepcional” deveria abranger igualmente pessoas que se situem aquém (infradotadas, minusválidas) ou além (superdotadas) dos limites mínimo e máximo próprios dos padrões médios

comumente observados na avaliação das aptidões e capacidades dos seres humanos, porque, afastando-se desses limites, constituem exceções à regra geral. Apresentamos, como requisitos principais e concomitantes na definição do excepcional, desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente. Acentuado é o desvio que exige processos de educação especial e reabilitação, ou o reconhecimento de situação jurídica especial que permitam a integração social da pessoa, ou, em outras palavras, a subtração dessa pessoa à marginalização em que se encontra.

Indispensável a contribuição do Direito, inclusive o Direito do Trabalho, para integração do excepcional. São necessárias normas de proteção, equilibradas, para que não se transformem em instrumento de discriminação, mas, ao contrário, garantam ao excepcional a participação nas oportunidades que a vida oferece em todas as suas fases (infância, juventude, maturidade e velhice). Normas que propiciem não só a coordenação dos esforços próprios de cada uma dessas fases, mas também de todos os esforços entre si, num processo contínuo, pelo qual a criança excepcional, ao chegar à idade do trabalho, esteja preparada profissionalmente e encontre oportunidade de emprego e ascensão, conseguindo, na velhice ou invalidez, situação resolvida pela previdência social, bem como, na morte, o amparo de sua família.

Não esqueçamos que a pessoa pode integrar a categoria dos excepcionais a partir do nascimento ou em qualquer fase da vida. Basta citar o acidentado do trabalho a quem a redução da capacidade laborativa muitas vezes retira a possibilidade do exercício da profissão desempenhada no momento do acidente, não raro a única atividade para a qual está habilitado. A solução, nestas circunstâncias, encontra-se freqüentemente em processos de reabilitação regulados por normas de proteção igualmente indispensáveis.

DIREITOS HUMANOS E A PESSOA EXCEPCIONAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, proclama, como a mais alta aspiração do ser humano comum, a possibilidade do gozo das quatro liberdades fundamentais (1. liberdade de crença; 2. liberdade de expressão; 3. libertação do meio; 4. libertação da necessidade), cujo pressuposto indispensável é a integração da pessoa humana na comunidade. Por isso, à sociedade cabe garantir a todos, inclusive excepcionais, o exercício do direito de desenvolvimento da própria personalidade, sem o qual o cidadão permanece condenado à marginalização e à situação de mero espectador de seus semelhantes que, integrados, podem desfrutar das oportunidades da vida.

Para comunidade suficientemente esclarecida, isto seria bastante, mas, como tal não acontece, seguiram-se análogas declarações de direitos, relativas a determinados grupos de pessoas, como a que serve de epígrafe deste trabalho. Lembre-se ainda a resolução sobre prevenção de incapacidade e reabilitação das pessoas incapacitadas, adotada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 6-5-75, que concita todos os governos **“to incorporate in their development plans, measures for the establishment of appropriate, services or the improvement of services already in operation, especially with a view to achieving better integration of disabled persons into the community through the coordination of programmes and activities of governmental and non-governmental organisations.”** (7)

Vimos que o mesmo aconteceu no plano constitucional brasileiro. Sendo a pessoa excepcional, sem dúvida, ser humano igual aos seus semelhantes, bastaria à Constituição Federal afirmar, no art. 176, **“A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado (...), porque na palavra “todos” está incluída a pessoa excepcional. Verificou-se, no entanto, que a incompreensão geral impedia o reconhecimento do direito das pessoas excepcionais que, integrantes de minoria, ficavam marginalizadas. Daí a necessidade da expressa menção a elas na Lei Magna.**

No Primeiro Congresso Paulista sobre a Problemática da Cegueira, recentemente realizado em São Paulo (de 4 a 7-5-77), aprovou-se documento básico preparado por equipe de alta qualidade, que tivemos a felicidade de coordenar, em que se ressaltou este aspecto: **“No atual estado do bem-estar não é bastante atender aos reclamos da maioria. Os estudiosos e técnicos vêm salientando a importância dos processos de educação especial e de reabilitação, procurando mostrar tratar-se de verdadeiros investimentos, feitos a longo prazo. (...) Do ponto de vista individual, a integração do deficiente nada mais é do que a garantia do exercício do elementar direito humano de desenvolvimento da própria personalidade, a que todos fazemos jus”.**

O VALOR ECONÔMICO DO TRABALHO DA PESSOA EXCEPCIONAL

No mesmo documento básico, salientou-se que a economia nacional não pode dispensar a colaboração das pessoas excepcionais. Segundo estatísticas alienígenas, constituem elas cerca de 10% (8) da população. Os superdotados, não recebendo educação e formação profissional adequadas, deixam de desenvolver seu grande potencial de energia, inteligência e capacidade, podendo eventualmente apresentar desvios de conduta, com reflexos não desejados na harmonia e na paz da comunidade que, dessa forma, fica privada do produto do trabalho que eles, em condições favoráveis, poderiam realizar.

Há muito que fazer. Em pesquisa recente, estudantes do Projeto Rondon visitaram certa região, procurando localizar cegos. Dirigiram-se às fontes normais de informação (prefeitura, escola, igreja etc.). Não havia cegos. Partiram para a pesquisa de porta em porta e identificaram 330 cegos. Isto mostra como são desconhecidos os deficientes que, na verdade, formam contingentes significativos espalhados pelo território nacional.

Lembraram-se, no referido Congresso, as conseqüências favoráveis da atual campanha de economia de gasolina, que vem em geral recebendo resposta positiva de todos, para notar o curioso efeito subsidiário obtido com a mudança de comportamento: reduziram-se sensivelmente os acidentes de trânsito, a ponto de, no último Carnaval (1977), ter havido dois recordes nas estradas — o da movimentação de veículos e o da redução do número de acidentes. Alertada há muito a população contra o índice elevado de acidentes, as vítimas só diminuíram quando todos sentiram a séria ameaça do esgotamento das reservas mundiais de petróleo e, mais proximamente, a importância da considerável economia no balanço de pagamento do Brasil, resultante da atual política de “racionalização” do uso de combustível.

O documento básico indaga: “Será preciso, a exemplo do petróleo, para tomar as enérgicas providências que o assunto exige, aguardar o reconhecimento de que o desenvolvimento econômico não mais dispensa a utilização da mão-de-obra das pessoas excepcionais quando, pela explosão demográfica, tais pessoas se tenham transformado em encargos pesados demais para a economia brasileira?”

É preciso não esquecer que o aproveitamento da capacidade laborativa da pessoa excepcional em muitos casos significará a libertação de mão-de-obra não raro da mais alta qualidade, das pessoas “normais” impedidas de trabalhar porque responsáveis pelos cuidados e vigilância constantes que freqüentes vezes os deficientes não dispensam.

A vista disso, não seria prudente reservar desde já, por lei, uma porcentagem, ainda que muito pequena, de todos os recursos públicos destinados aos diversos programas do Estado e canalizar a reserva para fundos especiais (federal, estaduais, e municipais) a serem empregados em benefício do excepcional? Aliás, não nos cansamos de insistir na necessidade imprescindível dessa destinação especial de recursos (5 a. c. 5), reivindicação que ouvimos repetidas vezes em congressos e reuniões especializados.

AVALIAÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA

Neste trabalho, “servidor público” significa pessoa que presta serviços à administração pública direta ou indireta, sujeita a regime especial diverso da legislação trabalhista; “empregado” quer dizer pes-

soa que trabalha no regime da legislação trabalhista; "trabalhador" terá sentido genérico e "dependente", será a pessoa que vive, totalmente ou não, às expensas do trabalhador, em qualquer das categorias indicadas.

Momentos de avaliação da capacidade laborativa

Quanto ao trabalho, a capacidade laborativa precisa ser avaliada em três situações principais: 1) **ingresso ou admissão**; 2) **interrupções de exercício** em consequência de doença ou enfermidade, ligada ou não à atividade profissional (infortúnios do trabalho ou acidentes e estados *patológicos comuns*); 3) **impossibilidade de continuação do exercício** de determinada atividade profissional, isto é, hipóteses em que o trabalhador, sem estar impedido de exercer outra atividade profissional, não está mais em condições de desempenhar as atribuições pactuadas, ou no contrato de trabalho ou no momento de ingresso no serviço público, caso em que muitas vezes tem cabimento processo de reabilitação.

No estudo da previdência social encontramos quatro momentos principais em que se cuida da avaliação da capacidade: 1) **incapacidade temporária**, isto é, situações em que, impossibilitado de trabalhar por motivo de doença ou enfermidade, quer configurado infortúnio do trabalho ou não, o trabalhador necessita da prestação de previdência social (auxílio-doença) ou da continuação do pagamento de seu vencimento (licença remunerada no serviço público); 2) **recolocação**, quando se tratar de atribuir ao trabalhador novo serviço ou tarefa, porque sua capacidade laborativa residual não mais lhe permite exercer o trabalho primitivo (fase final da reabilitação); 3) **aposentadoria**, quando se deve apurar redução grave ou o desaparecimento da capacidade laborativa, requisito indispensável à concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, no serviço público ou fora dele; 4) **pensão**, quando se deve apurar a redução grave ou a inexistência da capacidade laborativa do dependente, para o fim de assegurar-lhe o benefício da pensão, sempre que esta estiver fundamentada em invalidez.

Conceito de sanidade e capacidade

Nossa atenção voltou-se especialmente para os critérios de avaliação da capacidade laborativa quando, integrando comissão incumbida de regulamentar o ingresso no serviço público, de indivíduos de capacidade reduzida, verificamos quão errada era então a noção de capacidade e aptidão para determinado cargo ou função. A maioria dos especialistas da época (1958), notadamente os do Departamento Médico do Estado, entendia que o candidato, para ser aprovado, deveria preencher todos os requisitos de saúde e perfeição física e mental, porque só assim seria o melhor ocupante para o cargo ou a função, requisitos esses baseados na estatística, considerada a média de capacidade e aptidão de todos os cidadãos.

Tal critério era enganoso e um só exemplo esclarece a questão: era preciso levar em conta a tarefa a realizar, porque um candidato com qualidades excepcionalmente superiores de inteligência não era o melhor ocupante de cargo ou função cujas tarefas fossem monótonas e repetitivas, as quais pessoas infradotadas de inteligência realizam com maior perfeição e alegria.

Charles W. Telford e James M. Sawrey ⁽⁹⁾ estabelecem distinção entre incapacidade e inferioridade: "A lesão objetivamente definida de uma estrutura ou função é uma incapacidade. A perda da visão de um olho ou de audição de um ouvido, por exemplo, é uma incapacidade, mas pode não constituir uma inferioridade. (...) A inferioridade resulta dos efeitos cumulativos da incapacidade e das conseqüências pessoais e sociais que influem perniciosamente no nível funcional do indivíduo (Wright, 1960). Conquanto possa parecer pedante e, talvez, impossível de manter sistematicamente, esta distinção é importante." Exemplificando com o cego, que não está inferiorizado no escuro, assim como a pessoa confinada a uma cadeira de rodas não está inferiorizada num trabalho de carteira, chegam, no resumo, à conclusão: "Incapacidade consiste na diminuição objetivamente definida de uma estrutura ou função; inferioridade é a soma total das limitações pessoais e sociais decorrentes de uma incapacidade. Não existe relação de um para um entre incapacidade e inferioridade".

Os mesmos autores lembram obstáculos opostos pela sociedade ao trabalho dos excepcionais, o que vem confirmar a necessidade da criação de nova mentalidade como fator indispensável à solução do problema: "Muitos empregadores que financiam acampamentos de verão para crianças deficientes, que contribuem para manutenção de hospitais para crianças diminuídas e favorecem programas especiais de educação para essas crianças, não empregam em suas empresas adultos com deficiências. (...) Porque o mundo educacional é mais tolerante e acolhedor do que o mundo do emprego, podem indivíduos física, emocional e socialmente divergentes terminar seus estudos universitários e obter seus diplomas de cursos, mas se verem incapazes de encontrar emprego, quer por suas reais limitações físicas, quer por atitudes e crenças sociais desautorizadas." ⁽⁹⁾

Se esta atitude é incompreensível na área da empresa privada, que dizer quando o Estado é o empregador?

Já encontramos na legislação brasileira dispositivos com propósito de reformular o tradicional conceito de capacidade laborativa. Diz o § 3º do art. 167 da Consolidação das Leis do Trabalho, em sua nova redação:

"Art. 167 —

§ 3.º — Os exames médicos deverão ser orientados no sentido de investigar a capacidade física do empregado para a função que exerça ou venha a exercer."

E o art. 47 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei estadual nº 10.261, de 10-10-1968):

“Art. 47 — São requisitos para a posse em cargo público: ...

VI — gozar de boa saúde, comprovada em inspeção realizada em órgão médico oficial;

VII — possuir aptidão para o exercício do cargo; (...)

Parágrafo único — A deficiência da capacidade física, comprovadamente estacionária, não será considerada impedimento para a caracterização da capacidade psíquica e somática a que se refere o item VI deste artigo, desde que tal deficiência não impeça o desempenho normal das funções inerentes ao cargo de cujo provimento se trata.”

Conceito de invalidez

É preciso cuidado na reformulação do conceito de capacidade para ingresso, a fim de evitar abusos. Em outras palavras, é necessário, ao mesmo tempo, reformular o conceito de invalidez para impedir, por exemplo, que um cego, admitido já cego, porque a tarefa não exigia o sentido de que ele se encontrava privado, possa vir a onerar posteriormente os cofres da previdência social, alegando como causa de invalidez que justifica aposentadoria, a própria cegueira que, embora existisse na ocasião do ingresso, não impediu a admissão.

Assim, o novo conceito de capacidade deverá estar ligado a um novo conceito de invalidez, caracterizada esta pela impossibilidade de reabilitação.

Num País como o nosso, em que a Constituição Federal (art. 160, II) reconhece a “valorização do trabalho como condição de dignidade humana”, a toda pessoa que possua força de trabalho, reduzida embora, deve caber o direito e o dever de aplicá-la para concorrer com sua cota para o bem-estar da coletividade. Impedir a pessoa de exercer determinada atividade, quer pela falta de oportunidade, quer (o que é pior) porque se criam empecilhos desnecessários, será gerar, ao mesmo tempo, fator de desajustamento social dos mais graves, especialmente se considerarmos que esse fator é criado pela própria coletividade de que faz parte o indivíduo prejudicado. ⁽¹⁰⁾

O novo conceito de invalidez deve, pois, impedir o reconhecimento das limitações ou deficiências, de mesma natureza e grau, apresentadas pela pessoa excepcional por ocasião do exame de ingresso, como causa capaz de justificar a concessão do salário-enfermidade (primeiros 15 dias de doença pagos pela empresa) ou benefícios da previdência social

que pressupõem a incapacidade de trabalho. Este o propósito das seguintes disposições da Consolidação das Leis da Previdência Social — CLPS (Decreto nº 77.077/76):

“Art. 24 —

§ 3.º — Independem de período de carência:

a) a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após ingressar no regime desta Consolidação, seja acometido de tuberculose ativa, lepra, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave ou estado avançado de Paget (osteíte deformante), bem como a da pensão por morte aos seus dependentes; (...)

Art. 110 — Não será concedido auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez ao segurado que ingressar no regime desta Consolidação portador de moléstia ou lesão que venha a ser invocada como causa para concessão de benefício.”

Dificuldades para ingresso

No serviço público são requisitos para ingresso, entre outros, a comprovação do gozo de boa saúde e da aptidão para o exercício das funções (art. 47, atrás transcrito, por exemplo).

A apuração desses dois requisitos cabe geralmente a duas espécies de órgãos. De um lado, os encarregados das tarefas de seleção, a que se juntam comumente as de aperfeiçoamento, e dizem respeito mais diretamente à aptidão para o desempenho da função e, de outro, as tarefas de verificação do estado de saúde, atribuídas em geral a órgãos predominantemente médicos.

Existe na legislação brasileira o chamado estágio probatório ou experimental, período de tempo durante o qual se comprova, na prática, a adaptação do servidor às suas atribuições, bem como outras qualidades, a saber, idoneidade, disciplina, assiduidade, dedicação, eficiência. ⁽¹¹⁾

O concurso por meio do qual se apuram as qualidades notadamente intelectuais não se realiza numa fase única e completa, anteriormente à investidura. Há uma segunda fase do mesmo concurso que é justamente o estágio probatório ou experimental.

O mesmo não acontece com a prova de sanidade: o exame deve ser completado inteiramente antes do início do exercício. Ora, é evidente que o médico, ao fazer uma espécie de fotografia instantânea das condições de sanidade, em determinado momento e sem qualquer informação sobre o exercício, pelo examinando, das tarefas pretendidas, muitas vezes não pode afirmar (nem pode em sã consciência negar) que determinada pessoa corresponde aos padrões estabelecidos. O estado de saúde pode ser considerado satisfatório na ocasião do exame, mas apre-

sentar risco de, em futuro próximo ou não muito remoto, alterar-se para pior. Daí a tendência ao rigor. Toda vez que o risco de alteração ou agravação do estado de saúde for sensível ao médico, há toda probabilidade de ele, por precaução, expedir laudo negativo, embora nada de mau realmente haja no momento do exame. Não há, neste caso, injustiça flagrante, embora louvável a atitude do médico que deseja cumprir diligentemente seus deveres de bem selecionar.

Houve tempo em que, na administração estadual paulista, era possível ao médico em hipóteses semelhantes autorizar o ingresso, sujeitando o servidor a periódicos exames, ficando assim protegido o direito do examinando e, ao mesmo tempo, protegido o interesse público, possibilitada a dispensa quando se verificasse piora do estado de saúde. Evitava-se também a ameaça de, pelo exercício do cargo ou função, agravarem-se as condições físicas do servidor. Hoje, entretanto, o novo estatuto se refere apenas a "deficiência da capacidade física, comprovadamente estacionária" (V. art. 47 transcrito), o que, se não resolve todos os problemas, constitui progresso na direção do ideal desejado, embora as normas revogadas nos pareçam mais adequadas. Esse mesmo estatuto admite possa o exame médico prolongar-se até o prazo máximo de 120 dias. Excelente disposição legal que, entretanto, não possibilita, como a legislação revogada, a verificação do estado de saúde do examinando após o início do exercício das funções pretendidas, porque a lei não autoriza o exercício nesse prazo.

Dificuldades aparecem nos exames de saúde para efeito de concessão de licença remunerada (serviço público) ou auxílio-doença (previdência social). Aqui as incompreensões são de índole diferente porque, se na ocasião do ingresso o trabalhador tem interesse em afirmar sua capacidade, no momento de pretender afastamento por doença, seu interesse é inverso, porque deseja afastamento com garantia de recursos pecuniários. Mas o critério de avaliação da capacidade deve ser o mesmo, exceto nas hipóteses de estados patológicos que exijam segregação compulsória, nos quais se desprezam propriamente questões ligadas à capacidade laborativa para reconhecer a necessidade do afastamento da pessoa do convívio social, enquanto permanecer como elemento de disseminação da doença.

Mais se afirma a necessidade do novo critério quando o problema é de reabilitação, assunto muito conhecido dos participantes deste Congresso, realizado em comemoração da "Década da Reabilitação — 1970/1980".

A colocação dos reabilitados muitas vezes não é fácil. No Brasil, a Lei Orgânica da Previdência Social desde 1960 exige a reserva de determinados cargos das empresas para atender aos reabilitados da previdência social (art. 107 da CLPS).

A Portaria nº 3.046, de 22-2-1972, do então Ministro do Trabalho e Previdência Social, esclareceu não constituir alteração ilegal do contrato de trabalho a mudança de atribuições, realizada dentro das condições que indica, para recolocação de reabilitado da previdência social.

O regulamento da readaptação de funcionário público do Estado de São Paulo (Decreto estadual nº 52.968/72) admite que o readaptado possa realizar apenas algumas tarefas próprias de seu cargo, determinando, se necessário, a mudança de setor de trabalho, a fim de permitir que, com sua capacidade residual, o funcionário possa trabalhar com eficiência normal, ou a transferência para outro cargo adequado, quando a primeira hipótese seja inviável.

Também para facilitar a recolocação, o novo parágrafo do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 5.798/72, assim dispõe:

“Art. 461 —

§ 4.º — O trabalhador readaptado em nova função, por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social, não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.”

Crítérios para avaliação da redução ou desaparecimento da capacidade laborativa

Dificuldades também aparecem, no serviço público e fora dele, quando se deseja apurar o estado de invalidez que enseja aposentadoria para o trabalhador ou pensão para os dependentes.

Parecem-nos ainda atuais as considerações que sobre o assunto fizemos anteriormente. (5)

Denomina-se geralmente “invalidez” o estado de incapacidade que justifica a aposentadoria ou o pagamento de pensão fundamentada na incapacidade. A invalidez, de acordo com a doutrina, pode ser real ou presumida. Real quando se decreta a aposentadoria com base em pronunciamento do órgão médico competente, que declara o trabalhador totalmente incapaz, em consequência de deficiência funcional, física ou mental. A invalidez será presumida quando o fundamento da aposentadoria está na idade avançada (70 anos, entre nós, no serviço público, e a partir dos 60 anos (mulher) ou 65 (homem), na previdência social), ou quando a lei expressamente declara determinados estados patológicos como suficientes para a caracterização da total incapacidade para o trabalho, embora assim possa não ocorrer na prática.

Lembrando que é possível o ingresso de pessoas de capacidade limitada no serviço público e particular e, ainda mais, que a deficiência poderá ser considerada comumente de natureza grave como, por exemplo, a cegueira total, a mudez e outras condições equivalentes, fácil concluir que o conceito de invalidez pode e deve ter caráter individual. Explicando melhor: uma pessoa cega pode obter laudo médico favorável para exercer determinada função, justamente porque o exercício dessa

função não exige o sentido da visão. Essa mesma deficiência pode servir de fundamento da aposentadoria por invalidez de funcionário que ficasse cego de uma hora para outra.

Por esse motivo é difícil compreender esteja ainda em vigor na esfera federal a disposição que garante aposentadoria com vencimentos integrais ao funcionário acometido de "tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados de Paget (osteíte deformante), com base nas conclusões da medicina especializada" (art. 178, III, do Estatuto — Lei nº 1.711/52). É certo que o funcionário aposentado deverá reverter à ativa "quando insubsistentes os motivos da aposentadoria". Mas, não caberia aqui outra indagação: se o funcionário, aposentado por cegueira total, vier a reabilitar-se, deverá reverter? Não continuaria a existir a cegueira total, motivo da aposentadoria?

Mais atualizado (certamente porque mais recente), o Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo não enumera quaisquer estados patológicos, limitando-se a dispor que a aposentadoria por invalidez só será concedida "após a comprovação da invalidez do funcionário mediante inspeção de saúde realizada em órgão oficial".

A Consolidação das Leis da Previdência Social, em casos semelhantes aos previstos pelo Estatuto dos Funcionários Federais (v. art. 24, § 3º, atrás transcrito), dispensa o período de carência para concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, mas as hipóteses são diferentes porque esses benefícios serão concedidos e mantidos enquanto o segurado permanecer incapaz de trabalhar, cessando quando ele estiver reabilitado.

CONCLUSÕES

1. **Aproveitamento da capacidade residual** — É injustiça flagrante e principalmente verdadeiro desperdício de valores não aproveitar a capacidade residual dos chamados incapacitados na realização de tarefas no exercício das quais suas deficiências não influam. O trabalho não deve, entretanto, transformar-se em fator de agravamento ou alteração para pior do estado de sanidade do trabalhador.

2. **Equipes multidisciplinares** — É aconselhável e até necessário atribuir a equipes multidisciplinares (de que façam parte médicos, técnicos de seleção, orientadores profissionais, psicotécnicos, assistentes sociais, psicólogos etc., conforme julgado adequado) a responsabilidade de estabelecer padrões mínimos de sanidade e capacidade sômato-psíquica, bem como para caracterização do estado de invalidez que justifica recebimento de benefícios da previdência social.

3. **Reserva de recursos** — A lei deveria determinar a reserva de porcentagem, ainda que muito pequena, de todos os recursos públicos destinados aos diversos programas de atividade do Estado e a canali-

zação da reserva para fundos especiais (federal, estaduais e municipais) a serem empregados em proveito do excepcional. O Estado estaria, dessa forma, fazendo verdadeiro investimento a longo prazo e de relevante valor humanitário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Education for Development*. Genebra, 1977, pág. 75.
- (2) MIRANDA, PONTES DE. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969*. Ed. Rev. Tribunais, S. Paulo, 1972, vol. VI, pág. 333.
- (3) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. S. Paulo, Ed. Saraiva, 1975, vol. III, pág. 217.
- (4) Projeto de Lei n.º 1.962/68 in *Diário do Congresso Nacional*, de 19 de novembro de 1969, págs. 435/446 (Câmara dos Deputados).
- (5) GONÇALVES, Nair Lemos, 5a — 1962. O excepcional e a legislação. Contribuição apresentada em 9-11-62 na Reunião Nacional das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais. S. Paulo, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de S. Paulo*, vol. LVIII — 1963, págs. 273/311. 5b — As condições de sanidade nas relações entre o funcionário e o Estado. In *Administração Paulista*, vol. 5, págs. 50/57, 1962. 5c — Subsídios para aperfeiçoamento da legislação sobre educação e trabalho dos excepcionais. In *Legislação do Trabalho*, v. 29, págs. 557/560 e 572, 1965. 5d — O excepcional e o trabalho. In *Mensagem da APAE n.º 5*, págs. 9/23, 1968. 5e — Aspectos legais na avaliação da capacidade laborativa. In *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, 2 (6) págs. 18/31, 1974. 5f — Proteção contra acidentes do trabalho: investimento e prevenção de marginalidade. In *Ciência e Cultura*, 27 (8), págs. 593/601. 5g — Combate à marginalização do excepcional em plano nacional. In *Ciência e Cultura*, 27 (8), págs. 847/858, 1975. 5h — Integração do empregado na empresa. In *Revista de Direito do Trabalho*, ed. Rev. Trib. S. Paulo, 2 (5), págs. 75/84, 1977. 5i — A pessoa excepcional e o Direito do Trabalho. In *Legislação do Trabalho*, vol 41, pág. 1025, 1977.
- (6) Projeto de Lei n.º 148/76 — Senado Federal — In *Diário do Congresso Nacional — Seção II*, de 10 de junho de 1976, págs. 3495/3506.
- (7) *Op. cit.* na nota 1, pág. 75.
- (8) *Op. cit.* na nota 1, pág. 74.
- (9) TELFORD, Charles W. e SAWREY, James M. — *O indivíduo excepcional*. Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1974. Trad. de Álvaro Cabral.
- (10) Cf. art. 15 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — Lei Federal n.º 1.711, de 28-10-1962, e art. 14 do Estatuto dos Servidores da Universidade de S. Paulo — Portaria GR n.º 239, de 3-5-1966, do Reitor da USP.
- (11) Sobre o aproveitamento da capacidade da pessoa excepcional:
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 1972. *Adaptación de empleos para los inválidos*. Genebra.
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 1975. *Desarrollo de los recursos humanos: orientación profesional y formación profesional*.
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 1973. *Centro de evaluación de aptitudes y preparación de los inválidos para el trabajo*. Genebra.
COOPER, N. E. 1977 "Reintegración profesional de trabajadores inválidos o impedidos mediante dispositivos de asistencia." In *Revista Internacional del Trabajo*, 1977, vol. 95, n.º 3, págs. 363/374.

Dos conceitos jurídicos

CLITO FORNACIARI JÚNIOR

Professor do Curso de Bacharelado e Assistente nos Cursos de Especialização em Direito Processual Civil da PUC de São Paulo.

SUMARIO:

- I) Introdução
 - II) Definição de Conceitos
 - III) Definição de Conceitos Jurídicos
 - IV) Classificação dos Conceitos Jurídicos
 - V) Características dos Conceitos Jurídicos
 - VI) Vícios dos Conceitos Jurídicos
 - VII) Conclusões
- Bibliografia

I) INTRODUÇÃO

Neste trabalho, procuraremos desenvolver algumas noções acerca dos *conceitos jurídicos*. Para alcançar nosso objetivo, partiremos da análise formal e material dos conceitos, procurando, em seguida, especificar os aspectos centrais que revelam os conceitos jurídicos.

Uma vez firmada sua noção, passaremos a atentar para as diversas classificações que podemos elaborar à luz desses conceitos, valendo-nos de uma gama diversificada de critérios. Finalmente, encerraremos o trabalho com a análise dos diversos vícios que os maculam.

Ao longo de todo o trabalho, procuraremos não esquecer de fazer uma abordagem demonstrativa, no sentido de apontar expressamente, na sistemática de nosso direito positivo, a ocorrência do fenômeno estudado de forma teórica. Assim, ao examinarmos um dos vícios principais que peiam os conceitos jurídicos, qual seja o da ambigüidade, pinçaremos dentro de nosso direito vigente nada mais do que sete sentidos para o conceito de assistência. Outrossim, sempre que nos parecer oportuno, indicaremos regras de hermenêutica a serem seguidas diante de alguns tipos de conceitos. Com esta preocupação acreditamos que poderemos tornar este trabalho mais atrativo e útil.

II) DEFINIÇÃO DE CONCEITOS

Toda ciência objetiva demonstrar de modo racional seus conceitos e suas descobertas. Para tanto, vale-se das proposições que, dispostas ordenadamente, levam, a partir de dados conhecidos, a novos elementos. As proposições, por sua vez, são compostas por um conjunto de *conceitos* ligados por uma afirmação ou negação. Esta metodologia apresenta-se em qualquer tipo de ciência, quer nas sociais, quer nas não sociais.

Para este nosso estudo não nos interessará a forma de demonstração, nem as proposições em si, mas, unicamente, os *conceitos* que são os átomos sobre os quais se assentam as proposições que, por sua vez, prestam-se a demonstração.

Conceito ou termo, consoante a definição de Goffredo Telles Júnior, é o "último elemento lógico daqueles em que se decompõe a argumentação" (1), trata-se de elemento indecomponível (2), nada existindo antes dele.

Contudo, o termo ou o conceito é elemento indecomponível apenas do ponto de vista lógico, conforme adverte Leonardo Van Acker (3), pois do ponto de vista *verbal* ou *gramatical*, pode ser fracionado em diversos elementos. Exemplo disto encontramos no seguinte silogismo:

Todo capaz de cultura é educável.
Ora, todo *animal racional* é capaz de cultura.
Logo, todo *animal racional* é educável.

Aqui, o termo *animal racional* é, do ponto de vista lógico, insuscetível de desdobramento, mas pode ser decomposto verbal ou gramaticalmente, pois temos aí um substantivo e um adjetivo que não se confundem com o *termo*, logicamente falando-se.

Se olharmos, todavia, um conceito, não mais sob este prisma formal, mas procurando atentar para o significado da realidade que ele repre-

(1) GOFFREDO TELLES JUNIOR, *Tratado da Consequência*, 2ª edição, Editora José Bushatsky, São Paulo, 1962, n.º 30, pág. 95.

(2) GOFFREDO TELLES JUNIOR, *op. cit.*, n.º 30, pág. 96.

(3) LEONARDO VAN ACKER, "Elementos de Lógica Clássica Formal e Material", 2ª edição, Revista da Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1971, pág. 15.

senta, veremos, como afirma J. Parain-Vial, que “os conceitos revelam o ponto de vista segundo o qual nos interessam as coisas ou as idéias, a ligação que nos preocupa e a exclusão de todas as outras ligações que poderiam existir entre essas idéias ou essas coisas.” (4)

Sob este aspecto, o conceito apresenta-se como um núcleo irradiador de um significado, podendo aí ser vista sua *compreensão*.

Assim, na definição que se venha a dar de *conceito* devemos atentar para seu *prisma formal*, sendo, então, o último elemento lógico da argumentação e para seu *aspecto material*, como o elemento revelador de algo, tendo em vista a faceta que nos interessa.

Todo conceito tem uma compreensão (conotação) e uma extensão (denotação). Através da primeira revela-se o conteúdo formal do característico do termo; pela segunda revela-se a propriedade que o termo tem de ser aplicável a vários objetos. (5)

III) DEFINIÇÃO DE CONCEITO JURÍDICO

O que distingue um conceito jurídico de outros conceitos não é a sua forma. Tanto um conceito jurídico como outro conceito qualquer representam o “último elemento lógico em que se decompõe a argumentação”. A diferenciação entre ambos está na natureza do objeto com que se preocupam. Um conceito jurídico visa representar intelectualmente objetos do mundo do direito. (6)

Formalmente, tudo quanto se disse acerca dos conceitos ou termos em geral é válido sem qualquer restrição para os conceitos jurídicos. Sob o aspecto material, no entanto, o conceito jurídico irá revelar-nos as coisas e as idéias do ponto de vista jurídico.

A maioria dos conceitos prestam-se a diversas realidades. Tomemos o exemplo do termo *casamento*. Este termo poderá ser visto por um prisma religioso, social, econômico, biológico, jurídico e outros mais. O cientista do Direito, no entanto, trabalhará com este conceito, unicamente, como um dado jurídico. O ponto de vista de sua análise será o jurídico. Na medida em que um conceito representa uma realidade do direito — ainda que represente outras realidades também — e seja estudado por este aspecto — o jurídico — será um *conceito jurídico*.

O ponto de vista que interessa ao cientista do Direito é o jurídico apenas.

Os conceitos jurídicos não ficam confinados ao real. Quase sempre eles destoam do real; é o que se dá, *verbi gratia*, com o conceito de filia-

(4) J. PARAIN-VIAL, “La nature du concept juridique et la logique”, in *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XI, pág. 46.

(5) LEONARDO VAN ACKER, *op. cit.*, pág. 16.

(6) ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Dados preliminares de lógica jurídica*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1976, pág. 3 (mimeografado).

ção legítima. (7) Do ponto de vista biológico, não se pode conceber as distinções entre os filhos, classificando-os de legítimos e ilegítimos. No entanto, no direito, esta distinção existe e as conseqüências jurídicas decorrentes de uma ou outra espécie de filiação são bastante distintas, implicando, destarte, no relacionamento entre pais e filhos, nas repercussões patrimoniais etc.

O mesmo ocorre com o conceito de *capacidade*. Do ponto de vista físico, não existe um marco absoluto que se possa dizer que, uma vez ultrapassado, a pessoa deixa de ser incapaz e passa a ser capaz. No entanto, o legislador escolhe um momento e o faz de ponto divisor, associando à sua ultrapassagem uma série de conseqüências.

Qual o critério para se criar um conceito jurídico desvinculado ou alheio à realidade? Na elaboração de um conceito jurídico um primeiro dado é o real, porém, nem sempre, há esta ligação, existindo conceitos que se afastam, até totalmente, do real. Exemplo disto é o conceito de pessoa. O legislador trata como pessoa meros entes que não possuem os atributos da pessoa natural. Na verdade, o legislador está valendo-se de uma *ficção*, aceitando, para fins de direito, um dado totalmente desconforme à realidade.

Outras vezes, o legislador ou o cientista do direito cria um conceito não totalmente afastado da realidade mas não também conforme a ela. Nesta hipótese, a desvinculação com o real é menor. É o caso do conceito de *capacidade*. A vida nos demonstra que, com a idade de vinte e um anos, o indivíduo já tem um discernimento capaz de habilitá-lo à prática de atos da vida civil, todavia, nem sempre isto se dá.

O que leva à elaboração de um conceito em desconformidade com a realidade é um *juízo de valor* daquele que o elabora. Isto é o que faz J. Parain-Vial ao afirmar que o conceito jurídico deve ser elaborado não só em função do real, mas em *função de um valor*. (8)

Na verdade, em muitas oportunidades, apresenta-se cruciante para o legislador ter que optar por uma linha de conduta. Como fixar a capacidade? Deixar que ela seja examinada em cada caso concreto? Isto prejudicaria terrivelmente a segurança das relações jurídicas. Então, o legislador teve que fixar um momento a partir do qual o indivíduo pudesse ser considerado capaz. Para a fixação deste momento, ele julgou da conveniência de uma ou outra posição, chegando à formulação de um juízo no seu entender adequado.

Este mesmo problema, ou seja, da opção por um dos caminhos que se colocam, apresenta-se em uma série imensa de conceitos, como, apenas para exemplificar, os da comoriência (art. 15 do Código Civil), da prescrição (principalmente com relação aos prazos) e outros.

(7) O exemplo é de KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. portuguesa da 3ª edição alemã, de J. Batista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964, págs. 13 e segs.

(8) J. PARAIN-VIAL, *op. cit.*, pág. 50.

Para demonstrar a carga de valor existente nesses conceitos, basta atentar para o fato de que seu tratamento é diverso nos vários ordenamentos jurídicos, patenteando, desta forma, a escolha do legislador.

Uma vez feita a opção pelo legislador, os destinatários do conceito encontram-se vinculados, não havendo como ser discutida a verdade ou falsidade dele. Ocorre isto, exatamente, porque os conceitos jurídicos são tendentes a modelar o real.

IV) CLASSIFICAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS

Valendo-nos dos critérios existentes, podemos elaborar diversas divisões e classificações dos conceitos jurídicos. Dado, contudo, o âmbito desse estudo, somente examinaremos algumas que nos pareçam de maior utilidade prática.

Uma primeira classificação permite dividir os conceitos jurídicos de acordo com sua *origem* ou tendo em vista a fonte de que emergem.

As realidades jurídicas são manipuladas em diversos níveis: o *legislador* elabora uma lei, que se destina ao comum do povo. Por sua vez, se a lei não for suficiente para determinar e para endereçar a conduta dos indivíduos, será necessário recorrer-se aos tribunais para que afirmem a vontade concreta da lei, isto é, aquela que deve prevalecer no caso concreto; por outro lado, também os cientistas do direito manipulam com esta realidade, elaborando em sua atividade conceitos jurídicos. Desse enunciado sucinto, podemos constatar que um conceito jurídico pode nascer desses diferentes elementos. Assim, pode surgir da lei. Teremos, então, um conceito *legal*, cuja exemplificação seria até inútil. Outras vezes, são os tribunais que criam conceitos jurídicos, como se deu com o de *execução quase definitiva*, típica criação pretória sob a égide do Código de Processo Civil, revogado diante da necessidade de conciliação dos termos rígidos e irreversíveis da execução definitiva com o pouco proveito da execução provisória para o credor. Os cientistas do direito, usando da metalinguagem, também criam conceitos jurídicos, como *verbi gratia*, o de ab-rogação da norma jurídica. Por fim, o costume é, da mesma forma, fonte criadora de conceitos jurídicos, podendo ser apontado o conceito de cheque visado, típica construção do costume jurídico.

Em síntese: de acordo com a fonte de que se originam, os conceitos jurídicos poderão ser legais, jurisprudenciais, doutrinários e costumeiros.

A segunda classificação que se nos apresenta é baseada “na maior ou menor generalidade do conceito”. (9) Existem determinados conceitos que são gerais e comuns a todo o direito, não se podendo ver neles nenhuma peculiaridade a qualquer ramo jurídico. Os conceitos gerais

(9) ANDRÉ FRANCO MONTORO, *op. cit.*, pág. 3.

ou comuns são tratados pela Teoria Geral do Direito e prestam-se para descrever e representar um sistema jurídico qualquer. ⁽¹⁰⁾

Os conceitos comuns ou gerais apontados com mais freqüência são os de ato jurídico, relação jurídica, capacidade, sanção, obrigação e outros mais.

É usual, todavia, esses conceitos serem especificados, tendo em vista determinados ramos do direito. Assim, podemos falar de um ato jurídico *processual*, de uma relação jurídica *tributária*, de capacidade *penal*, de sanção *civil*, de obrigação *tributária*. Na realidade, o que esses ramos do direito fazem é aproveitar desses conceitos gerais, dando-lhes um traço peculiar. Assim, um ato jurídico processual é tipicamente um ato jurídico a que se acrescentam determinados requisitos próprios do Direito Processual. Requer-se, por exemplo, que o ato seja praticado dentro de uma relação jurídica processual, que o processo não esteja suspenso etc. Então, muitas vezes, são implantados todos os requisitos para que o ato seja tido como *jurídico*, mas poderá faltar-lhe algum ponto para que ele seja *processual*. Nesta hipótese, não terá validade processual, ainda que fora do processo possa ser válido como ato jurídico.

Essa mesma realidade é vista nos conceitos de obrigação tributária, sanção civil e outros mais.

Podemos denominar a esses conceitos, que são de Teoria Geral do Direito, mas aproveitados ou especificados para determinados ramos jurídicos, como conceitos não específicos, mas *especificados*.

Existem ainda conceitos que são especiais ou específicos de determinado ramo jurídico. Assim, o Direito Processual Civil tem suas próprias categorias como lide, mérito, oposição, denunciação da lide; o Direito Tributário tem também seus conceitos peculiares, como imposto, taxa, contribuição de melhoria e outros.

Muitas vezes, porém, corpos de leis de determinado ramo do Direito usam de conceitos de outros ramos, editando uma norma que se poderia dizer *em branco*. É o que se pode ver no art. 222 do Código de Processo Civil que dispõe que "a citação pelo correio só é admissível quando o réu for *comerciante* ou *industrial*, domiciliado no Brasil". Saber quem possa ser considerado comerciante não é problema de Direito Processual Civil, mas de Direito Comercial.

Nestas hipóteses, existe a transplantação de um conceito de um ramo do Direito para o outro, sem perder este, contudo, sua especificidade.

Desta realidade, extrai-se uma importante regra de hermenêutica. Toda vez que se usar de um conceito não específico ao ramo do Direito em que se encontra empregado, a compreensão que se há de dar a ele é aquela que lhe é dada em seu campo específico.

(10) GENARO R. CARRIÓ, *Sobre el Concepto de Deber Jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, págs. 26 e 27.

Em outras oportunidades, contudo, a lei que empresta o conceito de outro ramo do Direito, tem o cuidado de lhe dar outra compreensão, traçando-lhe contornos diversos daquele que tinha em seu campo específico de atuação. Assim, o Código Penal nos fornece alguns exemplos: “equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico” (art. 155, § 3º). Houve aqui uma ampliação do conceito de coisa móvel, emprestado, em princípio, do Direito Civil. O art. 327 e seu parágrafo único valem-se da mesma técnica, quando se utilizam do conceito de funcionário público: “considera-se *funcionário público*, para os efeitos penais, quem embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. Parágrafo único. — Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal.” É claramente amplo o conceito de funcionário para fins penais. Evidentemente, nestas hipóteses, a interpretação que se há de dar ao termo empregado é restritiva ao ambiente ou ao âmbito da colocação feita pelo legislador.

Finalmente, dentro ainda dessa classificação, podem ser colocados conceitos individuais, ⁽¹¹⁾ como termos referentes a objetos singulares: o réu fulano de tal, o Supremo Tribunal Federal etc.

Georges Kalinowski, estudando a especificidade da lógica jurídica, coloca outra classificação dos conceitos jurídicos, tendo em vista a necessidade de conceitos primeiros e conceitos segundos, estes últimos formados a partir dos conceitos primeiros. ⁽¹²⁾

Outras classificações poderiam ainda ser colocadas. Karl Engisch enumera os conceitos, apontando os indeterminados, os normativos e os discricionários. ⁽¹³⁾

Os conceitos indeterminados são aqueles que têm seu conteúdo e sua extensão em larga medida incertos, opõem-se aos conceitos determinados e são bastante frequentes em direito; com relação aos conceitos normativos é bastante difícil, segundo o autor, precisar seu sentido. Por fim, os conceitos discricionários são aqueles em que existe uma margem ao seu aplicador, no sentido de dizer da conveniência ou oportunidade de sua aplicação. Não nos ocuparemos deles neste momento, dados os limites do tema.

V) CARACTERÍSTICAS DOS CONCEITOS JURÍDICOS

A primeira característica que deve ser ressaltada nos conceitos jurídicos é sua *não correspondência com a realidade*. Os conceitos jurídicos quase sempre não correspondem aos conceitos naturais; são criação cultural, destinados a direcionar a vida de seus destinatários. Vários exemplos demonstram esta afirmação. O conceito de filho, refe-

(11) ANDRÉ FRANCO MONTORO, *op. cit.*, pág. 3.

(12) GEORGES KALINOWSKI, “De la spécificité de la Logique Juridique”, *Archives de la Philosophie du Droit*, vol. XI, págs. 8 e segs.

(13) KARL ENGISCH, *op. cit.*, pág. 170.

rido por Karl Engisch, ⁽¹⁴⁾ o de pessoa e de hora de verão, apontados por Franco Montoro ⁽¹⁵⁾ e outros mais.

O Direito Processual Civil também cria seus conceitos em desconformidade com o mundo físico e natural. Assim, o conceito de *lugar inacessível*. Naturalmente, lugar inacessível é aquele a que não se pode chegar. O Código de Processo Civil, no art. 231, § 1º, amplia a compreensão deste conceito, considerando inacessível para fins de ensejar a citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. É evidente que fisicamente, qualquer país é acessível, mas o conceito jurídico de país inacessível é outro, qual seja aquele que nega cumprimento a carta rogatória.

Também o conceito de *verdade* no processo é bem distinto do conceito natural de verdade, a ponto de os processualistas dizerem com frequência que no processo busca-se apenas uma verdade formal. ⁽¹⁶⁾ Verdade é a correspondência de algo com a realidade. No processo, mercê da aplicação de uma série de princípios, como os do ônus da prova, da confissão ficta e outros mais, chegar-se-á a uma verdade que, quase sempre, não corresponderá à realidade. Assim, os fatos afirmados pelo autor se não impugnados pelo réu serão tidos como verdadeiros (art. 319); o autor não provando, o réu será absolvido, decorrência do princípio de que a prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito (art. 333, inciso I). Ora, na realidade, o motivo de não se insurgir contra os fatos ou o de não conseguir prová-los poderá ser outro que não a verdade. Tudo isto demonstra que o sistema alberga uma *verdade não verdadeira* e com ela se basta, não admitindo a reapreciação da decisão final transitada em julgado ainda que patente sua desconfiguração com a realidade.

Mas ainda quando existe uma correspondência entre o conceito natural e o conceito jurídico, não se pode dizer que existe uma *identidade* entre eles, ⁽¹⁷⁾ porque a um e outro se associam conseqüências diversas. O conceito jurídico, segundo Engisch, funciona como hipótese legal à qual a regra jurídica liga conseqüências jurídicas. ⁽¹⁸⁾

Outra nota marcante dos conceitos jurídicos é a constante *mutabilidade* de sua compreensão. Todo termo ou conceito denota ou compreende um significado. No campo dos conceitos jurídicos, no entanto, a compreensão é mutável em dois aspectos. Primeiramente, em um aspecto temporal, em segundo lugar, em um aspecto espacial.

Os conceitos jurídicos passam dentro de um mesmo sistema por uma evolução. O que hoje se entende no Brasil como *propriedade* não é a mesma coisa que se entendia no passado. Antigamente, a proprie-

(14) KARL ENGISCH, *op. cit.*, pág. 13.

(15) ANDRÉ FRANCO MONTORO, *op. cit.*, pág. 4.

(16) CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. da 2ª edição italiana de J. Guimarães Menegale, 3ª edição, Saraiva, São Paulo, 1969.

(17) KARL ENGISCH, *op. cit.*, pág. 17.

(18) KARL ENGISCH, *op. cit.*, pág. 18.

dade conferia ao seu titular um poder de mando absoluto sobre a coisa, limitado apenas por algumas poucas regras de Direito Civil acerca de direito de vizinhança etc. Hoje em dia, a propriedade sofre uma série imensa de limitações: são as mesmas regras do direito de vizinhança, são as posturas municipais, cada vez em maior número, são as limitações decorrentes da prevenção de incêndios, o engrandecimento das hipóteses que ensejam a desapropriação e outras limitações mais. Da mesma forma, o conceito de *processo*. No passado, o processo civil era concebido como um apêndice do direito privado; toda a atividade processual era serva do direito material, não tinha seus princípios, não tinha suas normas próprias, valia-se do direito privado. Hoje não. O processo constitui-se de um conjunto de regras marcadas por princípios próprios e de direito público que não permite às partes disposição acerca das mesmas (*v.g.*, a impossibilidade de escolha do procedimento).

Em um mesmo momento histórico, por outro lado, um conceito jurídico pode ter diferentes conotações. Os mesmos conceitos de propriedade e processo, antes referidos, têm significações diversas se formos a um país socialista e se os examinarmos em um país capitalista; isto por força da ideologia que os preenchem. Neste sentido, as palavras de Luís Alberto Warat encaixam-se com perfeição: "Os conceitos materialmente invariáveis adquirem múltiplas significações e se projetam operativamente a serviço de diferentes ideologias." (19)

A propriedade nos países socialistas tem toda uma conotação própria, não tendo seu traço de privacidade tão marcante dos regimes capitalistas. O mesmo se nota com relação ao processo. Não vige no processo civil dos países socialistas o princípio dispositivo, no sentido de se assegurar às partes o direito de iniciativa processual; lá, o processo é um instrumento dado ao Estado para reparação dos conflitos de interesse, não dependendo, em hipótese alguma, da iniciativa das partes.

Quando a mutabilidade opera-se dentro de um mesmo ordenamento jurídico, ela se deve à evolução e à própria incorporação pelo sistema de outras realidades ou de outros conceitos jurídicos que afetam a compreensão do anterior. É o que se vê no exemplo da propriedade no direito brasileiro. Na medida em que se criem conceitos como o de direito de vizinhança, urbanismo, zoneamento, eles afetam a compreensão do conceito de propriedade.

A diversidade de compreensão, quando a mudança é decorrente de fatores espaciais e não temporais é devida à ideologia que se encontra como pano de fundo na compreensão de qualquer conceito.

VI) VÍCIOS DOS CONCEITOS JURÍDICOS

Genaro Carrió indica quatro pontos que denomina de enfermidades incuráveis da linguagem natural. São eles: o uso das palavras

(19) LUÍS ALBERTO WARAT, *Lenguaje y definición jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, pág. 25.

gerais, a ambigüidade, a vaguidade e a excessiva abertura das palavras. ⁽²⁰⁾

As palavras gerais são empregadas com finalidades classificadoras, encontrando-se agrupadas mercê da adoção de algum critério; o vício, em sua utilização, está em que este critério muitas vezes não é seguido. A ambigüidade consiste no emprego de uma mesma palavra para designar realidades distintas; os termos vagos são aqueles onde inexistente um campo delimitado para sua aplicação; por fim, a abertura das palavras representa a vaguidade potencial, uma vez que o campo de aplicação das palavras não está demarcado em toda sua extensão.

Esses vícios são encontrados também nos conceitos jurídicos, dificultando sua aplicação. Senão vejamos.

Existem conceitos jurídicos que são empregados com a finalidade de representarem o elemento comum de uma classificação. No entanto, esse mesmo conceito é empregado para designar um dos conceitos classificados ou mesmo um conceito não abrangido por aquela classificação. Exemplo típico é o do conceito de *decisão* no campo do Direito Processual Civil. De acordo com o sistema implantado pelo Código de Processo Civil, decisão é o gênero que abrange as sentenças finais (decisões que, julguem ou não o mérito, põem fim à causa) e as interlocutórias (através das quais se resolvem incidentes no curso do processo). Contudo, o Código em diversos dispositivos refere-se a *decisões* simplesmente, com o sentido de interlocutórias. Estamos diante de uma palavra geral empregada para designar uma das hipóteses por ela abrangida.

Dos vícios talvez o mais sério seja a ambigüidade que pode assumir duas formas: muitas vezes um mesmo conceito é empregado para designar um objeto do mundo físico e um objeto do mundo do Direito, ⁽²¹⁾ outras vezes, o mesmo termo serve de elemento designador de duas ou mais realidades no campo do Direito.

Na primeira hipótese, confundem-se conceitos não jurídicos com conceitos jurídicos. O conceito "propriedade" presta-se à perfeição para esta demonstração. ⁽²²⁾ É comum falar-se em propriedade querendo referir-se ao objeto físico sobre o qual se exerce o direito de propriedade. Constantemente, neste sentido, ouve dizer-se que *alguém tem uma propriedade*. Ao mesmo tempo, o conceito de propriedade é empregado para significar o direito de se usar, possuir, gozar e dispor de alguma coisa, sendo, então, empregado em seu sentido próprio e adequado.

Mas, sem dúvida, a ambigüidade é bem mais perigosa quando se dá a aplicação de um conceito jurídico para designar mais de uma realidade dentro do campo do Direito. O termo *assistência* é marcante

(20) GENARO R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, 1ª edição, 5ª reimpressão, Buenos Aires, 1973, págs. 24 a 35.

(21) WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, tradução da 2ª edição francesa por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1968, pág. 33.

(22) WESLEY NEWCOMB HOHFELD, *op. cit.*, pág. 33.

neste sentido. Através do conceito de assistência designam-se as seguintes realidades jurídicas: *a)* forma de integração da capacidade de exercício de direitos dos relativamente incapazes (assistência — Código Civil — art. 84 e outros; Código de Processo Civil — art. 8º); *b)* forma de ingresso de um terceiro no processo quando tenha interesse jurídico na vitória de uma das partes (Código de Processo Civil — art. 50); *c)* forma de ingresso de terceiro em um processo quando o resultado da demanda possa influir na relação jurídica existente entre ele (o assistente) e o adversário do assistido (Código de Processo Civil — art. 54); *d)* dever de um cônjuge em relação a outro (*mútua assistência* — Código Civil — art. 231, inciso III); *e)* concessão de benefícios pelo Estado aos necessitados para que eles possam vir a juízo demandar (assistência judiciária — Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950); *f)* ainda a legislação trabalhista assegura assistência ao desempregado e assistência à maternidade.

Diversos outros conceitos empregados pelo direito padecem desta mesma moléstia.

Finalmente, como último vício dos conceitos jurídicos, temos a vaguidade dos termos e a sua excessiva abertura, podendo reunir-se a ambos em uma única categoria, qual seja a da *indeterminação dos conceitos jurídicos*. De tal vício padecem os conceitos jurídicos cuja extensão e conteúdo são em larga medida incertos. (23)

Os conceitos indeterminados são encontrados com bastante facilidade no Direito Penal, como o de violência, grave ameaça, ato obsceno, violenta emoção, relevante motivo social e outros mais. Contudo, o Código de Processo Civil também usa desses conceitos, como podemos ver no art. 20, parágrafo único, que se refere a *causas de pequeno valor* e no art. 17, inciso I, que fala em falta de fundamento que não possa *razoavelmente* desconhecer.

Nos dois conceitos, existe um núcleo onde se pode ter uma noção clara do conteúdo e da extensão do conceito. É evidente que uma causa em que se cobre a quantia de Cr\$ 100,00 será de pequeno valor e uma em que se cobre Cr\$ 200.000,00 não será de pequeno valor. Existirá todavia, uma zona cinzenta, onde será difícil determinar acerca da aplicabilidade ou não do conceito. Uma causa no valor de Cr\$ 10.000,00 é pequena?

Podemos incluir, também, dentro dos indeterminados, os discricionários, que são aqueles em que se deixa ao aplicador do conceito uma margem, dentro da qual, pode fazer uma valoração pessoal, antes de fazer ou não o conceito atuar. O Código de Processo Civil vale-se também desses conceitos, como se dá, exemplificativamente, com o de interesse público (art. 82, III, do Código de Processo Civil). Também com relação aos conceitos discricionários é possível vislumbrar-se um campo de incidência certo, mas também existirá uma zona de penumbra, onde sua extensão e conteúdo serão difíceis de serem precisados. Algumas causas patenteiam, a toda luz, a ausência completa de interesse pú-

(23) KARL ENGISCH, *op. cit.*, pág. 170.

blico. Uma demanda, por exemplo, entre dois particulares maiores e capazes acerca de um bem disponível, não tem nada que possa servir de base para justificar um interesse público. Outras vezes, o interesse público é claro: uma ação visando desalojar toda uma cidade por serem seus terrenos terra devoluta. Mas existirá a zona indeterminada e nesta será difícil traçar a extensão e o conteúdo do conceito.

VII) CONCLUSÕES

Na definição dos conceitos devemos atentar para os aspectos formal e material. A diferenciação entre os conceitos jurídicos e os conceitos em geral está apenas no elemento material.

É possível a classificação dos conceitos jurídicos tendo em vista sua origem, sua amplitude e a necessidade de conceitos anteriores para sua determinação.

Os conceitos jurídicos não são idênticos aos conceitos naturais, ainda quando exista uma correspondência entre eles.

A compreensão dos conceitos jurídicos é mutável, tendo em vista o tempo e as diferenças de ideologia.

A realidade demonstra que os conceitos jurídicos padecem dos vícios da utilização inadequada de palavras gerais, da ambigüidade e da indeterminação.

BIBLIOGRAFIA

ACKER, LEONARDO VAN — "Elementos de lógica clássica formal e material", 2ª edição, *Revista da Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo, 1971.

CARRIÓ, GENARO R. — *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, 1ª edição, 5ª reimpressão, Buenos Aires, 1973.

CARRIÓ, GENARO R. — *Sobre el Concepto de Deber Jurídico*, Abeledo-Perrot Buenos Aires, 1966.

CHIOVENDA, GIUSEPPE — *Instituições de Direito Processual Civil*, tradução da 2ª edição italiana de J. Guimarães Menegale, 3ª edição, Saraiva, São Paulo, 1969.

ENGISCH, KARL — *Introdução ao pensamento jurídico*, tradução portuguesa da 3ª edição alemã de J. Batista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964.

HOHFELD, WESLEY NEWCOMB — *Conceptos jurídicos fundamentales*, tradução da 2ª edição francesa por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1968.

KALINOWSKI, GEORGES — "De la spécificité de la logique juridique", *Archives de la Philosophie du Droit*, vol. XI, págs. 8 e segs.

MONTORO, ANDRÉ FRANCO — *Dados preliminares de lógica jurídica*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1976 (edição restrita).

TELLES JÚNIOR, GOFFREDO — *Tratado da Conseqüência*, 2ª edição, Editora José Bushatsky, São Paulo, 1962.

VIAL, J. PARAIN — "La nature du concept juridique et la logique", *Archives de la Philosophie du Droit*, vol. XI, págs. 46 e segs.

WARAT, LUÍS ALBERTO — *Lenguaje y definición jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.

O poder de revisão constitucional

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA
Juiz do Trabalho e Professor da U.F.M.G.

SUMÁRIO:

O PODER CONSTITUINTE

- I — O PODER
- II — PODER CONSTITUINTE
- III — NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE
- IV — PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO
- V — PODER CONSTITUINTE — LIMITES

A CONSTITUIÇÃO

- I — ACEPÇÃO DE CONSTITUIÇÃO
- II — DEFINIÇÃO
- III — FUNÇÃO DA CONSTITUIÇÃO
- IV — FONTES
- V — SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO
- VI — TIPOLOGIA CONSTITUCIONAL
- VII — LACUNAS CONSTITUCIONAIS

REVISÃO CONSTITUCIONAL

- I — A EVOLUÇÃO
- II — TIPOS DE MUTAÇÃO E DE REFORMA CONSTITUCIONAL
- III — CONSTITUIÇÕES FIXAS — CONSTITUIÇÕES IMUTÁVEIS — CONTEÚDO PÉTRIO
- IV — PODER CONSTITUINTE DERIVADO
- V — ESTADO DE DIREITO — SALVAGUARDAS — LIMITAÇÕES
- VI — PODER DE REVISÃO CONSTITUCIONAL
- VII — FASES PROCEDIMENTAIS
- VIII — DOS PROCEDIMENTOS
- IX — CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA CONSTITUCIONAL

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

O PODER CONSTITUINTE

I — O Poder

A noção de poder está visceralmente vinculada à teoria do surgimento da sociedade como tal.

Os homens, inicialmente em guerra recíproca, segundo Hobbes, ou originalmente proprietários, segundo Locke, ou naturalmente livres e independentes, segundo Rousseau, **contrataram** viver em comum, constituindo sociedade, sob a direção de um dentre os participantes dessa mesma sociedade; a ele cada um dos cidadãos confiava uma parte de seus poderes originais sem que tal entrega consistisse em alienação, conservando, entretanto, consigo a outra parte desses mesmos poderes originais. A hipótese metafísica do contrato social, como explicação do surgimento da sociedade humana, estava assim formulada.

Sociologicamente, explica-se também o aparecimento da sociedade como a aglutinação de interesses múltiplos, sob influência de forças divergentes e convergentes.

É importante notar, contudo, que tal formação não se operou a esmo, por virtude de forças descontroladas ou deixadas à ação espontânea. Aristóteles frisa que “toda comunidade se formou tendo como fim um determinado bem — já que todas as ações da espécie humana em sua totalidade se praticam com a vista posta em algo que os homens crêem ser um bem”. (1)

Mas ao lado desse fator unificador dos esforços, o estagirita reconhece ainda que “cada família está governada monarquicamente pelo mais velho de seus membros, de maneira que as colônias da família foram também assim, por causa da realeza de seus membros. E é isto que pretende dizer Homero: e cada um deu lei aos filhos e a suas esposas”. (2)

Identifica-se assim o poder, assumido por um dos elementos do grupo, de decidir e guiar a atividade dos demais.

A figura do chefe aparece quando “a coesão social está suficientemente estabelecida” e quando se faz sentir sua necessidade “para assegurar a concordância dos esforços de que carece a vida coletiva”. (3) O poder que se exerce sobre os homens que constituem o grupo é “um fenômeno transitório”, (4) e se faz sentir mais fortemente em sociedades primitivas, diluindo-se à medida que se desenvolve o grupo.

Cada comunidade humana cria para si uma concepção dominante sobre o mundo, e a esta concepção, que dirige a vida dessa comunidade, se dá o nome de bem comum. “O bem comum, na lição de Georges Burdeau, é o bem da sociedade inteira, é a expressão daquilo que a co-

(1) Política, Liv. 1, Cap. 1.

(2) Política, Liv. 1, Cap. 1.

(3) Burdeau, G. *Traité de science politique*, tomo 1, 2.ª ed., Paris, 1886, pág. 460.

(4) *Id.*, *ibid.*, pág. 460.

munidade deseja. Abrangendo, ora para incluí-los, ora para apagá-los, os bens particulares ondulantes como a multidão, é o bem único do grupo que se unifica nele". (5)

O bem comum tem como consequência unificar as condutas dos componentes de uma comunidade, assumindo a força cogente de uma idéia de direito.

A idéia de direito é como que a concretização de uma ordem social idealizada.

O poder tem por missão impor à comunidade a conduta que lhe parecer mais adequada à realização da idéia de direito, após tê-la escolhido entre as várias idealizações possíveis.

O indivíduo é envolvido por um clima ideológico gerado nele por sentimentos e convicções em torno de um determinado ideal social, como ensina Burdeau, o que produz nele a sensação do que é justo ou injusto, lícito ou ilícito. É a idéia de direito. E o objetivo desta é "a determinação de um corpo de princípios capazes de ordenar a vida social. Mas o que é decisivo na formação da idéia de direito não é que ela tenda à constatação destes princípios, é a maneira pela qual esta constatação se impõe". (6)

Mas o poder, inicialmente individualizado na pessoa de um chefe, que se sobressaía entre seus pares por qualidades eminentemente pessoais, tende gradativamente a se despersonalizar. Como, entretanto, não pode ficar sem um titular, há necessidade de se lhe dar um suporte, através de um ato de institucionalização. "O poder é institucionalizado no sentido de que é transferido da pessoa dos governantes, cujas qualidades eram suficientes até então para justificá-lo, para a instituição estatal que se torna desde então seu único proprietário." (7)

Segundo o mesmo autor, o Estado é "o titular abstrato e permanente do poder de que os governantes não são senão agentes de exercício essencialmente passageiros". (8)

Dentre as concepções possíveis para explicar o Estado, Jellinek se apegava àquela que o configura como sujeito jurídico. (9) Mas, que é que distingue o Estado de todas essas outras entidades dotadas de poder? O que o distingue é justamente o poder próprio do Estado. O poder estatal, de acordo com Carré de Malberg, "reside juridicamente, não nos indivíduos, príncipe ou cidadãos, que o exercitam de fato, mas na própria pessoa do Estado". (10)

Essa posição faz surgir o debate sobre a prioridade entre Estado e direito. Não é questão de **lana caprina**, pois que da posição tomada defluem consequências de suma importância. A precedência do Estado em

(5) *Id.*, *Ibid.*, pág. 84.

(6) *Ob. cit.*, tomo I, pág. 197.

(7) *Ob. cit.*, tomo I, pág. 488.

(8) Burdeau, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, L.G.D.J., Paris, 6.^a ed., 1974, pág. 12.

(9) *L'Etat moderne et son droit*, ed. fr., pág. 271.

(10) *Teoría general del Estado*, Fondo de Cult. Econ., México, 1948, pág. 81.

relação ao direito é tese sumamente cara ao positivismo jurídico, de acordo com o qual o direito é posto pelo Estado. Há, entretanto, teses em sentido contrário. Reconhece Jean Dabin que “mesmo sem invocar o direito natural, cuja fonte está na natureza, há regras de direito que não têm o Estado por autor. Nada impede, desde logo, que o direito possa intervir no estágio de formação e para a criação do Estado. De fato, esta intervenção se produz não por meio de atos jurídicos . . . , mas muito simplesmente sob o aspecto do costume, que é geralmente reconhecido como fonte qualificada de direito positivo e de legitimidade jurídica, tanto no Estado quanto fora do Estado”. (11)

A questão nos interessa no presente estudo, mas sob um outro ângulo. O problema não se põe em termos de precedência. Admitimos de imediato que a positividade jurídica tem sua fonte no Estado. É dele que promana toda a ordem jurídica positiva. Mas na determinação, na concretização *hic et nunc* da idéia de direito, o Estado já está condicionado. Não há identidade, entretanto, nos dois tipos de relação: a relação que se estabeleça entre o Estado e um conjunto de idéias de direito trazido pelos costumes inveterados de um povo não tem a força vinculativa da relação que se estabeleça entre o Estado e o direito por ele constituído e garantido.

II — Poder Constituinte

A legitimação do poder vem sendo feita tradicionalmente com base em diversos fundamentos. Sanchez Agesta ensina que no mundo contemporâneo tais fundamentos se reduzem essencialmente a cinco:

- a) o fundamento monárquico do poder se vincula à majestade real como um símbolo de uma justiça superior;
- b) o fundamento democrático que reconhece como legítimo o poder daqueles que representam ao povo;
- c) o princípio nomocrático ou constitucional, segundo o qual o poder se legitima na definição jurídica de direitos ou competências de mando e deveres de obediência;
- d) o caudilhismo, ou cesarismo popular, que reconhece como fonte do poder a qualidade carismática de um chefe;
- e) o fundamento oligárquico do poder, que atribui a uma elite condições de mando como uma função intermediária na representação do povo.

Lembra Sanchez Agesta que esses fundamentos raramente se encontram isolados, aparecendo freqüentemente combinados entre si. (12)

A teoria da fundamentação democrática do poder veio ganhando foros oficiais e maior vigor a partir de Rousseau. No discurso sobre a origem da

(11) *L'Etat ou le politique*, Dalloz, Paris, 1957, págs. 210/211.

(12) Sanchez Agesta, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, Univers. de Madrid, Madrid, 1974, págs. 53/54.

desigualdade entre os homens, dizia ele que teria querido nascer sob um governo democrático, sabiamente temperado. "Eu teria querido viver e morrer livre, isto é, de tal forma submetido às leis que nem eu nem ninguém pudesse sacudir seu honorável jugo." (13)

A sua trilha é perfilhada por Sieyès, para quem "a nação existe antes de tudo, é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei. Antes e acima dela só existe o direito natural". (14) "Uma nação é independente de toda forma; e de qualquer maneira que se queira, basta que sua vontade apareça para que todo direito positivo cesse perante ela como perante a fonte e o dono supremo de todo o direito positivo". (15)

A nação governa por intermédio de representantes, que Sieyès classifica como ordinários e extraordinários, cuja influência se origina do número das cabeças que têm direito a se fazer representar, destruindo-se assim o antigo sistema de representação por ordens.

As primeiras Constituições, formadas sob a influência destas idéias, refletem a suma desse pensamento. A Constituição dos Estados Unidos da América diz no seu sucinto proêmio: "Nós, o povo dos Estados Unidos, pretendendo formar uma união mais perfeita. . . , decretamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América". A representatividade está consagrada na seção I do artigo I, e, se inicialmente tal representação se fez pelo voto censitário, os Aditamentos de nºs 14 e 15, aprovados, o primeiro em 1866 e o segundo em 1869, e ratificados respectivamente em 1868 e 1870, modificaram essa situação, reconhecendo a igualdade de direitos políticos de todos os cidadãos.

O art. 1º e seguintes do título III da Constituição francesa de 1791 declara a unidade, indivisibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade da Soberania. "Ela pertence à Nação; nenhuma seção do Povo, nenhum indivíduo, pode atribuir-se a si mesmo o seu exercício. A Nação, de quem somente emanam todos os poderes, não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são o Corpo Legislativo e o Rei".

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789 e que faz corpo com a primeira Constituição francesa, reconhece que o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Mas a vontade geral se exprime através dos representantes dessa mesma Nação, reunidos em Assembléia Nacional. Está assim reafirmada a titularidade do poder constituinte como pertencente à Nação, e é reconhecendo tal titularidade e é exercitando-a que "A Assembléia Nacional, querendo estabelecer a Constituição francesa sobre os princípios que acaba de reconhecer e de declarar, suprime irrevogavelmente as instituições que desrespeitavam a liberdade e a igualdade dos direitos" (Proêmio da Constituição francesa de 1791).

(13) *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, Editions Sociales, Paris, 1954, pág. 48.

(14) *¿ Qué es el tercer Estado?* Aguilar, Madrid, 1973, pág. 75.

(15) *Id.*, *ibid.*, pág. 81.

A Constituição brasileira de 25 de março de 1824 se alicerça também nestes princípios, em que pese à tradição absolutista do primeiro Imperador, quebrada aqui e acolá por rompantes juvenis de liberalismo. Aquela Constituição reconhecia, no seu art. 12, que "todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da Nação" e que, art. 11, "os representantes da Nação brasileira são o Imperador e a Assembléia-Geral".

O preâmbulo da Constituição argentina de 1853 segue também o mesmo princípio, ao declarar que "nós, os representantes do povo da Nação Argentina, reunidos em Congresso Geral Constituinte por vontade e eleição das províncias que a compõem, em cumprimento de pactos preexistentes. . . , ordenamos, decretamos e estabelecemos esta Constituição para a Nação Argentina".

Concretiza-se desta forma, positivamente, o reconhecimento de que a Nação é que é a detentora da titularidade do poder constituinte, e que exerce tal poder através de seus representantes, por ela eleitos.

III — Natureza do Poder Constituinte

O poder, como vimos, é originado da unidade da comunidade social, projetando-se sobre essa mesma sociedade como coordenador dos esforços e guia na consecução do bem comum, solidificado na idéia de direito.

Esse poder não se exerce nunca sem o suporte do direito, que com ele se entrelaça, norteando sempre a sua ação, segundo o princípio de complementaridade, a que se refere Miguel Reale, para quem "não há poder que se exerça sem a presença do direito", não se devendo concluir daí que "o poder deva ser puramente jurídico, tal como é entendido no "Estado de Direito". (16)

Fizemos referência linhas atrás à questão da juridicidade do poder que define as formas por que se há de governar uma sociedade. O positivismo jurídico, numa linha de pensamento comtiano, estaria preso a uma sistemática subordinação da imaginação, que o fundador da sociologia identifica com a metafísica, à observação. "As concepções políticas cessam de ser absolutas para se tornar constantemente relativas ao estado regularmente variável da civilização humana". (17) Mas tais concepções políticas estariam permanentemente limitadas por leis exatamente determinadas pela evolução social, à semelhança do que acontece no mundo físico. Assim, aquilo que o detentor do poder estabelecer, estará inevitavelmente de acordo com a estrutura e evolução da sociedade. Conseqüentemente, para essa teoria, só teria valor jurídico aquilo que fosse posto pelo detentor do poder. Wolfgang Friedmann cita definição de John Austin relativamente ao direito, como sendo "uma regra posta pelo soberano para governo de um ser inteligente por um ser inteligente que tem poder sobre

(16) Teoria do direito e do Estado, Martins Editora, São Paulo, 1970, pág. 110.

(17) Comte, A., Cours de philosophie positive, Schleicher Ed., Paris, 1908, IV tomo, 48.ª lição, pág. 164,

ele". (18) Logicamente só terá caráter jurídico a norma posta pelo detentor do poder.

À linha de pensamento kantiano, para quem é possível o conhecimento *a priori*, ou seja, "todo aquele que seja adquirido independentemente de qualquer experiência" (19), se vincula o pensamento kelseniano, para quem "a norma funciona como esquema de interpretação". Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (20)

Mas o ponto de chegada é comum a ambos: só é jurídico aquilo que é impregnado de positividade.

A doutrina positivista não admite a *juridicidade anterior ao Estado*. Conseqüentemente, o poder que escolhe a forma própria e conveniente para reger a vida e funcionamento de uma sociedade não teria senão a qualificação de um poder de fato puro e simples.

Igualar-se-iam, por sua identidade de simples fatos, tanto o poder constituinte que por primeiro estabelecesse as formas de regência de um grupo, quanto as revoluções, qualificando-se ambos como simples fatos, sem qualquer conteúdo jurídico. Para Burdeau tanto um quanto a outra são dotados de caráter jurídico. "O poder que uma revolução triunfante inscreve *repentinamente na história, aquele que se destaca da dispersão das autoridades parciais que assumem ainda no Estado em deliquescência algumas funções públicas e reúne em sua mão os meios de comando, este poder é um poder de fato no sentido de que nenhuma investidura legal precedeu sua ação. Mas não é, por outro lado, uma simples força material. Sabemos como ele procede de uma idéia de direito, de que sua vitória assinala a chegada. Ora, seu caráter essencial é de ser o instrumento de uma vontade constituinte. Constituir o Estado, isto é, estabelecer os fundamentos da ordem jurídica nova é sua razão de ser primeira. E é nesta tarefa que se traduz, preponderantemente, sua subordinação à idéia de direito*". (21)

Há que distinguir-se aqui entre legitimidade, como conformação de um ato aos ideais de direito vigorantes dentro de uma comunidade, e *legalidade, como observância de normas previamente estabelecidas e às quais se deve submeter a conduta dos indivíduos*. (22)

Assim, tanto a atuação do poder constituinte originário, quanto o ato revolucionário, considerados como simples fatos, anteriores a qualquer juridicidade, seriam submetidos ao beneplácito do único soberano, o povo, que legitimaria a presunção insita naqueles fatos de iniciadores de uma concreção da idéia de direito.

(18) *Théorie générale du droit*, L.G.D.J., Paris, 1965, pág. 211.

(19) *Crítica da razão pura*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 145.

(20) *Teoria pura do direito*, Arménio Amado, editor, Coimbra, 1974, pág. 20.

(21) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, pág. 216.

(22) Cfr. Ferreira Filho, M. Gonçalves, *Direito constitucional comparado: poder constituinte*, J. Buhatsky, São Paulo, 1974, págs. 58/60.

Para Burdeau não há, assim, qualquer solução de continuidade jurídica. "O poder constituinte originário da Nação, poder jurídico, é exercido pelo poder revolucionário que dele usa para oficializar a idéia de direito nova, e o governo de fato, pelo estabelecimento de uma Constituição formal, restabelece a concordância entre o direito e a legalidade". (23)

Aceitamos plenamente considerar-se o poder constituinte como um poder vinculado previamente a uma idéia de direito, que, por virtude desse mesmo poder, vai assumir características de positividade. Tal poder não é ontologicamente jurídico nem participa nesta qualidade da juridicidade, mas quanto à sua **atividade** e quanto à sua **finalidade** não se pode negar sua íntima inserção no fenômeno jurídico.

O poder constituinte é um poder inicial, autônomo e incondicionado.

É inicial porque não existe acima dele qualquer outro poder, de fato ou de direito. É ele a encarnação do poder supremo, a concretização da vontade geral. Reveste-se de soberania para selecionar dentro de uma ordem fática preexistente os elementos que, por sua continuidade e íntima impregnação na conduta dos membros da comunidade, adquirem o valor de idéia de direito. Nenhum poder lhe é superior na orientação dessa escolha, sendo ele também absolutamente livre na atribuição de juridicidade a tais elementos.

Sua autonomia lhe advém da liberdade e da independência, relativamente a qualquer outro poder, na fixação e atribuição de juridicidade aos fatos da vida relacional da comunidade.

O incondicionamento deriva da sua não-subordinação a qualquer regra material ou formal.

Carl Schmitt entende que o poder constituinte seja unitário, com o que não concordam Linares Quintana e Sanchez Viamonte, pois para estes "o ato constituinte é múltiplo e a vontade constituinte é vária; não é indivisível, porque se pode classificar ou separar hierarquicamente nos Estados federais, distinguindo entre o poder constituinte nacional e o poder constituinte local e subordinado dos Estados-membros". (24)

Entendemos que o poder constituinte como tal é unitário e indivisível, pertencendo a todo o povo de uma nação indivisivelmente. O ato constituinte é que se fraciona, identificando-se com peculiaridades nacionais ou locais, em se tratando de Estado federal.

IV — Poder Constituinte Originário e Derivado

Uma característica fundamental do poder constituinte é a sua permanência. Sua existência acompanha **pari passu** a da nação da qual deflui. Não existe nação sem poder de se autodeterminar. Toda nação tem perante

(23) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 219.

(24) Sanchez Viamonte, C., apud Linares Quintana, S. V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1963, tomo II, pág. 123.

si mesma uma gama variada de possibilidades existenciais, cabendo-lhe a escolha da que melhor lhe aprouver, da que melhor se ajuste às suas características essenciais. Ora, tal possibilidade, tal poder é inerente à existência da nação, acompanhando-a sempre.

O poder constituinte persiste vivo e atuante. Sua vitalidade não se esgota no ato que deu origem à constituição.

Mas nesta sobrevivência, ou, melhor dizendo, nesta vida contínua, acompanhando a contínua vida da nação, pode tal poder assumir feições diferentes. Daí se distinguir de sua atuação originária por determinados elementos condicionantes que mais adiante analisaremos pormenorizadamente.

O poder constituinte pode apresentar uma outra face de sua atuação. Se, quando dá origem à Constituição, é ele inicial, autônomo e incondicionado, como vimos acima, continua, após elaborada a Constituição, a se manifestar derivada, subordinada e condicionadamente. Esta sua nova forma de apresentação, se é secundária cronologicamente, iguala-se em importância à sua manifestação original.

Importa notar ainda que a manifestação do poder constituinte, de forma derivada, subordinada e condicionada, não impede que venha ele a se manifestar outra vez originariamente, criando uma nova ordem jurídica.

Não é possível, como diz Burdeau, "admitir que o poder originário se esgote na primeira ocasião em que ele use de suas prerrogativas; e, por conseguinte, já que nenhuma Constituição poderia ter pretensões de ser eterna, este poder subsiste. Mas subsiste com a espontaneidade e a independência que tem originariamente, ou, ao contrário, pelo próprio fato de já existir uma Constituição, se acha, suscitado no seio da organização estatal, captado pelos poderes constituídos, disciplinado por procedimentos?" (25)

Para este autor seria absurdo pretender que a nação, que é titular do poder constituinte e absolutamente soberana, viesse a estar vinculada pelo poder constituinte de revisão ou derivado. Por isso, conclui ele que o poder constituinte originário permanece vivo e pronto a operar, ao lado do poder constituinte derivado.

Idêntico é o ponto de vista de Carl Schmitt, para quem "assim como uma disposição orgânica não esgota o poder organizador que contém autoridade e poder de organização, assim também não pode a emissão de uma Constituição esgotar, absorver e consumir o poder constituinte. Uma vez exercido, nem por isso se encontra acabado e desaparecido o poder constituinte. A decisão política implicada na Constituição não pode vir a obrar contra seu sujeito, nem destruir sua existência política." (26)

Inter-relacionados, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, ou de revisão, apresentam ainda um aspecto que releva notar.

(25) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 207/208.

(26) *Teoría de la constitución*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, (1927), pág. 88.

O poder constituinte originário tem por missão fazer “uma repartição suprema — a repartição constituinte —, enquanto é o mandamento geral superior. Nessa repartição total no singular — há numerosas repartições — no plural. Ao conjunto dessas repartições denominamos “a repartição” da Constituição. . . A repartição da Constituição — adjudicando potência e impotência — é efetuada por um repartidor que é o autor da CONSTITUIÇÃO: O CONSTITUINTE. Essa repartição supõe um mandamento; algo que se manda como devido. Quando se manda alguma coisa, o mandado implica um DEVER SER REAL, um dever ser QUE É, e que é “porque se manda que “deve ser” tal qual se manda. Isso que se manda necessita ser OBEDECIDO para que a repartição seja completa; se não é obedecida, a repartição fracassa. . . . Por isso, a repartição da Constituição requer ulteriores repartições — repartições constitucionais — que se efetivem a seu modo. . . . O que quer dizer que a repartição da Constituição não se basta a si mesma, porque ao fazer necessária a OBEDIÊNCIA, torna necessárias simultaneamente repartições subseqüentes e subordinadas que, escalonando-se hierarquicamente, lhe vão dando cumprimento e aplicação. . .” (27)

É pois necessário distinguir entre poder constituinte originário, poder constituinte derivado e poderes constituídos.

O poder constituinte derivado participa da mesma natureza do poder constituinte originário, podendo criar, parcial ou totalmente, o que analisaremos mais adiante, parte ou toda a ordem jurídica. Já o poder constituído, embora possa criar normas com características de novidade, cria-as dentro de uma ordem jurídica previamente estabelecida pelo poder constituinte.

Enquanto, entretanto, o poder constituinte originário, embora vinculado ao direito, como vimos, não se subordina a um direito positivo, o poder constituinte derivado vincula-se a normas prévias de direito positivo.

O derivado conserva intrinsecamente a natureza constituinte, como nos afirma Linares Quintana, que discorda da doutrina que sustenta “que a faculdade de emendar a lei fundamental não importa o exercício do poder constituinte e sim, tão-somente, de um poder legislativo extraordinário, porquanto, em nosso modo de ver, a obra do poder constituinte só pode ser validamente modificada pelo mesmo poder constituinte e não por outro de menor hierarquia jurídica do que ele”. (28)

O poder constituinte originário é vontade política, em sentido amplo, e jurídica, também em sentido amplo; ao passo que o poder constituinte derivado é vontade política, ainda aqui em sentido amplo, posto que já condicionado por uma ordem jurídica, e vontade, em sentido restrito e específico de direito positivo.

Vê-se assim no poder constituinte derivado uma natureza de dupla participação. Vincula-se a um poder criador de ordem jurídica, do mesmo

(27) Bidart Campos, G. J., *Filosofia del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, págs. 61/62.

(28) *Tratado de ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1963, tomo II, pág. 130.

tempo que se assemelha a um poder instituído. "Todos os debates provocados pela determinação do titular do poder constituinte originário desaparecem quando se trate do poder instituído. Para saber a quem ele pertence, basta dirigir-se à Constituição. É ela que prevê a autoridade a quem incumbirá eventualmente o direito de modificar: qualificada pela Constituição, esta autoridade é, portanto, um órgão do Estado". "Enquanto órgão, a autoridade investida da competência revisionista se acha juridicamente sobre o mesmo plano que os outros órgãos do Estado, é incontestável. É importante notar que, politicamente, a natureza de sua função lhe assegura uma preponderância notável. Todas as autoridades, no Estado, dependem dela, pois, tanto no que se refere à sua existência quanto no que se relaciona com a extensão de suas atribuições ou com a energia de suas prerrogativas, elas estão à mercê de uma revisão constitucional". (29)

Permitimo-nos uma observação a respeito dessa opinião de Burdeau, e é a de que o poder constituinte derivado ou revisional só teria semelhança, e isto nem sempre, como veremos, com os órgãos instituídos, quando houvesse identidade entre os órgãos que promovem a reforma da Constituição e os que exercem o poder legiferante normal. Quanto ao ato em si, a diferença é substancial.

O poder constituinte originário ou derivado pode apresentar uma forma secundária de manifestação. Trata-se do chamado **poder constituinte decorrente**, de que é titular o Estado-membro de uma federação, no uso de sua autonomia constitucional. (30)

A esse poder fazem referência o art. VI, alínea 2, da Constituição dos Estados Unidos da América, o art. 5º da Constituição suíça, o art. 5º da Constituição argentina e os artigos 13 e 200 da Constituição brasileira.

O art. 200 da atual Constituição brasileira manifesta a natureza secundária, subordinada e condicionada do poder constituinte decorrente.

Bidart Campos faz ainda referência a dois outros aspectos da multi-forme apresentação do Poder Constituinte. A um deles denomina de poder constituinte aberto, referindo-se a "processos constituintes em evolução, nos quais não é fácil perceber o exercício do poder constituinte em um ato único, que encerre e esgote aquele exercício. ... É evidente que quando um Estado surge, surge já constituído de alguma maneira, ou seja, com uma Constituição — escrita ou não. Mas o que ocorre é que o poder constituinte que em ato originário o constitui e organiza pode ficar aberto através de um processo, com exercício constante ou intermitente durante a etapa iniciada no momento de criar-se o Estado. Tal afirmação importa admitir que já desde esse momento o Estado de que se trata está constituído ou tem Constituição, porém sua Constituição permanece à disposição do poder constituinte para completar-se, aperfeiçoar-se ou inclusive modificar-se". (31) Exemplifica o autor a hipótese com a formação da Cons-

(29) Burdeau, G., *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 234/235.

(30) Russomano, Rosah, *Curso de direito constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1970, pág. 38.

(31) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, págs. 181/182.

tituição argentina, originada em 1853, mas que só veio a se constituir definitivamente em 1860 com o ingresso da província de Buenos Aires no Estado federal. Não considera ele a chamada reforma constitucional de 1860 como produto do poder constituinte derivado, mas sim do originário.

O segundo aspecto a que se refere Bidart Campos é o por ele chamado poder constituinte material. Refere-se ele "ao caso de normas e de repartições que, SURGINDO DO PODER CONSTITUÍDO do Estado, têm conteúdo constitucional, isto é, integram a Constituição material. . . . Essas leis são ordinárias ou comuns por sua origem e sua forma de sanção, mas são constitucionais por sua matéria ou conteúdo". (31)

O primeiro aspecto se reduz, a nosso ver, ao princípio da permanência do poder constituinte, apontado por Carl Schmitt, como mencionamos atrás. Não se constitui, portanto, realmente, em novidade.

O segundo aspecto coincide com o conceito de Constituição material, em oposição a Constituição formal, de que falaremos adiante.

V — Poder Constituinte — Limites

Ao falarmos em limites, há que distinguir-se entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

Não há dúvidas quanto à existência de limites incidentes sobre a atuação do poder constituinte derivado. Mas a questão será examinada mais detalhadamente na parte final deste trabalho.

Com relação ao poder constituinte originário, a questão se resolverá na dependência da tomada de posição quanto ao conceito de **direito**. Uma posição extremadamente positiva, para a qual quem põe o direito é a autoridade, aquele que exerce poder sobre o grupo formador do Estado aceitará amplamente a total e absoluta desvinculação do poder constituinte de qualquer forma anterior de direito. Este só existe com e após a atuação do **poder** que constitui a ordem jurídica. O poder constituinte não se vincula a nenhuma exigência, é absolutamente ilimitado.

Os que não comungam com esta tese aceitarão a existência de **pre-supostos** a que se liguem as disposições normativas estabelecidas pelo poder constituinte. Este atuará, portanto, limitado.

Não se pode, contudo, responder secamente pelo **sim** ou pelo **não** a essa questão, naturalmente complexa. Existem aspectos díspares sob os quais se pode ver a mesma matéria.

O poder constituinte, visto como forma de atuação da liberdade de um povo, considerado assim abstratamente, independentemente das circunstâncias concretas de sua atuação, está acima do simples ato de constituição da ordem jurídica. Assim como a liberdade individual não se manietta definitiva e irrestritamente pela eleição de uma forma de vida, assim também "o poder constituinte não se esgota numa Constituição. O poder constituinte originário, portanto, subsiste após a edição da Cons-

tuição, e subsiste como expressão da liberdade humana. Subsiste, portanto, fora da Constituição, não dentro da Constituição". (32)

Linares Quintana aceita a tese da ilimitação do poder constituinte originário, uma vez que o povo tem amplo e irrestrito poder para adotar a forma de organização política que queira e para alterá-la quando julgue bem. Mas reconhece a existência de valores naturais e absolutos acima da ordem jurídico-positiva, e que vinculam a atuação do poder constituinte, com força quiçá mais exigente e mais condicionante, diríamos nós, do que a do próprio direito positivo. (33)

Aceita este autor a existência de três ordens de limitações do poder constituinte, ou seja, limitações heterônomas, autônomas e absolutas.

As autônomas são jurídicas e de ordem interna estabelecendo formas de vinculação da revisão constitucional, e são as que estudaremos adiante.

As heterônomas são também jurídicas, mas de origens diferentes. Ou provêm do direito estatal, interessando aos casos de federações, vinculando as disposições dos Estados-membros em suas Constituições. Seria o caso de estudar se o poder constituinte do Estado-membro seria originário ou decorrente. Como segunda hipótese, considera o autor as limitações provenientes do direito internacional manifestas em tratados.

As limitações absolutas são as que não se restringem ao jurídico, pois o ultrapassam. (34)

A limitação proveniente de fontes internacionais encontra exemplo na Constituição italiana, art. 10º: "O ordenamento jurídico italiano conforma-se às normas de direito internacional geralmente reconhecidas".

A Constituição argentina segue a mesma linha: "Esta Constituição, as leis da Nação que em consequência forem ditadas pelo Congresso e os tratados com as potências estrangeiras, são a lei suprema da Nação..." (art. 31 da Constituição argentina de 1853).

A Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, no art. 8º, tem disposição idêntica: "As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português".

Isto não implica limitação ou supressão da soberania do Estado que adote tal posição, pois, como diz Carl Schmitt, "quando, por virtude de obrigação internacional (e com mais razão quando tal atitude parte exclusivamente de decisão do Estado que se constitui), se aceita nas leis constitucionais de um país o conteúdo de CERTAS estipulações internacionais, isto não requer uma supressão nem sequer diminuição da independência política do Estado que assegura assim obrigações internacionais mediante a forma jurídico-política das leis constitucionais. Pode tratar-se de

(32) Ferrelra Filho, M. Gonçalves, *Direito constitucional comparado: o poder constituinte*, J. Bushatsky, São Paulo, 1974, pág. 68.

(33) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, tomo II, págs. 134/135.

(34) Linares Quintana, S. V., *ob. cit.*, pág. 137.

um método técnico-jurídico de defesa contra reformas praticadas em vias legislativas ordinárias. A diferença de Constituição em sentido positivo e determinações legal-constitucionais se faz aqui singularmente clara. O conteúdo daquelas estipulações jurídico-internacionais é protegido no direito interno pelo procedimento especial de revisão. A forma de lei constitucional serve para esta finalidade. Mas tais determinações não são atos do poder constituinte de um povo. Não imprimem a soberania de um Estado; só empregam — no interesse de um dever jurídico-internacional — o conceito relativizado de lei constitucional, como um meio técnico-formal para conseguir uma validade reforçada dentro do Estado. . .” (35)

Não podemos finalizar este tópico sem mencionar dois outros tipos de limitação do poder constituinte originário. Mereceriam um tratado, pela sua amplitude.

O poder constituinte originário deve guiar-se por critérios que se extravasam do campo exclusivamente jurídico. Um desses critérios é o que se manifesta no valor JUSTIÇA. “O poder constituinte originário, como ensina Bidart Campos, não pode transgredir os princípios elementares de justiça; eis um limite não positivo de caráter negativo. O poder constituinte originário deve realizar o valor justiça na medida em que critérios de justiça são conhecidos e susceptíveis de realização: eis um limite não positivo de caráter afirmativo. O dever-ser ideal próprio do valor dá lugar a um dever-ser atual, quando o valor não está realizado, e a um dever-atuar quando é possível realizá-lo. . .” (36)

O segundo tipo de limitação, a que nos referimos acima, é o da **estrutura social subjacente**, ou o da **Constituição material**, pois que o poder constituinte originário tem que mirar-se no **modo de ser** e no **modo de viver** da comunidade para a qual constitui uma ordem jurídica. É condição *sine qua non* para que a Constituição venha a ter eficácia.

A CONSTITUIÇÃO

I — Acepção de Constituição

Sieyès procura explicar-nos o que seja a Constituição política de uma sociedade, examinando suas relações com a própria nação. Para ele “é impossível criar um corpo para um fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para fazê-lo cumprir as funções a que se quis destiná-lo. Isso é o que se chama Constituição desse corpo. É evidente que ele não pode existir sem ela”. (37)

Embora tenha sido esse o seu ensinamento, a prática constitucional dos primeiros tempos da Revolução Francesa não o assimilou. Talvez imitando Montesquieu, que distinguia três formas de governo: o despotismo, o absolutismo e o regime constitucional, como observa Burdeau,

(35) *Teoría de la constitución*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, (1927), pág. 85.

(36) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, pág. 174.

(37) *¿ Qué es el tercer Estado?* Agullar, 1973, pág. 73.

"tomou-se o hábito de considerar que a existência de uma Constituição estava subordinada ao conteúdo que lhe fosse dado". (38) Só teria Constituição aquele Estado onde houvesse separação de poderes. Rezava, conseqüentemente, o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição."

É verdade que Sieyès reconhecia que, a par da necessidade de organizar, a nação tinha também interesse em impedir que o poder público delegado pudesse vir a prejudicar aos próprios membros da nação. Daí a conveniência por ele apontada de precauções políticas. Para ele tal estrutura é inerente a todo corpo que se organiza.

A palavra Constituição não é um termo unívoco. É necessário distinguir nele as várias realidades que aponta. Assim é que Biscaretti di Ruffia vê aí um sentido institucional, um sentido substancial e um instrumental.

Em sentido institucional, que aponta para a conformação da sociedade política, "Constituição significa **status**, ordem, conformação, estrutura essencial de um ser ou de um organismo em geral..." (39)

O sentido substancial aponta primordialmente para o conteúdo normativo e se define como "todo aquele complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não escritas, capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento". (40)

Em sentido instrumental a Constituição se conceitua como "o ato fundamental no qual foram formuladas solenemente a grande maioria das normas materialmente constitucionais". (41)

A Constituição, em seu sentido substancial, como complexo de normas jurídicas fundamentais, se denomina por isso mesmo lei fundamental, pelo fato de nela estarem exarados os pressupostos legais básicos para a organização estatal. Ao falar-se em lei fundamental, significa-se uma pluralidade de conceitos, conforme nos ensina Carl Schmitt. Lei fundamental traz consigo a idéia de uma **norma absolutamente inviolável**, que não pode ser reformada, ou de **norma relativamente invulnerável**, que somente sob certas condições pode ser modificada, ou de **princípio particular próprio da organização estatal**, ou o de **último princípio unitário da unidade política e do ordenamento de conjunto** (este, para ele, o conceito absoluto de Constituição), ou de **norma última na escala hierárquica** de um sistema de imputações normativas, ou mesmo a regulamentação orgânica de competência e procedimento para as atividades estatais de relevância política, ou toda limitação normativa das faculdades ou atividades estatais e, por último, a Constituição em sentido positivo, referindo-se ao documento de conteúdo normativo decorrente de uma decisão política. (42)

(38) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 16.

(39) *Derecho constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1973, pág. 148.

(40) *Id.*, *Ibid.*, pág. 148.

(41) *Id.*, *Ibid.*, pág. 150

(42) *Teoría de la constitución*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, (1927), págs. 47/48.

Essa enumeração de acepções sob as quais se pode usar o nome Constituição revela múltiplos aspectos, todos eles condizentes com a realidade e reveladores, cada um deles, de aspectos relevantes desta mesma realidade.

II — Definição

O conceito restrito de Constituição somente poderá ser obtido através de uma análise de sua multiforme evolução no decorrer dos séculos, para dessas variadas formas abstrairmos seus elementos essenciais. O constitucionalismo, na sua história, nada mais é do que o esforço do ser humano para organizar e limitar o poder a que se sujeitava, como bem demonstra Karl Loewenstein. (43) O homem procurou coarctar o exercício dos poderes dos governantes de tal forma que os direitos dos governados fossem salvaguardados. Para isso, chegou à conclusão de que deveria fracionar o poder, atribuindo parcelas do seu exercício a órgãos independentes e ao mesmo tempo vinculados. A cada órgão foi atribuída competência específica, em cujo exercício era controlado pelos outros órgãos. O indivíduo foi envolto numa capa protetora quer dos seus direitos como indivíduo, quer como participante da sociedade política. A este conjunto de instituições protetoras Karl Loewenstein chama de **Constituição Ontológica**, equivalente à Constituição material.

É importante notar que tal conjunto de ordenamentos não surgiu pronto e codificado. Foi produto de ensaios e tentativas, coroados muitas vezes de sucessos, outras vezes resultando em fracassos. A Magna Carta, a revolução inglesa de 1688, a independência americana e a revolução francesa foram os grandes momentos que condensaram e concretizaram os pontos positivos já alcançados na trajetória constitucionalizante. E dessa história surgiram os pontos considerados fundamentais numa Constituição:

— Em primeiro lugar a individualização e diferenciação das tarefas próprias do Estado. A seguir se faz uma distribuição destas mesmas tarefas a órgãos específicos. Cada órgão tem assim sua função própria. É a separação de poderes.

— Em segundo lugar se procede à armação de um mecanismo que visa impedir que um órgão se assenhoreie de funções de outro ou faça com que sua própria função prepondere sobre as demais dominando-as. Procura-se ao mesmo tempo uma cooperação entre eles.

— Estabelece-se um mecanismo que visa impedir que o poder que tem como titular o povo, passe para as mãos de um qualquer dentre os órgãos, com exclusão dos demais.

— Providencia-se um método de reforma da própria Constituição para impedir o recurso à ilegalidade.

— Introduce-se finalmente o reconhecimento do valor do ser humano, tecendo em seu redor uma aura protetora da autodeterminação individual.

(43) *Teoría de la constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, págs. 150/151.

A isto se reduz o conteúdo material de uma Constituição, conforme lição de Loewenstein. Antes de defini-la, temos já o levantamento do que é o seu conteúdo, a matéria de que se constitui normalmente.

Mas quanto a essa matéria há que fazer uma observação. Não se insere no corpo constitucional toda e qualquer matéria com identidade de peso e importância. Há matérias que são intrínseca e outras que são extrinsecamente constitucionais. É seguindo esta distinção que Carl Schmitt distingue **Constituição de lei constitucional**. Segundo ele, deve-se "limitar a palavra **Constituição** à Constituição do ESTADO, isto é, da unidade política do povo. Nesta delimitação pode-se designar ao Estado mesmo, ao Estado particular e concreto como unidade política, ou seja, considerado como uma forma especial e concreta da existência estatal; significa então a **situação total da unidade e ordenamento políticos**. Mas **Constituição** pode significar também um sistema fechado de normas, e então designa uma unidade, sim, mas não uma unidade existente concretamente, mas pensada, IDEAL. Em ambos os casos o conceito de Constituição é ABSOLUTO, porque oferece um todo (verdadeiro ou pensado). Além disso, *domina hoje uma fórmula segundo a qual se entende por Constituição uma série de leis de certo tipo. Constituição e lei constitucional receberão assim o mesmo tratamento. Cada lei constitucional pode surgir como Constituição. Conseqüentemente, o conceito se torna RELATIVO; já não afeta a um todo, a um ordenamento e a uma unidade, mas a algumas, várias ou muitas prescrições legais de certo tipo*". (44)

A Constituição da Tchecoslováquia e as leis constitucionais subsequentes nos dão um exemplo dessa distinção. A Constituição se limitou a fixar os princípios socialistas do sistema social e do regime político da Tchecoslováquia. Tais princípios são o caráter de classe da República Socialista Tcheca, que é um Estado socialista dos operários, dos camponeses e dos intelectuais; atribuição da direção à classe operária e ao partido comunista; inclusão da República Socialista Tcheca no sistema socialista mundial; fixação das bases econômicas sobre a propriedade socialista dos bens comuns (Cfr. arts. 1º a 8º da Constituição da Tchecoslováquia, de 11 de julho de 1960).

As leis constitucionais centram-se sobre determinados aspectos já estabelecidos pela Constituição. Assim, a Lei Constitucional nº 143, de 27 de outubro de 1968, se preocupa com o estabelecimento das relações entre os dois povos que formam a Federação Tchecoslovaca, declarando no seu artigo primeiro que "a República Socialista Tchecoslovaca é um Estado federal de dois povos-irmãos iguais em direitos, os tchecos e os eslovacos", e o artigo segundo, também na primeira alínea, declara: "A República Socialista Tchecoslovaca, a República Socialista Tcheca e a República Socialista Eslovaca são fundadas sobre os princípios da democracia socialista. Nas questões de princípio seu sistema político é idêntico."

Outra lei constitucional, também de 27 de outubro de 1968, se refere ao "Estatuto das Nacionalidades na República Socialista Tchecoslovaca".

(44) Teoría de la constitución, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, (1927), pág. 3.

Outras leis constitucionais poderíamos enumerar para exemplificar a distinção estabelecida por Schmitt.

Distingue este autor Constituição em sentido absoluto e em sentido relativo, como vimos, e, mais adiante, na mesma obra, fala ainda em sentido positivo da Constituição. Não são três entidades, mas sim três momentos da mesma entidade.

A Constituição em sentido absoluto significa a concreta maneira de ser, diríamos, quem sabe melhor, reflete o seu momento ontológico, na linguagem de Loewenstein. Reflete a unidade política e o ordenamento social de um Estado, que adquirem concretidade e se constituem. É uma maneira especial de ordenamento político e social. A Constituição significa aqui "o **princípio** (grifamos) do devir dinâmico da unidade política, do fenômeno da continuamente renovada FORMAÇÃO desta unidade a partir de uma FORÇA e ENERGIA subjacente ou operante na base". Mas "Constituição em sentido absoluto pode significar uma REGULAÇÃO LEGAL FUNDAMENTAL, isto é, um SISTEMA DE NORMAS supremas e últimas (Constituição = NORMA DE NORMAS)". (45)

O conceito relativo de Constituição se traduz como um epifenômeno, e por conseguinte, como uma manifestação exterior e formal. "Constituição em sentido relativo significa, pois, a lei constitucional em particular. Toda distinção objetiva e de conteúdo se perde como consequência da dissolução da Constituição única em uma pluralidade de leis constitucionais distintas, formalmente iguais. Para este conceito **formal** é indiferente que a lei constitucional regule a organização da vontade estatal ou tenha qualquer outro conteúdo". (46) A Constituição aparece assim como documento escrito, revestido de certas formalidades, dentre as quais se destaca um conjunto de normas tendentes a assegurar a fixidez do texto constitucional, estabelecendo exigências de caráter vário para sua reforma, como veremos.

O terceiro momento, o sentido positivo da Constituição, focaliza o ato pelo qual surge uma Constituição ou lei constitucional. É o momento de DECISÃO, aquele que seleciona dentro da sociedade elementos condicionantes e lhes dá forma constitucional, ou originariamente, e então temos o ato do poder constituinte originário, ou derivadamente, por obra do poder constituinte derivado. A Constituição se justifica por si mesma, ao passo que as leis constitucionais pressupõem a Constituição, e aqui está, neste terceiro momento, um elemento da distinção preconizada por Schmitt entre Constituição e leis constitucionais.

Temos assim o levantamento completo dos elementos integrantes do conceito de Constituição. Ao elemento **institucional** se acrescenta o **jurídico**. Ao poder de fato se alia o poder de direito. A uma idéia de direito se soma sua concretização pelos laços limitadores da atuação do poder, quer entre seus diversos órgãos, quer em relação aos indivíduos, aos quais se asseguram direitos quer como indivíduos somente

(45) Carl Schmitt, ob. cit., págs. 4/8.

(46) Id., *ibid.*, pág. 13.

quer como participantes da ordem política. A materialidade, ao elemento ontológico, se opõe o elemento formal da Constituição. Somente após entender-se essa bipolaridade dialética existente em toda Constituição, é que poderemos entender uma definição como a que nos dá Burdeau: "A Constituição é a regra pela qual o soberano legitima o poder, aderindo à idéia de direito que ele representa, e determina por via de consequência as condições de seu exercício." (47)

II — Função da Constituição

A Constituição não é um fim em si mesma. Tem uma função a realizar, e é essa função que justifica a sua existência. Destina-se a assegurar a liberdade política, a liberdade individual, a igualdade entre os poderes.

Embora, quanto à origem, o ato de organização da sociedade seja um ato político, ocorre a superveniência do ordenamento, que é de natureza jurídica. Sua função é a de garantir "a subordinação a suas disposições de todos os atos emanados dos poderes constituídos que formam o governo ordinário". (48) Cabe-lhe **ordenar**, sob o ponto de vista jurídico, toda uma manifestação existencial fluente e mutável, em contínua destruição e simultânea criação de direito.

A essa função ordenadora se alia uma outra, de direção política, que nada mais é do que um aspecto da primeira. Se esta se apresenta como juridicização de matéria amorfa, do ponto de vista do direito, atribuindo-lhe esta qualidade, a função de direção política se apresenta como valor de **impulso**. "É uma função que indica a estrada às leis, propondo-as, retardando-lhes o curso, favorecendo ou opondo-se a alguma categoria delas; mas indica o caminho a toda a atividade administrativa que, por um lado, se dirige, também ela, a atuar a Constituição e as leis já existentes, mas, por outro lado, se dirige igualmente à criação de uma normação, abstrata e singular, que preenche o vazio deixado pelas leis e que equacionam ao caso concreto as normas ditadas para a generalidade". (49)

Luis Sanchez Agesta assinala a função que tem a Constituição de dar respostas adequadas a toda uma série de exigências exteriorizadas pela sociedade para a organização política. (50)

Assim, a Constituição é um reflexo da situação política atual, dos temas que chamam a atenção, das opiniões majoritárias num determinado momento histórico de um povo. Burdeau alerta para o fato de que as Constituições são **quadros** que englobam as instituições de uma época, sem conseguir fugir a um dogmatismo programático, pelo qual mer-

(47) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 45.

(48) Sanchez Viamonte, C., *El constitucionalismo — sus problemas*, Ed. Bibliogr. Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 15.

(49) Barile, P., *Corso di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1964, pág. 157.

(50) *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, 1974, pág. 52.

gulham sua proa no futuro planejado de acordo com as condições atuais da sociedade para a qual se elaboram. (51)

A Constituição tem, portanto, por função ser “fundamento jurídico da ordem e do poder, transformando-os em ordem e poder JURIDICOS”. (52)

Cabe-lhe ainda regular “os processos que se desenvolvem entre a estrutura social e a organização política propriamente dita” (53), traduzindo-se em uma organização do poder e em normas de convivência, estabelecendo o quadro da ordem social, discriminando direitos e deveres dos cidadãos, sua forma de participação na ação do poder público e, finalmente, regulamentando instituições da ordem social.

Releva notar, por último, a função definidora do regime. A Constituição cabe decidir-se pelo regime a vigorar dentro de uma comunidade politicamente organizada, escolhendo entre um regime liberal, um regime de bem-estar social, um regime totalitário ou um regime pluralista ou corporativo. Mas aqui é bom lembrar a observação de Loewenstein, para quem “já não pode ser mantida a concepção da Revolução americana e francesa, segundo a qual a criação de uma Constituição escrita é, de uma vez por todas, símbolo e realização do autogoverno de uma comunidade. Em nossos dias, a Constituição escrita se converteu freqüentemente em escudo para o exercício de um poder nu. Uma Constituição formal não faz absolutamente a um Estado, salvo em sua mais estrita significação literal, um autêntico Estado constitucional”. (54)

III — Fontes

O costume, como reiteração de atos julgados em consonância com uma idéia de direito, é a fonte primordial da Constituição. Tais atos se repetem, com crença de obrigatoriedade, porque o povo, num esforço de interpretação do que seja o direito, os reconheceu como emanados e em conformidade com a natureza dos indivíduos que faziam parte da sociedade.

Tais atos foram **racionalizados**, ou seja, estabeleceu-se uma relação de conformidade entre eles e um padrão geralmente aceito, e depois se lhes deu **publicidade**, isto é, receberam a sanção da opinião pública que lhes consagrou a obrigatoriedade. (55)

Há que ressaltar o papel instrumental exercido pelo poder constituinte, quer originário, quer derivado, que formalmente deve ser tido como fonte da Constituição, pois que lhe cabe a missão de, feita a identi-

(51) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 267.

(52) Sanchez Agesta, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, Univers. de Madrid, Madrid, 1974, pág. 48.

(53) *Id.*, *ibid.*, pág. 41.

(54) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 161.

(55) *Cfr. Sanchez Agesta, L., Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, Madrid, 1974, pág. 49.

ficação dos elementos configuráveis na decisão política, dar-lhes positividade.

Lembra ainda Sanchez Agesta a possibilidade de o **pacto** vir a ser fonte do direito constitucional, quando se trate de "entidades federais ou supranacionais, que se constituam sobre entidades preexistentes e que estabelecem um acordo (em forma de Constituição) sobre a forma em que se há de organizar a cooperação e divisão de competência da união". (56)

A jurisprudência, principalmente quando se admite o controle de constitucionalidade das leis pelos órgãos jurisdicionais, deve também ser tida como fonte, embora secundária, do direito constitucional.

Quanto ao costume, note-se que seu papel é predominante em se tratando de Constituições que desconhecem a rigidez constitucional, como é o caso da Inglaterra, onde do costume surge diretamente a regra.

Tal não sucede nos países que conhecem o sistema de rigidez constitucional. A supremacia formal das Constituições suplanta então o seu conteúdo, de tal forma que a vontade expressa com clareza e precisão pelo documento constitucional elimina a expressão da vontade, às vezes real e concreta, mas difusa do costume.

IV — Supremacia da Constituição

A Constituição situa-se no topo da escala normativa, sendo por essência a lei suprema do Estado, quer se trate de Constituição costumeira, quer de Constituição escrita.

Advém-lhe tal superioridade pelo fato de ser ela que concretiza a idéia de direito vigorante dentro de um determinado grupo. Tal concretização se constitui em fundamento e condicionamento de toda a ordem jurídica, de forma que qualquer manifestação normativa terá que cingir-se aos parâmetros predispostos pela Constituição. Sua supremacia se caracteriza também pela repartição de competências de que é fonte. Cada órgão dotado constitucionalmente de competência tem sua atuação circunscrita por aquela repartição, ficando impossibilitado de delegar sua titularidade, pois que ninguém delega aquilo de que não é dono.

Esta superioridade promana em primeiro lugar do seu conteúdo. Aceita-se que este é a concretização dos ideais de uma determinada coletividade política, e como tal não pode ser mudado sem que se elimine a própria essência daquela mesma comunidade. É o que se consagra como **supremacia material**, que é sempre entendida como absoluta, pois que prevalece quer em casos de Constituição costumeira, quer em casos de Constituição escrita.

Por sua colocação no topo da hierarquia normativa, deriva para a Constituição a **supremacia formal**.

(56) *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, Madrid, 1974, pág. 50.

São conseqüências da supremacia constitucional em primeiro lugar a conformidade de todo o conjunto das leis com a lei suprema; em segundo lugar, a estreita vinculação de todos os órgãos do Estado.

Observe-se que a supremacia formal, pela qual a Constituição é colocada acima de todas as outras leis, visa preservar sua supremacia material, pelo que toda e qualquer questão acolhida no bojo da Constituição é beneficiada por maior estabilidade, assegurada por um maior formalismo para sua alteração, como veremos.

Seria, entretanto, vã tal supremacia se não houvesse garantias aptas a preservá-la.

Assim é que o Direito Constitucional Comparado preconiza três tipos de garantias: o controle de constitucionalidade por um corpo político, o controle por um órgão jurisdicional e, como completa Burdeau, ... a ausência de controle.

O controle por um órgão político se atém ao princípio de que a Constituição é uma decisão política, antes de se configurar como ordenamento jurídico. Assim é que na França o controle da constitucionalidade, garantindo a supremacia constitucional, é feito por um conselho constitucional, órgão essencialmente político, como se pode ver pelo art. 56 da Constituição de 1958, seguindo aliás esteira já deixada pelo art. 15 da Constituição de 1799, que criou o Senado Conservador.

O controle por órgão judicial é feito por tribunais, como se vê pelo disposto no art. 119, inciso I, letra I, da Constituição brasileira, art. 207 da Constituição portuguesa, art. 100 da Constituição argentina, art. 111, Seção I, da Constituição norte-americana.

V — Tipologia Constitucional

Costumam os autores classificar as Constituições enquadrando-as em tipos, de acordo com critérios prefixados. Variando o critério, diversa será a classificação proposta.

Não se pode falar em oposição entre classificações distintas, mas sim dentro de uma mesma classificação, segundo um mesmo critério classificatório, contrapondo-se os diversos tipos.

O valor do estudo dessa tipologia constitucional reside em que cada classificação evidencia e esclarece um aspecto do fenômeno, deixado talvez na obscuridade por outra classificação. Haverá assim maior profundidade no conhecimento da Constituição.

A. Hauriou e Lucien Sfez distinguem uma **Constituição política**, uma **Constituição social** e uma **Constituição administrativa**. A primeira tem por função regular a organização e o funcionamento dos poderes públicos, a segunda estabelece as bases da vida comunitária e estabelece as bases relacionais entre os cidadãos e o Estado. Para estes autores é uma desgraça a existência do terceiro tipo, que tem por resultado

destruir as outras duas. Caracteriza-se este terceiro tipo por impor uma centralização rigorosa do poder, um exercício estrito do poder hierárquico, a organização de uma tutela e a existência de uma jurisdição administrativa. Se este terceiro tipo constitucional era suportável quando o Parlamento é que tinha o domínio político, o mesmo não acontece depois da queda do prestígio parlamentar e da passagem do maior número de decisões para as mãos do Poder Executivo. (57)

Para Karl Loewenstein são insuficientes as categorias constitucionais clássicas.

Distinguem-se Constituições contidas num documento formal e as não formalizadas num documento específico. Hoje, contudo, praticamente todos os Estados possuem Constituição escrita, sendo poucos os que não a têm.

Mas é importante notar que "todos os Estados com um documento constitucional possuem também direito constitucional em forma de lei, assim como uma grande quantidade de usos constitucionais e regras convencionais não formuladas por escrito. Esta circunstância levou a teoria do Estado europeu à útil distinção entre direito constitucional formal, que está reunido em um único documento chamado **Constituição**, e direito constitucional material, constituído por leis individuais e normas constitucionais consuetudinárias". (58)

A classificação em Constituições rígidas e flexíveis é também altamente formalista e irreal. Na verdade há Constituições classificadas como flexíveis, e dotadas de muito maior estabilidade do que muitas Constituições tidas como rígidas.

É engano estender-se às Constituições a distinção entre forma de governo republicano e monárquico. Seriam classificadas como monárquicas Constituições que nada têm de comum entre si.

Falho também seria aplicar-se às Constituições a distinção de federais e unitárias, por antonomásia com os Estados assim classificados, até porque o princípio federativo vem hoje sofrendo tal erosão que dificilmente se pode achar um modelo de federação.

Loewenstein distingue ainda da Constituição as leis constitucionais, que regulariam matéria que não está inserta no texto da Constituição, mas que, por sua importância estrutural, se beneficiam de maiores cuidados na elaboração e na reforma. Aplicam-se a elas os dispositivos de reforma estabelecidos para a Constituição. Assim é que o art. 138 da Constituição italiana prevê a existência das leis constitucionais e seu processo de reforma. Na Tchecoslováquia, a Lei Constitucional nº 143, de 27 de outubro de 1968, no seu art. 41, estabelece idêntico processo para a adoção e modificação da Constituição e das leis constitucionais. A esse tipo correspondem na França as chamadas leis orgânicas, para cuja

(57) *Institutions polit. et droit constitutionnel*, Montchrestien, Paris, 1972, págs. 170/173.

(58) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 208.

votação e modificação o art. 46 da Constituição de 1958 estabelece normas específicas. O equivalente brasileiro é constituído pelas leis complementares à Constituição, previstas no inciso II do art. 46 da atual Constituição. Não se prevê processo especial para sua modificação, mas sim para sua adoção, como consta do art. 50.

Na sua distinção de Constituições originárias e derivadas, Loewenstein se apega à filiação existente entre as Constituições. Aquelas que são inovadoras, criando princípios institucionais e organizativos originais, são por isso mesmo tidas como originárias. Por processos de imitação destas surgem outras Constituições que, embora adequando-se às condições peculiares a cada país, copiam das anteriores os traços marcantes e tidos como inovadores. As Constituições têm seus modelos de época. Loewenstein compara tais modelos àqueles do vestuário feminino, imposto um, todos os outros o seguem, levados pelo seu prestígio. Assim é que o primeiro modelo constitucional foi o liberal, imposto pelas primeiras Constituições francesas. Em 1919 surge outro modelo constitucional com a Constituição de Weimar, instaurando o modelo social, observando-se que os mexicanos reivindicam para si a primazia neste campo com sua Constituição de 31 de janeiro de 1917.

Feita uma análise destrutiva dos modelos classificados adotados até então, Loewenstein apresenta uma tipologia constitucional diferente. E se propõe fazer uma análise **ontológica**, classificando as Constituições em **normativas, nominais e semânticas**. O critério agora utilizado não é mais o de se analisar a essência e o conteúdo das Constituições, mas sim "a concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder". (59) E continua: "para que uma Constituição seja viva, não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser real e efetiva, a Constituição terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade estatal, e esta nela. A Constituição e a comunidade terão que passar por uma simbiose. Somente neste caso cabe falar em Constituição normativa: suas normas dominam o processo político ou, pelo contrário, o processo do poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas. Para usar uma expressão da vida diária: a Constituição é como um traje que assenta bem e que se usa realmente". (60)

A Constituição será, por outro lado, **nominal** quando, apesar de juridicamente válida, não houver uma adaptação entre ela e a dinâmica do processo político, faltando-lhe, portanto, realidade existencial. A adoção do tipo constitucional foi talvez prematura para o tipo de realidade existente; apesar da boa vontade dos detentores do poder e dos destinatários de tal Constituição, não há ainda condições de aplicar o tipo constitucional adotado. Repetindo o simile, o autor compara tal tipo de Constituição a uma roupa que se guarda no armário, para ser usada quando a criança crescer.

(59) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 217.

(60) *Id.*, *ibid.*, pág. 217.

O tipo **semântico** revela total inadequação, aliás proposital, com a dinâmica social. "Em lugar de servir para limitar o poder, a Constituição é aqui instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos da localização do poder político. E para continuar a comparação anterior: o traje não é de forma alguma um traje, mas um disfarce". (61)

Propõe ainda Loewenstein um outro critério para classificar as Constituições, levando em conta a existência ou não de um **conteúdo ideológico**. Caberia assim falar-se em Constituições **IDEOLÓGICO-PROGRAMÁTICAS** e Constituições **UTILITÁRIAS**, conforme estejam dotadas de um **programa ideológico** ou dele estejam isentas. As primeiras Constituições estão imbuídas de uma ideologia liberal, que predominou em fins do século XVIII e durante o século XIX. O século XX viu triunfar nas Constituições o modelo ideológico social. Em nossos dias as Constituições vêm se tornando, cada vez mais, "verdadeiros catecismos políticos mais do que indicações materiais para o desenvolvimento racional do processo governamental". Segundo o autor, isto veio contribuir para que as Constituições atuais venham se tornando cada vez mais *longas e complexas, contrariamente ao estilo usado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela Constituição belga de 1831*. "Em todos esses casos, a estrutura ideológica possui mais do que um caráter declarativo. Tem um completo sentido normativo e enfrenta na prática constitucional com a tarefa completamente nova de racionalizar o processo político em sua conformidade com estes valores e premissas ideológicas. Se persistir essa tendência, pode ser que se torne necessário buscar um correspondente critério para a classificação das Constituições". (62)

Burdeau opõe a um tipo de Constituição a que denomina de **natural**, porque resultado espontâneo da vida política, resultado de uma experiência e manifestação de um estado de equilíbrio, um outro tipo, chamado por ele de **institucional**, porque considerada como um ponto de partida jurídico, essencialmente criadora, introduzindo modificações na ordem jurídica vigorante, sendo essencialmente **voluntária**, para sublinhar sua oposição à Constituição natural. (63)

Distingue também Burdeau entre Constituição social e Constituição política, aquela refletindo o modo de ser da sociedade, suas tendências costumes sociais e econômicos, a segunda referindo-se ao Estado, formulando regras jurídicas e regulando o exercício do poder político. (64)

As Constituições se distinguem ainda em **escritas**, normalmente rígidas, como veremos, e **costumeiras**. A distinção é meramente formal, pois não há sob esse aspecto qualquer diferença de conteúdo. As Constituições, quer escritas, quer costumeiras, continuam sendo fruto de um agir uniforme adotado consciente ou inconscientemente pelo grupo social, mas

(61) *Id.*, *Ibid.*, págs. 218/219.

(62) *Id.*, *Ibid.*, pág. 213.

(63) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 23/24.

(64) *Id.*, *Ibid.*, pág. 10.

depois sempre concretizado pela manifestação da vontade humana, que lhe dá características de fixidez.

Sanchez Viamonte acha imprópria a designação de **rígida** para uma Constituição, porque na realidade toda Constituição deve ter esse caráter. Para ele, as Constituições não-escritas ou flexíveis não são Constituições propriamente ditas, representando a Inglaterra uma exceção. Suas leis e instituições políticas são apenas fragmentos de Constituição.

Para Sanchez Viamonte a forma escrita foi o meio pelo qual o ato constituinte deu solenidade e transcendência de atitude definitiva à vontade nacional. A Constituição norte-americana foi a que operou a transposição do conteúdo substancial para o modelo de lei fundamental escrita. E a forma escrita passou a ser uma exigência fundamental do constitucionalismo moderno, de tal forma que hoje é inconcebível encontrar-se Estado de direito sem Constituição escrita. (65)

Ao falar-se de Constituição material, numa oposição à Constituição formal, há que atentar-se para uma duplicidade de significação. Tanto pode entender-se Constituição material em sentido de **conteúdo** de uma Constituição já formalizada, como em sentido de **pressupostos sociológicos**, posteriormente racionalizados e tornados conteúdos.

Entende Burdeau que existam **matérias constitucionais** essencialmente. Tais matérias não podem deixar de ser incluídas na Constituição. (66)

Para Bidart Campos "a Constituição material equivale a um REGIME POLÍTICO. Tem mobilidade e dinamismo... A Constituição material é a que efetiva e eficazmente ordena o Estado, constituindo uma realidade sociológica. Nela vamos encontrar realidades sociais, porque é de sua essência conformar-se com a **tradição**. Temos assim uma **Constituição tradicional-historicista**. A esta se opõe a **Constituição racionalista**, que parte do pressuposto de que é possível estabelecer esquematizações de caráter abstrato e genérico, para nelas se incluir a realidade político-social. Este segundo tipo de Constituição se funda em posições apriorísticas, sem qualquer ligação com a realidade político-social, que deverá depois conformar-se com as normas de caráter racional que lhe são impostas." (67)

VI — Lacunas Constitucionais

É o das lacunas assunto relevante, em se tratando de reforma constitucional, pois que por este instituto normalmente se introduzem, em forma originária ou substitutiva, determinações novas no texto constitucional. O problema é verificar se tais reformas se devem a **lacunas** existentes na Constituição, ou seja, tudo se reduz a responder se existem ou não lacunas constitucionais.

Loewenstein admite a existência de tais lacunas, que, segundo ele, vão justamente dar origem ao processo de reforma; para que se evite o

(65) El constitucionalismo — sus problemas, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 28/31.

(66) Traité de science politique, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 19/20.

(67) Filosofia del derecho constitucional, EDIAR, Buenos Aires, 1969, págs. 88/90.

entorpecimento do processo político. As lacunas constitucionais são **claras**, quando o poder constituinte sentiu, por ocasião da edição do ato constituinte, a necessidade de regular a matéria, incluindo-a no âmbito constitucional, mas, por razões diversas, deixou de fazê-lo, talvez, quem sabe, por julgar desnecessária ou prematura a formalização constitucional daquela matéria. **Oculta** será a lacuna constitucional, quando o poder constituinte não tinha condições de prever a necessidade de normatizar determinada matéria. ⁽⁶⁸⁾

Santi Romano coloca a questão em outro ângulo. Não se trata, segundo ele, de analisar o problema sob o prisma das **matérias** que estão ou não incluídas na Constituição. É necessário distinguir-se entre **ius conditum** e **ius condendum**.

O **ius conditum**, o direito positivo, consubstanciado no ordenamento estatal, é necessariamente completo, não se podendo falar em lacunas quanto a ele. Poderá falar-se de limitação do ordenamento jurídico, ou seja, só tem caráter de juridicidade, só será juridicamente relevante, aquilo que o ordenamento acolha. Aquilo que ele exclui será, portanto, juridicamente irrelevante, considerando-se como meras situações de fato.

O problema se coloca diferentemente quando se leva em conta o aspecto institucional, **de jure condendo**. Sob o aspecto institucional, "a lacuna existe se o ordenamento está destituído de uma parte integrante, que continua a ser juridicamente necessária para ele." ⁽⁶⁹⁾

Assim o problema das lacunas é visto diferentemente, conforme se considere o **ordenamento** como **sistema de normas** ou como **sistema institucional**.

Tendo-se em conta que alguns autores admitem a possibilidade de lacunas no direito público, negando sua possibilidade no direito privado, Santi Romano nega sua possibilidade absoluta, nos termos propostos acima, pois "nem mesmo no direito constitucional, enquanto complexo de normas, se podem ter lacunas; e vice-versa, estas se podem verificar onde se tenham instituições mesmo não constitucionais que desaparecem ou se eclipsam, enquanto são juridicamente necessárias para as outras que permanecem. É verdade que o direito constitucional é aquela parte do ordenamento, em que o aspecto institucional é de maior importância e no qual é praticamente mais fácil que se produzam aquelas crises que dão lugar a lacunas". ⁽⁷⁰⁾

A REVISÃO CONSTITUCIONAL

I — A Evolução

A observação atenta da natureza, quer inanimada, quer vegetal, quer animal, quer humana, nos revela ao primeiro abrir e fechar de olhos que a mudança é um fenômeno geral, a que nenhum ser escapa. Já o obser-

(68) *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 171.

(69) Santi Romano, *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Giuffrè Ed., Milano, 1950, pág. 378.

(70) *Id.*, *Ibid.*, págs. 378/379.

vara Heráclito de Éfeso, sintetizando em poucas palavras a teoria segundo a qual **panta rhei os potamós** (tudo corre como um rio), exemplificando que ninguém pode banhar-se duas vezes no mesmo rio, pois que no segundo banho o rio já não será o mesmo de antes. Identificava assim movimento com mudança. Mas a observação é válida. Lavoisier confirma, no plano físico, o achado do pensador de Éfeso, afirmando que tudo se transforma. No plano da idéia, a evolução do Eu-pensante em suas sucessivas concretizações através da História, na doutrina hegeliana, vem confirmar a tese da mudança continuada e perene.

A vida em sociedade, longe de desmentir, vem confirmar de maneira iniludível esta averiguação. Sem chegar ao exagero de dizer-se que a vida social é um organismo vivo, que surge, se transforma e morre, da mesma forma que ocorre com os organismos encontráveis na natureza vegetal e animal, devemos reconhecer que o organismo social tem também um tipo de vida. A sociedade vive em contínua e irrefreável mutação. Os hábitos, a maneira de pensar, os modos de defrontar-se com a natureza que circunda aos seres humanos, evoluem constantemente.

Ao conjunto de costumes concretizados num determinado tempo e limitado a um determinado povo se denomina a sua **Constituição**. É a maneira pela qual um povo se organiza costumeiramente, atribuindo aos costumes caráter de obrigatoriedade. A esse tipo de organização com caráter de obrigatoriedade é que Bidart Campos denomina **Constituição material**. (71)

A correspondência da Constituição escrita com o tipo descrito de Constituição material é que dará àquela o caráter de vigência.

Existe uma dinâmica constitucional, e esta virtualidade inserida em toda Constituição se manifesta através de processos que recebem o nome de **mutações constitucionais**. Ocorrem transformações no mundo da realidade, e estas, por sua generalidade, acabam sendo aceitas com caráter de obrigatoriedade, assumindo características de normas, nem sempre escritas. Tais mutações produzem alterações na contextura da Constituição material, sem que necessariamente haja reflexos na Constituição escrita. (72)

Burdeau reafirma o conceito de que a Constituição é essencialmente mutável. Sem que muitas vezes haja mudanças no quadro exclusivamente formal, ocorrem transformações substanciais no quadro institucional, devidas muitas vezes à conjuntura política. Há, segundo ele, uma criatividade constante do poder constituinte, que, por haver criado uma vez, não perde sua força de inventiva. Isto ocorre principalmente nos regimes democráticos, quando o povo tem amplas possibilidades de, através dos modernos meios de comunicação de massa, manifestar com abertura a sua opinião. (73) Assim, se existe o poder constituinte nos moldes clássicos, ou o poder constituinte derivado de uma revolução, não se pode olvidar a presença sempre operante, embora de maneira muitas vezes oculta,

(71) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, pág. 72.

(72) *Id.*, *Ibid.*, pág. 85.

(73) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, págs. 246/247.

mas nem por isso mais fraca, de um poder constituinte amorfo e singularmente vigoroso manifestado pela opinião popular.

William S. Livingstone reconhece que o fato de que "as Constituições se transformam de vários modos, quer formais quer informais, é tão verdade em relação às federações quanto em relação aos sistemas unitários, tão verdadeiro quanto às democracias quanto às autocracias; a emenda formal é tão-somente um desses meios. Em cada um dos sistemas federais examinados, a Constituição é alterada em diferentes maneiras. Costumes e convenções são lentamente transformados de modo a produzir novas práticas constitucionais... Nossa preocupação, no momento, com a emenda formal não deverá permitir que se obscureçam os outros meios, freqüentemente mais significativos, pelos quais surgem as mudanças..." (74)

Para maior elucidação dos conceitos com que vamos tratar, tendo em vista que a sua maior especificação em relação à realidade a que se referem só pode trazer maior progresso no conhecimento de sua essência, seria oportuno distinguir, seguindo Karl Loewenstein, **reforma constitucional** e **mutação constitucional**. Esta última se produz na materialidade dos fatos, sem que haja transformações do documento constitucional. Observa ele que "esse tipo de mutações constitucionais se dá em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita e são muito mais freqüentes do que as reformas constitucionais formais. Sua freqüência e intensidade é de tal ordem que o texto constitucional em vigor será dominado e coberto por estas mutações sofrendo um considerável afastamento da realidade, ou posto fora de vigor". A reforma constitucional pode ser formal ou material. A formal consiste na modificação do texto constitucional. A material "é o resultado do procedimento de emenda constitucional, isto é, o objeto a que tal procedimento se refere ou se referiu". (75).

Observe-se, entretanto, a existência de um esforço para que as mutações constitucionais não acarretem reformas constitucionais formais ou materiais. Isto se verifica ou na inserção de exigências rigorosas para o processo de reforma ou na elaboração de um texto constitucional suficientemente genérico e universal de forma a abranger o maior número possível de casos concretos sem que haja necessidade de reformulação do texto formal da Constituição. Estes dois processos, segundo o mesmo Loewenstein, têm o proveitoso resultado de instaurar no povo um forte sentimento constitucional, acarretando uma profunda identificação da nação com a sua Constituição. (76)

II — Tipos de Mutação e de Reforma Constitucional

Pelo que estamos vendo, a mutação e a reforma constitucional estão entre si em íntima relação dialética. A Constituição material, em sua evolução, produz formas novas, que, pela sua própria novidade, se põem em

(74) *Federalism and constitutional change*, Clarendon Press, Oxford, 1956, pág. 295.

(75) *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, págs. 164/165.

(76) *Id.*, *Ibid.*, pág. 175.

choque antitético com a tese afirmada e sustentada pela Constituição formal. Deste choque, com o decorrer do tempo e com o fortalecimento do impacto, surge uma nova forma sinteticamente conciliadora das novidades trazidas pela Constituição material e das exigências estruturais impostas pela Constituição formal, que nem sempre acolherá todas as novidades trazidas ou, pelo menos, não as receberá no modo por que são trazidas.

É a luta perene entre a estabilidade e a instabilidade, na procura de situações de equilíbrio.

Sob este prisma, podemos examinar a distinção feita por Carl Schmitt entre destruição, supressão, reforma, quebra e suspensão da Constituição. Poderemos ver nestes fenômenos descritos por Schmitt o entrecocar-se constante, sempre frutuoso, em que pese aos eventuais reveses, da Constituição material com a Constituição formal.

Reconhecemos também situações **depreciadoras**, manifestadas pelos fenômenos denominados perversão, fraude, desvalorização ou violação constitucional.

O esforço de distinção conceitual terá o mérito de, por confronto de opostos, tornar claro o conceito de **reforma constitucional**, objetivo último de nosso trabalho.

Carl Schmitt define **destruição da Constituição** como a supressão da Constituição formal existente e a dissolução do órgão a que foi delegado o poder constituinte. Naturalmente, essa supressão e dissolução ocorrem como consequência da superposição de uma nova Constituição material, concretizadora de nova idéia de direito, imposta por nova força que se diz representante fiel do poder constituinte.

Por **supressão da Constituição**, entende a eliminação da Constituição formal existente, conservando-se o poder constituinte em que se baseava, o que ocorre normalmente através de golpe de Estado.

A **reforma constitucional** é para ele a modificação do texto das leis constitucionais vigentes até o momento, e só a entende como parcial, pois só a concebe como "supressão de prescrições legal-constitucionais isoladas e recepção de novos ordenamentos legal-constitucionais isolados".

A **quebra da Constituição** é por ele entendida como a violação esporádica, ocasional, de determinadas prescrições, que, no entanto, permanecem inalteradas.

Na **suspensão da Constituição**, uma ou algumas prescrições são temporariamente postas fora de vigor. (77)

Há, entretanto, formas doentias do distanciamento entre Constituição material e Constituição formal.

(77) *Teoría de la Constitución*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1927, pág. 115/117.

Uma delas é a que Loewenstein denomina **perversão da Constituição**. E justifica a denominação, afirmando: "uma Constituição democrática reveste sempre a qualquer regime de uma certa respeitabilidade. Os maquiavelistas de última fornada descobriram que o credo democrático é a pancarta (o coringa) debaixo do qual podem perseguir sua sombria tarefa. A Constituição escrita se converteu, por isso, no disfarce para o poder nu. Embora o documento constitucional proclame solenemente as formas externas do processo democrático, as relações internas não afligem a ninguém, exceto ao povo a quem é oferecida a forma e negada a substância". (78)

A **fraude** consiste na violação da limitação dos poderes concedidos constitucionalmente ao poder de revisão. Foi o que ocorreu na Alemanha através da revolução nacional-socialista, quando, com base no art. 48 da Constituição de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar), se atribuíram poderes absolutos ao Presidente do Reich a partir de 1933 e, na França, pela Lei Constitucional de 10 de julho de 1940. Burdeau descreve em que consiste esse fenômeno: "um governo, chegado ao poder por processos legais, faz pressão sobre o órgão de revisão para que este transforme a Constituição ou mesmo estabeleça uma nova. Cedendo a essas injunções, a autoridade revisionista realiza a mudança exigida, nas formas constitucionalmente previstas e sem que qualquer solução de continuidade se introduza na forma, entre o texto antigo e o regime novo pelo qual se exterioriza o sucesso da operação. Uma nova idéia de direito, um poder político novo se introduziram no Estado através do jogo de uma revisão implícita ou expressa da Constituição e graças a um desconhecimento evidente do espírito segundo o qual ela havia previsto sua modificação". (79)

III — Constituições Fixas — Constituições Imutáveis — Conteúdo Pétreo

Vimos que a Constituição, como concretização de hábitos vinculantes dentro de uma sociedade, é, de sua essência, mutável.

Há, entretanto, casos de pouca ou nenhuma mutabilidade, o que ocorre exclusivamente em relação às Constituições escritas.

Denomina-se "Constituição fixa", como ensina Nelson de Souza Sampaio, "aquela que expressa ou implicitamente estabelece que a sua reforma somente se verifica por meio de uma assembléia constituinte de poderes iguais aos da que a criou". (80)

Desta Constituição fixa se distingue a **rígida**, que é aquela cujos trâmites e limites revisionais estão expressamente previstos na Constituição.

Há ainda, no que concerne às mudanças e revisão, *um outro tipo de* Constituição, as denominadas imutáveis ou eternas, na observação de

(78) *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 214.

(79) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 266.

(80) *O poder de reforma constitucional*, Ed. Progresso, Bahia, 1964, pág. 54.

Kelsen, citado por Nelson de Souza Sampaio. ⁽⁸¹⁾ Exemplo clássico de imutabilidade constitucional é o Código de Hammurabi. Vejamos o que consta de seu epílogo:

"Que nos dias futuros, para sempre, o rei que surgir no país observe as palavras de justiça que escrevi em minha estela, que ele não mude a lei do país que eu promulguei, as sentenças do país que eu decidi, que ele não altere os meus estatutos!

Eu sou Hammurabi, o rei da justiça, a quem Samas deu a verdade. Minhas palavras são escolhidas, minhas obras não têm rival; só para o tolo elas são vazias, para o sábio elas conduzem para a glória. . . . Se esse homem não guardar as minhas palavras que escrevi em minha estela, desprezar minhas maldições, não temer as maldições dos deuses, anular o direito que promulguei e revogar as minhas palavras, alterar os meus estatutos. . . que o grande Anum, o pai dos deuses, aquele que pronunciou o meu governo, tire-lhe o brilho da realeza, quebre o seu cetro, amaldiçoe o seu destino." ⁽⁸²⁾

Vimos, por outro lado, que toda Constituição é, por sua essência, dinâmica, mutável. Mas devemos ressaltar, com Bidart Campos, que há determinados traços que se firmaram e consolidaram por tradição histórica, adquirindo tão inabalável solidariedade com o passado, que não se admite a sua mudança. "Os conteúdos que deste modo plasmam historicamente uma Constituição que os assimila podem, sem dúvida, qualificar-se como CONTEÚDOS PÉTREOS e têm, por isso mesmo, uma intangibilidade que não permite destruí-los ou aboli-los. Só quando a estrutura social subjacente padece mutações tão essenciais de forma a não suportar (no sentido de sustentar) mais aqueles conteúdos na estrutura constitucional, se pode considerar que a petrificação cede ou desaparece, e que é válido prescindir dos conteúdos pétreos." ⁽⁸³⁾

IV — Poder Constituinte Derivado

Que é, essencialmente, o poder constituinte derivado? É ilimitado como o originário ou está vinculado a limites que lhe sejam impostos? Se positiva a resposta, quais seriam esses limites e qual a sua natureza? Se existem limites para a atuação do poder constituinte derivado, haveria também um controle posterior? Quais seriam os órgãos a que caberiam a iniciativa, execução e controle das reformas? Haveria obrigatoriedade, ou somente conveniência, na realização da reforma constitucional?

São questões que se apresentam normalmente ao estudioso do assunto. Vamos analisá-las por ordem.

Nelson de Souza Sampaio nos responde à primeira questão, estabelecendo uma distinção entre estado de latência e estado de organização permanente do poder constituinte. Segundo ele, elaborada a Constituição,

(81) *Id.*, *Ibid.*, pág. 45.

(82) O Código de Hammurabi, *Vozes*, 2.^a ed., 1978, págs. 110/111.

(83) *Filosofía del derecho constitucional*, EDIAR, Buenos Aires, 1969, pág. 91.

dissolvida a assembléia, "a função constituinte entra em fase de latência e somente volta a manifestar-se de modo intermitente", o que é normal nos países de Constituição escrita, ao passo que, em países de Constituição flexível, há "uma organização permanente do poder constituinte, pois este se exercita pelo órgão legiferante do Estado, competente tanto para fazer as leis e a Constituição como para reformar esta e até substituí-la." (84)

Por aí podemos ver que este autor aceita a verdadeira **essência constituinte do poder de reforma, sendo distintas somente as formas de manifestação.**

Quanto a limites, devemos convir em que, se o nome representa realmente um conceito, o poder constituinte **derivado**, ou poder de reforma, esteja vinculado a determinados pressupostos, sendo por conseguinte limitado. Não estamos ainda examinando a questão do ponto de vista do direito positivo, ou do direito constituído, mas sim do ponto de vista doutrinário. É certo que a Constituição suíça de 29 de maio de 1874 declara no seu artigo 118 que "a Constituição Federal pode ser revista a todo tempo, total ou parcialmente". Por outro lado a Lei Fundamental de Bonn, no seu art. 79, primeira alínea, estabelece que "a Lei Fundamental não pode ser revisada senão por uma lei que modifique ou complete expressamente o seu texto". Tendo por função somente **modificar** ou **completar**, está visto que não se admite a revisão total. Na Constituição de 6 de abril de 1968, da República Democrática Alemã, no art. 106, notamos também que só se admite revisão que "modifique ou complete expressamente o texto constitucional", repetindo assim o mesmo dispositivo da Lei Fundamental de Bonn.

Mas o problema não está adstrito aos termos postos pelo direito positivo. Trata-se de indagar se, havendo reforma total da Constituição, estaria em ação o poder constituinte *originário* ou *derivado*.

Já vimos que é da essência do poder constituinte **criar e fundar** a ordem jurídico-positiva. Nestas condições, tanto cria o originário quanto o derivado. A sua natureza essencialmente criadora não pode ser negada ou obscurecida pela sua forma de atuação. Se o próprio poder constituinte, atuando originariamente, estabeleceu entraves para sua ação em forma derivada, fê-lo com vistas à obtenção de uma *garantia de duração e estabilidade da ordem jurídica vigente*. O fato de não querer atuar originariamente não muda a natureza, a essência do poder constituinte, afeta tão-somente a sua forma de atuação.

Assim, no caso de não se permitir a revisão total pelos trâmites legais, o poder constituinte está procurando atingir a meta de só conceder uma *reforma total da Constituição quando for suma a disparidade entre a Constituição material e a formal*, e, nessa circunstância, a reforma total virá por **via revolucionária**, devendo-se ressaltar que este caminho não implica necessariamente recurso à força armada, significando tão-somente uma *modificação total das estruturas vigentes*.

(84) O Poder de reforma constitucional, Ed. Progresso, Bahia, 1954, págs. 41/42.

Dal respondermos, finalmente, que o poder constituinte, quando atua circunscrito por limites, por ele mesmo postos, age derivadamente. Há, portanto, limites para sua atuação.

É diversa a natureza dos limites impostos à atuação do poder constituinte derivado. Seriam eles materiais, quando o poder constituinte exclui da possibilidade de modificações determinados conteúdos constitucionais: formais, implícitos ou explícitos, circunstanciais, temporais... Deveremos analisá-los mais detidamente logo a seguir, pelo que nos escusamos de defini-los neste momento, limitando-nos a enumerá-los.

Dentre os limites, seria oportuna uma referência especial aos órgãos aos quais caberia a iniciativa e a execução da reforma constitucional. Se olharmos desde o ângulo da maior possibilidade de captação das modificações já inseridas nas instituições vivas, naquilo a que chamamos de Constituição material de um povo, é claro que quanto mais amplitude se der à iniciativa, maior será conseqüentemente a probabilidade de captação real das estruturas vigentes. Quanto aos órgãos que devam executá-la, é claro que a reforma deveria competir a órgãos mais restritos, dentro dos quais seria possível uma melhor análise para consecução de uma situação de equilíbrio entre a Constituição material e a formal.

Acolhemos a opinião de Loewenstein, para quem "a ideologia do Estado constitucional democrático exige que a competência para a reforma constitucional não seja o monopólio de um único detentor do poder, mas deve estar o mais possível distribuída. Todos os detentores legítimos do poder — governo, parlamento e o povo organizado como eleitorado — devem poder participar dela. Através da máxima dispersão desta participação, a reforma constitucional realizada adquire o mais amplo consenso e, com isto, a mais elevada legitimidade. Se se permite expressar o problema da situação do poder constituinte em forma de máxima, poder-se-la dizer: soberano é aquele dentre os detentores do poder que decide sobre a reforma constitucional..." (85)

Quanto ao controle, é palpável a sua conveniência e mesmo a sua necessidade, para que se assegure a observância dos limites impostos. Problema maior seria o do órgão a quem incumbiria tal controle. Voltaremos ao assunto mais adiante.

É inegável, por outro lado, que a reforma constitucional é muitas vezes uma questão, não simplesmente de conveniência, mas de absoluta necessidade. Uma reforma bem elaborada é muitas vezes o expediente adequado para evitar-se uma subversão total da ordem constituída, efetivada muitas vezes por meios violentos.

V — Estado de Direito — Salvaguardas — Limitações

As limitações impostas ao poder público se justificam como uma forma de preservação do estado de direito, com o qual se identifica, segundo Sanchez Viamonte, a história da república democrática. "O que

(85) Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 172.

há de permanente e inalterável no direito é o valor do direito mesmo, como forma necessária para a conveniência, não obstante a variabilidade de seu conteúdo historicamente condicionado. O constitucionalismo consiste, precisamente, na clara noção dessa permanência, em seu ordenamento, e na sujeição, por igual, de governantes e governados às formas ético-jurídicas que excluem ou, pelo menos, se propõem excluir a arbitrariedade e fechar definitivamente seu ciclo histórico. Por tudo isso, um sistema constitucional é sempre um conjunto ordenado e harmônico de formas institucionais, e se resolve em normas jurídicas que vão desde a afirmação de princípios abstratos e gerais até o reconhecimento de direitos exigíveis, e também das garantias que oferecem a proteção prática de seu exercício. Para isso faz falta uma Constituição, e que essa Constituição esteja escrita, porque só a escrita pode dar às formas jurídicas a fixidez e também a rigidez muitas vezes indispensáveis para a defesa da liberdade.” (86)

Assim, à forma escrita se deve aliar a rigidez, isto é, a Constituição deve ter inserida nela “o procedimento pelo qual poderá ser revisada e modificada”. (87)

É, entretanto, fato inegável que, pela própria evolução da sociedade, as Constituições formais envelhecem, tornando-se necessário que se possa rejuvenescê-las, ou dando soluções novas para novos problemas, ou mesmo dando soluções melhores para problemas já conhecidos e já resolvidos. (88) A interpretação, em sua atuação histórica e teleológica, nem sempre é capaz de fazer com que a Constituição formal acompanhe a evolução social, tornando-se então necessário modificar o seu texto.

Analisando as funções do Estado, Paolo Barile as divide em funções vinculadas e funções discricionárias, conforme tenham ou não um “ITER determinado para ser seguido”. Somente a função constituinte estaria totalmente livre, absolutamente desvinculada, sendo completamente livre em sua causa, porque nenhuma regra preexistente a vincula. (89)

É preciso que se entenda o alcance da afirmação de Barile, enquadrando-a no contexto limitativo em que já situamos tanto o poder constituinte originário, quanto o derivado, o que não vem absolutamente eliminar a verdade contida na afirmação desse autor.

Note-se, por outro lado, que a rigidez constitucional vai crescendo com o decorrer do tempo, consolidando-se cada vez mais. À medida em que decorre o tempo, a Constituição vai-se desgarrando da vontade criadora de seus fundadores para ir se transformando na resultante do embate das causas e forças sociais e nacionais tornando-se assim mais durável e mais estável. Essa maior durabilidade é uma comprovação da

(86) Sanchez Viamonte, C., *El constitucionalismo. — sus problemas*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 25/26.

(87) Esmein, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, J. B. Sirey, Paris, 1906, pág. 901.

(88) Cfr. Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, pág. 130.

(89) Corso di diritto costituzionale, CEDAM, Padova, 1964, pág. 153.

sabedoria com que se portaram os constituintes no trabalho de adequação e equilíbrio entre suas idéias e as exigências reais da sociedade para que legislavam. Daí por que o poder de reforma da Constituição deve fugir de toda e qualquer arbitrariedade, levando em conta os dados profundos da estrutura social, resguardando-se acima de tudo “das inovações improvisadas, por mais excelente que seja teoricamente o seu objeto, porque se há de ter receio de que uma vez apaziguados os engodos passageiros, o soberano não reconheça mais suas necessidades ou suas aspirações duráveis na obra adotada ao sabor de circunstâncias excepcionais”. (90)

VI — Poder de Revisão Constitucional — Limites

O poder constituinte de revisão é derivado, subordinado e condicionado. É, pois, de sua essência ser limitado, já que “dentro do marco de uma regulação legal-constitucional não pode haver faculdades ilimitadas; toda competência é limitada”. (91) O próprio conceito de **reforma** constitucional é um limite para o seu exercício, respeitando-se sempre a identidade e a continuidade da Constituição. (92) Uma reforma constitucional que, desconhecendo o espírito e os princípios informadores da Constituição, viesse subverter totalmente a ordem instituída, substituindo-a por outra, não estaria **reformando** mas **criando** uma outra ordem constitucional.

Concordamos com García-Pelayo no sentido de que a reforma constitucional seja um **ato substantivo**, pelas diferenças que guarda em relação ao processo legislativo ordinário. (93) Mas é preciso colocar esta observação dentro do contexto em que a situa o autor, mostrando que a Suprema Corte norte-americana “rejeita qualquer limite ao poder de reforma dentro do esquema constitucional”. (94)

Esmein observa que em determinado momento a única sanção e garantia de aplicação e respeito aos limites para a atuação do poder de reforma se encontra na consciência das autoridades encarregadas de proceder à reforma. (95)

É importante observar que há limites tácitos, não articulados ou implícitos para o exercício da reforma constitucional. Parte-se do pressuposto de que uma Constituição encarna determinada idéia de direito, é a concretização de valores ideológicos fundamentais, que, recebidos como o acabamento do ideal político-social de um povo, adquirem imunidade contra eventuais reformas. Acredita-se assim que uma Constituição elaborada de acordo com determinados princípios fique por eles

(90) Burdeau, G., *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, págs. 40/42.

(91) Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1927, pág. 119.

(92) *Id.*, *Ibid.*, pág. 120.

(93) *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950, pág. 364.

(94) *Id.*, *Ibid.*, pág. 366.

(95) Cfr. Esmein, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, J. B. Sirey, Paris, 1906, pág. 916.

vinculada, não admitindo a inserção de corpos estranhos provenientes de ideários opostos ou não coincidentes com os já aceitos. Nesta teoria vemos o “renascimento do direito natural, empreendido como defesa perante o positivismo jurídico”.⁽⁹⁶⁾ São assim os limites imanentes ou implícitos à idéia de Constituição, opostos ao exercício do poder de reforma constitucional.

Nelson de Souza Sampaio faz um elenco desses limites, a eles denominando “limitações materiais inerentes”. E são: “1) as relativas aos direitos fundamentais; 2) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3) as referentes ao titular do poder reformador; 4) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional.”⁽⁹⁷⁾

Esse conteúdo escapa à atuação do poder constituinte de revisão. Não significa isto, contudo, lutar pela imutabilidade de uma situação estabelecida. O que se quer dizer é que o **poder de reforma**, pela sua própria essência, não tem a faculdade de operar mudanças estruturais radicais. É o poder de reforma um poder instituído e, como tal, limitado. Pretendê-lo ilimitado seria alterar-lhe radicalmente a natureza, transformando-o em poder constituinte originário.

Somos, nesta linha de idéias, levados pela força da lógica a examinar o problema da possibilidade da **revisão total** em confronto com a **revisão parcial** da Constituição.

Pelo que dissemos acima, somos obrigados a reconhecer a não possibilidade da existência de uma revisão total, porque esta seria da esfera de atuação do poder constituinte originário. Assim, falar-se em revisão total da Constituição seria aceitar a possibilidade de mudança dos fundamentos em que se assente a atual, e essa mudança só poderia atuar-se por obra do poder constituinte originário, necessariamente limitado, nos termos já por nós analisados anteriormente.

Tais pressupostos teóricos, entretanto, não encontram confirmação na ordem jurídico-positiva. Assim é que a Constituição argentina dispõe no seu art. 30:

“A Constituição pode ser reformada no todo ou em qualquer de suas partes...”

A Constituição suíça também admite a reforma total, como consta no seu art. 118:

“A Constituição Federal pode ser revista a todo o tempo, total ou parcialmente.”

A Constituição brasileira de 1934 admitiu a distinção entre **emenda**, entendida como reforma parcial, e **revisão**, entendida como reforma praticamente total, pois permitia a modificação da estrutura política do

(96) Schmitt, Carl, ob. cit., pág. 123; Burdeau, G., *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, págs. 215/216; Leowenstein, K., ob. cit., pág. 193.

(97) O poder de reforma constitucional, Ed. Progresso, Bahia, 1954, pág. 93.

Estado, a da organização ou da competência dos poderes da soberania, a do Capítulo V do Título I, referente à coordenação dos poderes etc. (Cfr. art. 178 da Constituição de 1934).

A Constituição da Venezuela, de 23 de janeiro de 1961, também admitia a distinção entre **emenda** (art. 245) e **reforma geral** (art. 246).

Convém, todavia, fazer notar, com Burdeau, que "as Constituições que admitem expressamente sua revisão total fazem todas intervir o povo na operação constituinte". (98)

O exemplo típico para essa afirmação é dado pela Constituição suíça. O art. 120 determina:

"Se uma seção da Assembléia Federal decretar a revisão total da Constituição Federal e a outra seção se opuser ou se 50.000 cidadãos suíços com direito de voto pedirem a revisão total, a questão de saber se a Constituição deve ser revista será submetida à votação do povo suíço, que se pronunciará por sim ou por não."

A Constituição brasileira de 1934 estabelece também procedimento mais rigoroso para a **revisão**, ressaltando-se a aprovação da medida por dois terços das Assembléias Legislativas dos Estados-membros, e ainda a submissão do anteprojeto, na legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra Casa (cfr. § 2º do art. 178 da Constituição de 1934).

A nosso ver, é inteiramente procedente a crítica feita por Esmein à disposição do art. 8º da Lei Constitucional de 25 de fevereiro de 1875, que permitia revisão das leis constitucionais **no todo** ou **em parte**. Para ele "quando uma mudança se produz na forma essencial do Estado, de qualquer maneira que seja feita, o que há é uma revolução". (99)

Com relação aos limites explícitos postos à atuação do poder revisional, a questão se torna mais fácil do que a dos limites implícitos. Se, com relação a estes, reina a incerteza entre os autores, pois que uns consideram determinados princípios como absolutos e, portanto, imutáveis, enquanto outros alinham princípios diferentes, o mesmo não acontece com relação aos limites explícitos.

Biscaretti di Ruffia rejeita a possibilidade da existência de limites implícitos absolutos, "concluindo pela plena possibilidade que todo Estado tem de poder modificar, mesmo substancialmente, o próprio ordenamento supremo, ou seja, a própria Constituição, embora movendo-se sempre no âmbito do direito vigente", (100) mas aceita plenamente os limites explícitos, precisamente porque são postos pelo direito positivo criado pela própria constituição.

(98) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, pág. 260.

(99) *Eléments de droit const. français et comparé*, J. B. Sirey, Paris, 1906, pág. 907.

(100) *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, págs. 279/280.

Assim as Constituições modernas proibem as reformas sem qualquer indicação de limites temporais, ou as permitem após o decurso de algum tempo após a entrada em vigor dessa mesma Constituição, ou não as permitem em alguns períodos particularmente delicados. ⁽¹⁰¹⁾ Coincide com esta a classificação das limitações explícitas, feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em circunstanciais, materiais e temporais. ⁽¹⁰²⁾

As limitações temporais visam impedir a atuação do poder de revisão ou reforma por determinado período, ou estabelecer certa periodicidade para sua atuação.

Historicamente importante, por ter tido a primazia temporal, foi a limitação imposta pelos artigos 3º e 4º do Título VII da Constituição francesa de 1791, que proibiam toda e qualquer reforma da Constituição nos seus quatro primeiros anos de vigência:

“A próxima legislatura e a seguinte não poderão propor a reforma de nenhum artigo constitucional” (art. 3º). ⁽¹⁰³⁾

A Constituição brasileira de 1824 acolheu a sugestão vinda da França e estabeleceu em seu art. 174:

“Se, passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se reconhecer que algum de seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escrito, a qual deve ter origem na Câmara dos Deputados...”

Dizia a Constituição grega de 23 de maio de 1911, no seu artigo 108, segunda alínea, que

“dez anos após a entrada em vigor da presente disposição, será permitido revisar as disposições não fundamentais da Carta...”

A atual Constituição portuguesa, de 2 de abril de 1976, só atribui poderes revisionais à Assembléa da República da Segunda Legislatura:

“Na II Legislatura, a Assembléa da República tem poderes de revisão constitucional, que se esgotam com a aprovação da lei de revisão” (art. 286). ⁽¹⁰⁴⁾

Dentre as limitações temporais, há a que se refere à periodicidade. Assim, prescreve a atual Constituição portuguesa que

“a Assembléa da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão” (art. 287, primeira alínea).

(101) *Id.*, *ibid.*, pág. 281.

(102) *Direito const. comparado — o poder constituinte*, J. Bushatsky, São Paulo, 1974, págs. 170/173.

(103) Cada legislatura tinha dois anos (art. 2º, alínea 2, cap. 1, Constituição de 3 de setembro de 1791).

(104) A Legislatura tem a duração de quatro anos, como estatui o art. 174, alínea primeira, da Const. de 2-4-1976.

Mas tal disposição não tem caráter absoluto e irrevogável, pois

“a Assembléia da República pode... assumir em qualquer momento, após a revisão prevista no artigo anterior, poderes de revisão constitucional por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções” (art. 287, alínea segunda).

As limitações circunstanciais visam impedir a reforma constitucional em alguns períodos particularmente graves na história política de um povo. A razão para esse impedimento está em que, em determinadas épocas, a agitação política impede a tranqüilidade necessária para um lúcido trabalho constituinte. Noutros casos pretende-se impedir a oportunidade para usurpações e golpes políticos.

São exemplos desse tipo de limitações:

A Constituição brasileira de 1967, modificada pela Emenda nº 1, de outubro de 1969, dispõe no § 2º do art. 47:

“A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.”

A terceira alínea do art. 89 da Constituição francesa de 1958 dispõe que

“não poderá ser iniciado ou empreendido nenhum procedimento de emenda enquanto a integridade do território correr risco.”

A Constituição portuguesa de 1976 também impõe limitações circunstanciais ao exercício do poder revisional:

“Não pode ser praticado nenhum ato de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência” (art. 291).

A Lei Constitucional tcheca nº 143, de 27 de outubro de 1968, estabelece no seu art. 58:

“Durante o período em que a Assembléia Federal não está em funcionamento, quer porque a sessão tenha terminado, quer porque a legislatura tenha terminado, a comissão presidencial da Assembléia Federal assume as funções da Assembléia Federal. Não tem, contudo, competência para eleger o Presidente da República Socialista Tchecoslovaca, nem para adotar ou modificar as leis constitucionais...”

E na segunda alínea do mesmo artigo vem reafirmada a proibição:

“Durante o período em que a Assembléia Federal não funciona, em consequência de circunstâncias excepcionais, a comissão presidencial da Assembléia Federal exerce todas as funções da Assembléia Federal, exceto o direito de modificar a Constituição...”

Detenhamos, por último, nossa atenção sobre as limitações materiais ou de conteúdo.

O poder constituinte, atuando soberanamente, discrimina determinados conteúdos que não poderão ser objeto de alterações por parte do poder constituinte de revisão. O pressuposto lógico para essa atitude é que a Constituição é vista como um todo orgânico, resultado também de uma organicidade harmônica inerente à própria estrutura social vigente em determinado momento. Mudarem-se determinadas matérias seria então afetar aquela estrutura, destruindo-lhe a harmonia, transformando-a em outra estrutura, já que aqueles pontos são considerados essenciais, reflexos da estrutura dorsal da sociedade.

É questão que tem agitado os doutrinadores, a do valor desses limites materiais. Seria de indagar-se da existência de força cogente desses dispositivos sobre a atuação do poder constituinte derivado.

Burdeau confessa haver já defendido a relatividade de tais limites, considerando-os "uma manifestação política, um simples voto desprovido de valor jurídico e sem força obrigatória sobre os constituintes futuros". (105) Mudou posteriormente de opinião, pois que, "quando a Constituição impede que haja ofensa à forma do regime ou a seu espírito geral, não proclama de nenhum modo a imutabilidade absoluta das instituições, o que seria um contra-senso. Nega somente ao órgão de revisão a faculdade de fazer reformas que, por sua natureza ou sua importância, ultrapassam as possibilidades de um poder instituído. Mas estas mesmas reformas, pertence sempre ao poder constituinte originário realizá-las". (106)

Loewenstein aceita a existência de limites materiais e cita posição da Suprema Corte norte-americana, para a qual determinados princípios gozam de uma posição de preferência (**preferred position**). Para esta teoria, os quatro direitos fundamentais contidos na primeira emenda, ou seja, a liberdade de confissão, de opinião e imprensa, de reunião e de petição, só admitirão qualquer intervenção se o legislador ou a correspondente autoridade provar que tal intervenção naquelas liberdades seja razoável. (107)

Georges Vedel, sem descer a pormenores sobre a questão da razoabilidade desse tipo de limites, admite-os claramente, ao afirmar que "a Constituição poderia ser toda revista, exceção feita quanto à forma republicana de governo, em razão da disposição particular que proclama sua imutabilidade". (108)

Para Jean-François Aubert, que examina detalhadamente o assunto, seriam totalmente desarrazoados os pretensos limites materiais à ação do poder de revisão constitucional. (109)

Seguindo terminologia de Hans Nef, propõe a classificação dos limites em superiores ou inferiores, expressos ou tácitos, heterônomos ou autônomos.

(105) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 13.^a ed., pág. 84.

(106) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, 1969, págs. 257/258.

(107) *Teoría de la Const.*, Ariel, Barcelona, 1970, págs. 184/195.

(108) *Cours de droit const.*, Paris, 1954-1955, pág. 856.

(109) *Traité de droit const. suisse*, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, págs. 130/133.

Os heterônomos pressupõem a limitação imposta por uma ordem jurídica superior à Constituição, matéria já por nós discutida. Os limites autônomos seriam provenientes da própria Constituição, que os impõe à atuação do poder de revisão. E são os que aqui nos interessam.

Limites tácitos ou expressos seriam, respectivamente, aqueles não previstos ou previstos nos textos das próprias Constituições.

E, por fim, limites superiores seriam aqueles que protegeriam disposições cuja importância impediria sua modificação. Os limites inferiores teriam por função somente impedir que entrem no texto constitucional disposições demasiado insignificantes para ser constitucionalizadas.

O autor se pronuncia contra a possibilidade da existência efetiva e eficiente de limites materiais autônomos superiores, pois não vê “por que o constituinte não poderia derrubar, ulteriormente, as barreiras que ele próprio se tivesse imposto”. Do ponto de vista político, imagina que “se os eleitores se colocassem um dia em marcha — mesmo que fosse em direção que nos parecesse desastrosa — duvidamos muito de que bastassem, para contê-los, barreiras de papel. A doutrina dos limites materiais não teria, nessa ocasião, outro efeito senão o de transformar uma revisão desagradável em uma revolução”. (110)

Analisa justamente Jean-François Aubert a posição assumida pela Constituição da Suíça, que não impõe limites materiais à atuação do poder de revisão. E cita, em reforço de sua posição, a do Conselho Federal, que vem afirmando desde 1919: “Em matéria de legislação constitucional, existem limites de forma, mas não os há no que se relaciona com o conteúdo.” (111)

A divergência doutrinária é reflexo da disparidade de posições encontradas no direito positivo. Há Constituições que impõem limites materiais ao poder revisional, há outras que os não mencionam.

O constitucionalismo brasileiro vem aceitando, desde a primeira Constituição, a menção expressa de limites materiais. Fê-lo a Constituição de 1824 em forma genérica, no seu artigo 178, ao estatuir:

“É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; **tudo o que não é constitucional pode ser alterado**, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias” (grifamos).

A partir da Constituição de 1891 passaram a ser especificados os limites materiais:

“Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado” (art. 90, § 4º).

(110) *Traité de droit constitutionnel suisse*, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, págs. 130/133.

(111) *Traité de droit constitutionnel suisse*, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1967, págs. 130/133.

A Constituição de 1934, no seu art. 178, § 5º, só se referiu à forma republicana federativa. Na Constituição de 1937 não figura expressamente nenhuma disposição a respeito, devendo-se até aceitar sua inexistência, em face do disposto no art. 186, que declara, com vigor constitucional, o estado de emergência em todo o País.

A limitação material, quanto à forma republicano-federativa, é repristinada pelo art. 217, § 6º, da Constituição de 1946.

A Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de outubro de 1969, dispõe no mesmo sentido:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República” (art. 47, inciso II, § 1º).

A Constituição francesa de 1958 se inclui na mesma linha de determinação de limites materiais:

“A forma republicana do Governo não poderá ser objeto de reforma” (art. 89, alínea 5ª).

A Lei Fundamental de Bonn dispõe na terceira alínea do art. 79:

“É vedada a revisão da presente Lei Fundamental no tocante à organização da Federação em Estados, ao princípio de interferência dos Estados na feitura das leis federais e aos princípios expressos nos artigos 1º e 20.”

A Constituição italiana também prevê tal tipo de limite no seu art. 139:

“A forma republicana não pode constituir objeto de revisão constitucional.”

A Constituição da Turquia, de 20 de abril de 1924, prevê também *limites materiais garantidores da forma de Estado republicana, no seu artigo 102.*

Mas, pela sua profusão e pela minúcia, chamam-nos a atenção os limites materiais aceitos e impostos pela Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976:

“As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- a) a independência nacional e a unidade do Estado;
- b) a forma republicana de governo;
- c) a separação das Igrejas do Estado;
- d) os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais;
- f) o princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios;

- g)** a planificação democrática da economia;
- h)** o sufrágio universal, direto, secreto e periódico na designação dos titulares eletivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional;
- i)** o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática;
- j)** a participação das organizações populares de base no exercício do poder local;
- l)** a separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- m)** a fiscalização da constitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas;
- n)** a independência dos tribunais;
- o)** a autonomia das autarquias locais;
- p)** a autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira” (art. 290).

VII — Processo de Revisão Constitucional

Para que se faça a revisão constitucional, em casos de Constituições rígidas, exige-se um procedimento especial. Foi, aliás, a existência desse procedimento que proporcionou a distinção das Constituições em rígidas e flexíveis, exigindo as primeiras um procedimento especial para as mudanças constitucionais, permitindo as segundas que tais reformas se façam pelo processo legislativo comum.

É necessário, contudo, que esse tipo de exigências escolha o caminho da possibilidade. Pois que, se forem de tal forma rigorosas que venham a tornar impossível a reforma, corre-se “o risco de que uma emenda necessária não se possa realizar, ou caso o possa, sê-lo-ia à custa de considerável atraso. Perante uma dinâmica constitucional tão estragada, o processo político busca então canais extraconstitucionais que com demasiada facilidade podem desembocar na ilegalidade”.⁽¹¹²⁾ E cita o autor o caso típico das três primeiras Constituições francesas, a de 1791, a 1793 e a de 1795, cujo rigorismo exagerado quanto à possibilidade de reforma, devido justamente às dificuldades procedimentais impostas, teve como consequência a sua substituição por golpes de Estado.

As diversas modalidades procedimentais de revisão se explicam pela variabilidade de preocupações e de interesses que guiam a atividade dos constituintes. Há, como o assinala Burdeau, uma ligação entre o sistema procedimental adotado e a forma de regime político. Devido à importância da revisão constitucional, sua iniciativa é atribuída quer ao Executivo, quer ao Legislativo, de acordo com a preponderância de um ou de outro. Veja-se,

(112) Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 176.

por exemplo, que a Constituição francesa de 25 de fevereiro de 1875 atribua a iniciativa às Câmaras, ainda que a pedido do Presidente da República (cfr. o art. 8º). A Constituição francesa de 1946 atribui a decisão de adoção da revisão à Assembléia Nacional, mostrando-se assim nesses dois casos o maior prestígio do Legislativo, em moda àquela época. Já a Constituição francesa de 1958 atribui a iniciativa da reforma ao Presidente da República e aos membros do Parlamento concomitantemente (art. 89, alínea primeira), evidenciando-se assim a igualdade de posição do Executivo e do Legislativo.

No Brasil, a Constituição de 1824 atribuía a iniciativa à Câmara dos Deputados (art. 174), a de 1891 ao Congresso Nacional ou às Assembléias dos Estados, a de 1934 à Câmara dos Deputados ou ao Senado ou ainda às Assembléias dos Estados, a de 1937, devido às circunstâncias em que foi elaborada, já atribuía iniciativa ao Presidente da República ou à Câmara dos Deputados. A de 1946 faz um retorno ao sistema anterior, atribuindo a iniciativa à Câmara dos Deputados ou ao Senado ou às Assembléias Legislativas, eliminando a do Presidente da República. A Constituição de 1967, com a redação dada pelas Emendas de nº 1 e nº 8, atribui a iniciativa a "membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" ou ao Presidente da República (art. 47). Houve assim um paralelismo evolutivo entre a iniciativa francesa e a brasileira, embora cada uma conservando as peculiaridades dos regimes próprios. A evolução foi paralela enquanto de uma importância maior dada ao Legislativo se passou a uma situação de equilíbrio, quanto à iniciativa, entre o Legislativo e o Executivo. Confirma-se assim a observação de Burdeau. ⁽¹¹³⁾

Uma segunda idéia capaz, segundo o mesmo Burdeau, de influenciar as modalidades procedimentais da revisão constitucional é a que decorre do princípio do paralelismo de formas jurídicas, ou seja, aquele princípio segundo o qual uma norma jurídica se desfaz pelos mesmos trâmites pelos quais se constituiu. Daí um maior rigorismo para elaboração de emendas constitucionais do que para a aprovação das leis ordinárias, reunindo-se as casas legislativas, fazendo consultas ao povo, submetendo a decisão da assembléia a referendun.

Um terceiro aspecto apontado é o da maior necessidade de, por alguma forma, fazer-se ouvir o povo sobre a reforma a se empreender. Aqui cabem exemplos como os da Bélgica, dos Países Baixos, da Grécia e da Dinamarca, quando, como veremos, após a aprovação da iniciativa, se dissolvem as Câmaras, procedendo-se a novas eleições.

Um último aspecto assinalado por Burdeau é o de que a maior ou menor rigidez procedimental decorre da vontade de se tornar mais difícil ou mais fácil a revisão constitucional. ⁽¹¹⁴⁾

Lembramos, todavia, com Hauriou e Sfez, que uma exagerada facilidade poderia acarretar a instabilidade da Constituição, enquanto que o

(113) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, 1969, págs. 270/271.

(114) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, tomo IV, 1969, págs. 270/271.

demasiado rigor procedimental poderia ter como conseqüência o aborto de modificações necessárias.⁽¹¹⁵⁾

Quanto aos sistemas a se adotar para realizar a revisão, Hauriou e Sfez apontam três:

- a) a revisão pelo próprio Parlamento, com procedimento especial;
- b) revisão por uma assembléia eleita especialmente para aquele fim;
- c) intervenção popular através de **referendum**.⁽¹¹⁶⁾

Biscaretti di Ruffia faz referência a tais sistemas específicos, trazendo elementos esclarecedores. Segundo ele, os órgãos competentes para a reforma constitucional apresentam certa especificidade. Assim, a reforma se efetiva:

- a) ou através de uma Assembléia Constituinte, ou Convenção...
- b) ou através da Assembléia Nacional, no Brasil o Congresso Nacional, pela reunião das duas Câmaras...
- c) ou pelo condicionamento de toda reforma a um **referendum** obrigatório...
- d) ou através da intervenção dos Estados-membros, quando se trata da reforma de uma Constituição federal.⁽¹¹⁷⁾

A revisão através de Assembléia Constituinte se processa, nos termos do art. 120 da Constituição suíça, se a maioria dos cidadãos suíços se pronunciar favoravelmente à revisão total; nesse caso os dois conselhos serão renovados a fim de procederem à revisão.

Far-se-á a revisão através de uma convenção, nos termos do art. V da Constituição norte-americana, quando houver solicitação das assembléias legislativas de dois terços dos Estados. Mediante tal solicitação, o Congresso convocará a convenção para a realização dos aditamentos julgados necessários.

No Brasil, a proposta de emenda "será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional" (art. 47 da Constituição de 1967, com as modificações das Emendas de nºs 1 e 8).

A Constituição francesa de 1958 determina que "o projeto ou a proposta de reforma deverá ser votado pelas duas assembléias em termos idênticos" (art. 89, segunda alínea).

Na Itália, "as leis de revisão constitucional e as outras leis constitucionais são aprovadas por ambas as Câmaras" (art. 138 da Constituição de 27 de dezembro de 1947).

(115) *Inst. polit. et droit const.*, Monchrestien, Paris, 1972, pág. 187.

(116) *Id.*, *ibid.*, pág. 187.

(117) *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 275.

Na França, há ainda a necessidade de um **referendum** obrigatório, pois que "a reforma será definitiva depois de aprovada por **referendum**" (art. 89 segunda alínea).

Se, contudo, o Presidente da República submeter o projeto de reforma ao Parlamento convocado em Congresso, e ali for conseguida maioria de três quintos dos votos emitidos, desnecessária será a medida do **referendum** (art. 89, terceira alínea).

A intervenção dos Estados-membros é contemplada pelo artigo V da Constituição norte-americana e, no Brasil, pela Constituição de 1891 (art. 90), pela Constituição de 1934 (art. 178, § 1º, letra **b**), e pela Constituição de 1946 (art. 217, § 1º).

VIII — Fases Procedimentais

Burdeau assinala que o procedimento revisional, para propiciar maior reflexão, está dividido em etapas. Distingue três:

a) a iniciativa, compreendendo a iniciativa propriamente dita ou o desencadeamento do processo revisional, e a decisão sobre a iniciativa, isto é, "a resolução relativa à questão de saber-se se a revisão deve ser feita ou não";

b) a elaboração do novo texto, por ato de uma só autoridade, ou pela colaboração de vários órgãos;

c) a adoção definitiva, ou seja, aquela decisão que transforma o novo texto em lei constitucional (118).

Vedel, acompanhando a Constituição francesa de 1946, discrimina quatro fases:

a) o voto de revisão;

b) a lei de revisão;

c) o **referendum**;

d) a promulgação (art. 90 da Constituição francesa de 1946).

A Constituição brasileira vigente discrimina quatro fases:

a) iniciativa, prevista pelo art. 47, incisos e parágrafos;

b) discussão, prevista no art. 48;

c) aprovação, prevista no mesmo art. 48;

d) promulgação pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como previsto no art. 49.

A Constituição belga, art. 131, contempla em primeiro lugar a declaração de cabimento da revisão constitucional, feita pelo Poder Legislativo. Após esta declaração, as Câmaras são dissolvidas de pleno direito, ele-

(118) *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1969, tomo IV, pág. 272.

gendo-se duas novas na conformidade do disposto pelo art. 71 da mesma Constituição. Estas Câmaras deliberam, de comum acordo com o rei, sobre os pontos submetidos a revisão.

Disposição semelhante vemos no art. 94 da Constituição da Dinamarca, de 1915:

“Quando uma proposta de nova disposição constitucional tiver sido adotada pelas duas Câmaras, se o Governo quiser dar prosseguimento a elas, o Rigsdag será dissolvido, e se procederá a eleições gerais ao mesmo tempo no Folketing e no Landsting. Se a resolução for adotada sem mudanças pelo novo Rigsdag, em sessão ordinária ou extraordinária, será apresentada antes de seis meses aos eleitores do Folketing para ser aprovada ou rejeitada por um voto direto...”

A Constituição grega de 23 de maio de 1911 fazia a mesma exigência quanto à dissolução da Câmara, após a decisão quanto à revisão. Na de 9 de junho de 1975 a revisão é decidida por uma Câmara e aprovada pela seguinte (art. 110, alínea 3).

A Constituição de 30 de novembro de 1887 dos Países Baixos estabelecia que, após a promulgação da lei que aprovava a revisão, as Câmaras eram dissolvidas. As novas Câmaras examinavam a proposição, mas as modificações eram adotadas pelo rei e pelos Estados-Gerais, sendo então solenemente promulgadas e anexadas à Constituição (arts. 203, 204 e 205).

IX — Dos Procedimentos

A revisão constitucional se caracteriza por ter seus procedimentos de aprovação visivelmente agravados. Note-se, com Biscaretti di Ruffia, que se deve falar “em sentido estrito de procedimento agravado só quando a diversidade do procedimento legislativo afeta à verdadeira atividade constitutiva da norma e não já à atividade meramente introdutória (iniciativa...)”. (119)

Enumera ele os procedimentos comumente adotados:

- a) maioria qualificada;
- b) dupla aprovação, distanciada temporalmente;
- c) aprovação repetida na legislatura sucessiva e depois das eleições que adquirem, nestas condições, significado de **referendum**;
- d) integração com um **referendum**.

Exemplo de maioria qualificada temos na Constituição portuguesa de 1976, que determina na segunda alínea do art. 286 o seguinte:

“As alterações da Constituição terão de ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções...”

(119) *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, pág. 276.

Como exemplo de dupla aprovação, distanciada temporalmente, temos a Constituição brasileira atual, que exige que a proposta seja discutida e votada em reunião do Congresso Nacional,

“... em duas sessões, dentro de noventa dias a contar de seu recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as sessões, maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional” (art. 48 da Constituição de 1967, com a redação das Emendas nºs 1 e 8).

Assim a Constituição brasileira reúne os requisitos de maioria absoluta do total de membros do Congresso Nacional, e de aprovação em duas sessões.

Muito semelhante é o disposto pela Constituição italiana de 27 de dezembro de 1947, em seu art. 138:

“As leis de revisão constitucional e as outras leis constitucionais são aprovadas por ambas as Câmaras, através de duas deliberações seguidas com intervalo não inferior a três meses, e carecem de aprovação por maioria absoluta dos membros na segunda votação.”

A Lei Fundamental de Bonn exige também maioria qualificada, mas de dois terços:

“As leis de revisão têm de ser aprovadas por dois terços dos membros da Assembléia Federal e por dois terços de todos os votos do Conselho” (art. 79, segunda alínea).

A Constituição belga, de 7 de fevereiro de 1831, preceitua na alínea 4 do art. 131:

“Neste caso, as Câmaras não poderão deliberar se dois terços pelo menos dos membros que compõem cada uma delas não estão presentes; e nenhuma mudança será adotada, se não reunir pelo menos dois terços dos sufrágios.”

Como exemplos de aprovação repetida na legislatura sucessiva e depois das eleições que adquirem significado de **referendum**, como está discriminado acima, temos os exemplos já citados de procedimento revisional adotado pela Constituição belga (art. 131, alíneas 2 e 3), pela Constituição dos Países Baixos (art. 204), pela da Dinamarca (art. 94) e pela Constituição grega (art. 108).

Há exemplo ainda de **referendum** facultativo, de que é modelo a Constituição francesa de 1958. O art. 89, na sua terceira alínea, dispõe:

“... o projeto de reforma não será submetido a **referendum** se o Presidente da República decidir submetê-lo ao Parlamento convocado em Congresso; neste caso, o projeto de reforma será aprovado somente se obtiver uma maioria de três quintos dos votos emitidos...”

X — Controle de Constitucionalidade da Reforma Constitucional

Não temos hoje qualquer dúvida sobre a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis e outros atos normativos pelo Poder Judiciário, no sistema adotado no Brasil, e por um órgão político, no sistema adotado na França.

Aquí, entretanto, cabe indagar se é possível o controle de constitucionalidade das reformas da Constituição. Em caso afirmativo, qual o órgão que teria competência para atuar o controle? Caberia aos órgãos judiciais exercer tal controle?

Esse controle poderia efetivar-se acerca dos aspectos formais da realização da reforma constitucional, ou sobre o conteúdo.

Como nota Linares Quintana, vem sendo aceita neste século nos Estados Unidos, modificando-se atitude adotada no século passado, a possibilidade de exame da constitucionalidade de uma reforma constitucional por parte dos órgãos judiciais. Mas observa que as questões existentes se limitam até hoje aos aspectos procedimentais.

Consideramos imprescindível a existência de um órgão que zele pela integridade constitucional, quer sob o aspecto formal, quer sob o ângulo material ou de conteúdo.

No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos (art. 119, inciso I, letra I), competindo ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 42, inciso VII, da Const. Fed.).

Nelson de Souza Sampaio se arrima na extensão do controle jurisdicional à reforma constitucional para concluir que o poder de reforma constitucional é limitado. Assim se expressa: "Bastaria essa extensão do controle jurisdicional para convencer-nos do ilogismo de quantos se obstinam em considerar ilimitado o poder revisor, equiparando-o ao poder constituinte. Não há melhor prova de que o poder de reforma é, por natureza, **constituído**, pois do contrário teríamos o absurdo de um órgão constituído — o judiciário — a controlar um órgão constituinte".⁽¹²⁰⁾

Não nos parece, salvo melhor juízo, que esse controle seja uma prova da limitação do poder de reforma. O caráter de limitação do poder de reforma deflui de sua própria essência, como já vimos.

A questão não deixa, contudo, de apresentar profunda dificuldade, pois que é difícil aceitar-se que a atividade de um poder constituinte, apesar de limitado, mas sempre constituinte, seja controlada por um órgão constituído.

A competência do órgão jurisdicional promana da Constituição. Poderia, então, esse mesmo órgão recusar submeter-se a alguma disposição da própria Constituição sob o fundamento de inconstitucionalidade?

(120) O poder de reforma da Constituição, Ed. Progresso, Bahia, 1954, pág. 108.

Admitamos que o órgão jurisdicional declarasse a inconstitucionalidade de uma reforma constitucional, quer quanto à forma, quer quanto ao conteúdo. Qual seria o órgão encarregado de suspender a vigência daquele dispositivo declarado inconstitucional? No caso do Brasil, não poderíamos dizer que fosse o Senado Federal, pois que, órgão constituído, não teria competência para suspender a vigência e eficácia de norma constitucional.

Aceitamos, contudo, que o órgão jurisdicional, principalmente entre nós o Supremo Tribunal Federal, possa, na qualidade de vigilante da Constituição, zelar pela integridade desta, e nesta condição alhear-se em crítico de reformas que venham desfigurar o texto constitucional, vituperando seja a inobservância dos requisitos formais, seja a inclusão de conteúdos francamente em conflito com as demais normas constitucionais.

Alguns países têm tribunais com a missão específica de velar pela integridade da Constituição, mas não encontramos em nenhuma de suas Constituições menção ao poder do Tribunal Constitucional para controlar a constitucionalidade da reforma.

A Lei Fundamental de Bonn prescreve na segunda alínea do artigo 93:

“Compete ao Tribunal Constitucional Federal:

.....
2º julgar, a requerimento do Governo Federal, do Governo de um Estado ou de um terço dos membros da Assembléia Federal, sobre a compatibilidade formal e material do direito federal ou do direito dos Estados com a presente Lei Fundamental e sobre a compatibilidade do direito dos Estados com o direito federal;”

A Lei Constitucional nº 143, de 27 de outubro de 1968, da Tchecoslováquia preceitua no seu artigo 86:

“A Corte Constitucional da República Socialista Tchecoslovaca é um órgão judiciário de proteção da constitucionalidade.”

E o artigo 87 completa:

“A Corte Constitucional da República Socialista Tchecoslovaca estatui:

a) sobre a conformidade das leis da Assembléia federal e das medidas-leis de sua Comissão presidencial à Constituição da República Socialista Tchecoslovaca...”

A Constituição da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974, prevê também a atuação de um Tribunal Constitucional e discrimina no art. 375 a sua competência:

“Compete ao Tribunal Constitucional da Iugoslávia:

1º pronunciar-se sobre a conformidade das leis com a Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia;

2º pronunciar-se sobre a conformidade das leis das Repúblicas ou das províncias autônomas com a lei federal...”

Como se pode notar, está prevista a competência desses Tribunais para examinar a constitucionalidade de leis, decretos e atos normativos em geral. Não se menciona, contudo, a sua competência para examinar a constitucionalidade das reformas constitucionais.

Aceitamos a necessidade da existência de um órgão, imune aos arroubos e entusiasmos políticos, que tome a si a tarefa de controlar a constitucionalidade também das reformas constitucionais, salvaguardando-se aquilo que Hauriou denomina **legitimidade constitucional**, "para designar o conjunto de princípios não escritos que servem de fundamento da Constituição, e devem ser colocados pelo intérprete e aplicados em posição hierarquicamente superior a esta".⁽¹²¹⁾ Assinala, contudo, Souza Sampaio a dificuldade de se precisar o conteúdo de conceitos como **legitimidade constitucional**, **espírito de Constituição**, que seriam barreiras postas à atuação do poder constituinte de reforma.

Adotando ponto de vista de Linares Quintana, "consideramos que nenhuma convenção reformadora poderia... exercendo o poder constituinte constituído, sancionar validamente uma reforma total ou parcial da Constituição que afetasse os princípios fundamentais que são a essência da lei suprema da Nação, e que o poder judicial, como guardião da Constituição, teria competência para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda semelhante".⁽¹²²⁾

Ressalve-se, contudo, que a correção do impasse criado pela adoção de uma reforma inconstitucional somente poderia ser eliminado por nova atuação do poder constituinte de reforma.

CONCLUSÃO

Retomemos a linha do raciocínio seguida neste trabalho.

Para falarmos de poder constituinte de revisão, apreendermos seu conceito, seus limites, sua maneira de atuar, tivemos que, antes de mais nada, conceituar o que seja poder constituinte. A existência desse poder tem como única razão de ser o estabelecimento da Constituição de um povo.

Analisamos a essência do poder constituinte, vimos as condições de sua atuação, as balizas que demarcam a sua ação.

Vimos que esse poder se alicerça numa Constituição viva, continuamente mutável, de contornos dificilmente apreensíveis, mas que representa a estrutura palpitante na organização viva de um povo. Essa Constituição tem que ser apreendida com precisão, para que possa, mediante a atuação do poder constituinte, fixar-se formalmente com perfeita correspondência ao modelo vivo.

O poder constituinte se caracterizou desta forma como um instrumento representativo da soberania do povo. Desse instrumento se serviu

(121) Nelson de Souza Sampaio, *O poder de reforma da Constituição*, Ed. Progresso, Bahia, 1954, pág. 111.

(122) *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953, tomo II, pág. 162.

o próprio povo, através de seus representantes, para consolidar formalmente uma estrutura organizacional viva e vivida.

Solidificada formalmente, a Constituição material continua a sua fluência vital, não se deixando jamais conter. A dinâmica incontida dos acontecimentos humanos, numa confirmação perene da descoberta heraclitiana, não se deixa jamais apreender em sua totalidade. Envolvendo a imutabilidade da essência dos fenômenos humanos, existe uma série interminável e perpetuamente mutável de fenômenos, que a cada momento manifestam de forma variada aquela mesma essência.

Dáí a necessidade do esforço do poder constituinte por apreender, de forma a mais abstrata possível, e por isso mesmo com abrangência cada vez maior, a essência dos fenômenos sociais que veiculam a história de um povo. Quanto mais abstratos forem os princípios e as disposições constitucionais, mais abrangência terão e, conseqüentemente, mais duradouros se mostrarão.

Este esforço de apreensão do cada vez mais abstrato, contudo, rara vez consegue sucesso. E por isso, a cada passo se mostra a necessidade de adaptações da Constituição formal à Constituição material, numa continuidade do esforço de apreensão do realmente essencial.

Esta meditação sobre o papel do poder constituinte de revisão, que é uma continuação do esforço de adaptação da matéria da Constituição formal à nova forma assumida pela matéria da Constituição material, é de incomensurável riqueza de conseqüências.

Uma delas, entretanto, gostaríamos de focalizar, mencionando-a somente, para não mais nos alongarmos. O poder constituinte de revisão, se tem sua atuação marcada por um móvel político, pois a constitucionalização de determinada matéria tem sempre como ponto de partida um impulso de origem política, deve, contudo, procurar aprofundar a compreensão e a apreensão da essência verdadeira dos fenômenos sociais. Proceder diversamente, atendendo às solicitações e aos arroubos do momento, seria produzir obra destinada ao fracasso, obra não duradoura, porque as exigências e arroubos de momento são fenômenos secundários e flutuantes, que jamais manifestam a verdadeira essência do social.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES, *Política*, in *Obras*. Madrid, Aguilar, 1977.
- AUBERT, Jean-François. *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Ed. Ides et calendes, 1967.
- BARILE, Paolo. *Corso di diritto costituzionale*. Padova, C.E.D.A.M., 1964.
- BIDART CAMPOS, G.J., *Filosofía del derecho constitucional*. Buenos Aires, E.D.I.A.R., 1969.
- *Derecho político*. Buenos Aires., Aguilar, 1972.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid, Tecnos, 1973.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio, Forense, 1958.
- BRANDÃO CAVALCANTI, T. *Do controle da constitucionalidade*. Rio, Forense, 1966.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris, L.G.D.J., 1969, vols. I e IV.
- *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris, L.G.D.J., 6.^a ed., 1974.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1948.
- CHEVALIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas*. Rio de Janeiro, Agir, 1973.

Código de Hammurabi. Petrópolis, Vozes, 1976.

DABIN, Jean. *L'Etat ou le politique.* Paris, Dalloz, 1964.

DAVID, René. *Tratado de derecho civil comparado.* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

———. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Madrid, Aguilar, 1973.

———. *Le droit français.* Paris, L.G.D.J., 1960.

DEL VECCHIO, G. *L'Etat et le droit.* Paris, Dalloz, 1954.

DUGUIT, L., MOUNIER, H., et alii, *Les constitutions de la France et les principales lois politiques de la France depuis 1789.* Paris, L.G.D.J., 1952.

ESMEIN, A. *Eléments de droit constitutionnel français et comparé.* Paris, J. D. Sirey, 1905.

FERREIRA FILHO, M. Gonçalves. *Direito constitucional comparado: poder constituinte.* São Paulo, Bushatsky, 1974.

———. *Curso de direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 1976.

FRIEDMANN, W. *Théorie générale du droit.* Paris, L.G.D.J., 1965.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho.* México, Porrúa, 1971.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* Madrid, Revista de Occidente, 1950.

HAURIOU, A. — SFEZ, Lucien. *Institutions politiques et droit constitutionnel.* Paris, Ed. Montchrestien, 1972.

JELLINEK, G. *Teoría general del estado.* Buenos Aires, Albatros, 1973.

———. *L'Etat moderne et son droit.* Paris, Ed. francesa, 1913.

KELSEN, H. *Teoría pura do direito.* Coimbra, Arménio Amado, 1974.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado.* Buenos Aires, Ed. Alfa, 1953, tomo II.

LIVINGSTONE, William S. *Federalism and constitutional change.* Oxford, Clarendon Press, 1956.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución.* Barcelona, Ed. Ariel, 1970.

MIRKINE-GUÉTZÉVITCH, B. *Evolução constitucional européia.* Rio de Janeiro, Konfino, 1957.

———. *Les constitutions européennes.* Paris, Presses Universitaires de France, 1951.

REALE, Miguel. *Teoría do direito e do Estado.* São Paulo, Martins, 1972.

RECASÉNS SICHES, L. *Tratado general de filosofía del derecho.* México, Porrúa, 1970.

ROUSSEAU, J.J. *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes.* Paris, Ed. Sociales, 1954.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de direito constitucional.* São Paulo, Saraiva, 1970.

SABINO JR., Vicente. *Inconstitucionalidade das leis.* São Paulo, Sugestões Literárias, 1976.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional.* Bahia, Ed. Progresso, 1954.

SANCHEZ AGESTA, Luís, *Curso de derecho constitucional comparado.* Madrid, Universidad de Madrid, 1974.

SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo — sus problemas.* Buenos Aires, El. Bibliográfica Argentina, 1957.

SANTI ROMANO, *Diritto costituzionale,* Milano, Giuffrè Ed., vol. I, Scritti Minori, 1950.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1927.

SIEYÈS, E. *¿ Qué es le tercer Estado?* Madrid, Aguilar, 1973.

VEDEL, G. *Cours de droit constitutionnel.* Paris, Les Cours de Droit, 1954-1955.

WIGNY, Pierre. *Cours de droit constitutionnel.* Bruxelles, Bruylant, 1973.

CONSTITUIÇÕES CONSULTADAS

Bases Constitutionnelles de la Fédération Tchécoslovaque (Constitution, Loi Constitutionnelle sur la Fédération, Loi Constitutionnelle concernant le statut des Nationalités). Praga, Orbis, 1973.

Constituição da Bélgica

Constituição da Dinamarca

Constituição da França

Constituição da Grécia

Constituição da Venezuela

Constituição da Confederação Suíça

Constituição da Nação Argentina

Constituição da República Democrática Alemã

Constituição da República Federativa da Alemanha

Constituição da República Federativa do Brasil

Constituição da República Italiana

Constituição da República Portuguesa

Constituição dos Estados Unidos da América

Arguição de Relevância

Aspecto político de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal(*)

IDUNA WEINERT ABREU

Assessora Judiciária do Supremo Tribunal Federal

Criada pela Emenda Regimental nº 3, de 12 de junho de 1975, a “Arguição de Relevância” constitui novo instituto processual destinado, especificamente, a arguir, perante o Supremo Tribunal Federal, a relevância de determinada questão federal; representa, em verdade, ao lado da ofensa à Constituição, válvula de escape aos casos de inadmissibilidade do recurso extraordinário previstos no art. 308 do Regimento Interno do Tribunal e que dizem respeito, unicamente, aos apelos extremos interpostos com fundamento nas letras *a* e *d* do inciso III do art. 119 de nossa Carta Magna.

Posta em vigor a 1º de agosto de 1975, conta a “Arguição de Relevância” com dois anos de efetiva aplicação, durante os quais vem o Supremo Tribunal construindo, lenta mas seguramente, uma doutrina genuinamente brasileira sobre o instituto que criou, à luz da experiência vivida por outros países, mas voltada, sempre, para as peculiaridades do nosso organismo judiciário.

Tema de enorme riqueza, quer quanto ao estudo de seu embasamento constitucional, quer por seus aspectos conceitual, social, econômico, processual, dentre outros, revela a “Arguição de Relevância”, de pronto, a indiscutível conotação política de que se reveste sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Desnecessário se torna repisar argumentos visando à demonstração de que essa atividade política da Corte em nada se relaciona à política partidária, desenvolvida no âmbito dos partidos políticos e destinada, precipuamente, à formação dos quadros de representação popular dos Poderes Legislativo e Executivo.

(*) Trecho adaptado da tese “A Arguição de Relevância da Questão Federal”, examinada e aprovada a 31 de maio de 1977, para obtenção do grau de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

O que se impõe, isto sim, é caracterizar a origem dessa atuação política e a medida em que a exerce, dentro da atual conjuntura nacional, a nossa Corte maior.

“Política”, quer como substantivo, quer como adjetivo, não possui hoje, é evidente, o mesmo sentido aristotélico de “a arquetônica das ciências”, englobante de todas as formas de saber que objetivassem, teleologicamente, o bem supremo a ser atingido: o Estado que “deveria ser” alcançado.

Dessa concepção unitária inicial resultou, através de lento processo, o desmembramento das demais ciências, conduzindo à definição de “Política”, em nossos dias, apenas como uma das partes da “Ciência Política”, que estuda os valores e os fins do Estado e os meios gerais de sua realização.

O Estado que Kelsen define, em sua “Teoria Pura do Direito”, (1) como “uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de modo geral, eficaz”, segundo os postulados mais rígidos do positivismo jurídico, encontra em Biscaretti di Ruffia (2) uma conceituação fundada em seus elementos constitutivos, ao afirmar que “in linea pratica, risulta come un assioma di largo accoglimento la constatazione che lo Stato: “é un ente sociale che viene a formazione quando, su un *territorio* determinato, un *popolo* si organizza giuridicamente, sottoponendosi all'autorità di un *governo*.”

Da existência de um Estado decorre, necessariamente, a constatação de que os poderes de que está investido deverão ser atribuídos a órgãos determinados para sua realização, sem o que estariam fatalmente frustrados os fins a que se destinou a criação do mesmo.

Jellinek registra, magnificamente, essa circunstância, (3) afirmando que “de la seule nature de l'État, unité, groupe organisé, découle nécessairement l'existence d'organes de l'État. Un État sans organe, c'est une conception irréalisable, synonyme d'anarchie, une *contradictio in adjecto*”, classificando, a seguir, os órgãos estatais em “immédiats” e “médiats”, segundo suas atribuições específicas.

O instrumento regulador do exercício do poder por esses órgãos é a Constituição que, por sua vez, emana de um poder anterior, da efetiva utilização do chamado “poder constituinte”, cujas raízes determinam sua diferenciação em originário, sociológico ou preconstitucional e derivado, ordinário ou instituído, dentre outras classificações admitidas.

(1) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Arménio Amado — Editor, Sucesor, 3.ª Ed., 1974, pág. 390.

(2) RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*, 7.ª Ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966, pág. 33.

(3) JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*, 2ème partie, Paris, M. Giard & E. Brière — Libraire-Éditeurs, 1913, págs. 225 e segs.

Considerada a distinção básica entre poder constituinte originário e derivado, quanto ao primeiro, dir-se-ia que se encontra profundamente vinculado ao problema da soberania do Estado, na medida em que reflete, com exatidão, sua situação política: ou ele é instrumento de criação de uma nova entidade estatal independente ou se transforma em meio de organização jurídica de novas forças políticas e sociais emergentes.

Quanto ao segundo, diz respeito àquelas atribuições especiais que, em períodos de normalidade, são exercidas pelo Poder Legislativo ordinário, submetido às exigências impostas pelo poder constituinte originário para os casos de emenda ou reforma da Carta Magna.

Georges Burdeau, (4) ao analisar o exercício do poder constituinte originário em Estados abalados por crises políticas, pondera que, "en effet, l'activité du pouvoir constituant originaire est nécessairement révolutionnaire puisqu'elle tend à substituer un ordre nouveau à l'ordre politique et social ancien".

A Constituição ou Carta Política contém, portanto, os dispositivos consubstanciadores das opções políticas do Governo, relativas não apenas à maneira pela qual o Estado é constituído e à discriminação das atribuições dos poderes que o compõem, como também concernentes a todos os setores da vida da nação.

De posse desses conceitos básicos, resta transportá-los para o Estado brasileiro em sua configuração atual e, no contexto, determinar a posição ocupada pelo Supremo Tribunal Federal.

O poder constituinte que deu origem ao documento constitucional em vigor é o mesmo que, em 9 de abril de 1964, editou o primeiro Ato Institucional, proclamando, claramente, no preâmbulo deste, sua natureza revolucionária, até mesmo com detalhes de teorização.

O exercício desse poder é invocado, igualmente, no Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, com a preocupação, agora demonstrada, de dar continuidade ao processo revolucionário, o mesmo podendo ser observado nos Atos Institucionais n.ºs 5 e 6, de 13 de dezembro de 1968, e 1º de fevereiro de 1969, respectivamente.

Diz a Constituição vigente, em seu art. 1º, que "o Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios", afirmando, logo a seguir (§ 1º), que "todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido."

Acolhendo a tripartição de poderes preconizada por Locke e desenvolvida por Montesquieu, determina o documento básico que "são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (art. 6º) e procede à discriminação das atribuições espe-

(4) BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957, 7ème Ed., pág. 70.

cíficas de cada um deles, o que representa não apenas a nítida separação, como a conseqüente limitação dos mesmos, dentro de suas esferas de atuação.

O Judiciário é, pois, um dos Poderes da União brasileira, colocado, formalmente, em pé de igualdade com os demais.

Situado no ápice desse Poder está o Supremo Tribunal Federal em observância, aliás, de orientação abraçada pelo regime republicano democrático implantado no País, desde 1891.

Pela singularidade de sua posição não poderiam ser deferidas a essa Corte excepcional as mesmas tarefas atinentes ao exercício regular da atividade jurisdicional, própria dos demais órgãos colegiados ou singulares, componentes do organismo judiciário.

Realmente, foi-lhe, desde logo, reconhecida a magna missão de intérprete máximo da Constituição e seu maior defensor.

Dos oportunos comentários feitos por João Barbalho ⁽⁵⁾ à Constituição Federal Brasileira de 1891, em que examina, minuciosamente, os trabalhos desenvolvidos pelos primeiros constituintes republicanos, conclui-se, facilmente, que embora discordes quanto à composição do novo Tribunal a ser criado, uniram-se os parlamentares em torno da idéia de que ao Poder Judiciário competia, de maneira irrecusável e intrínseca, exercer o controle da constitucionalidade das leis e atos, cabendo ao órgão situado em sua cúpula dar, em todos os casos, a palavra decisiva.

Bryce, citado por Barbalho, bem exprime a filosofia então adotada e que permanece intacta até nossos dias: "O intitulado poder de anular as leis inconstitucionais é antes um dever que um poder, dever que incumbe não menos à Suprema Corte Federal, em Washington, do que ao mais humilde tribunal de qualquer Estado, desde que perante ele se agite pleito em que surja questão desse gênero." (Amer. Commonw., cap. XIII.)

Ao interpretar os dispositivos constitucionais, opera o Supremo Tribunal Federal verdadeiro trabalho de "construção" doutrinária e jurisprudencial sobre matéria constitucional, pela explicitação dos princípios que, nem sempre, se encontram suficientemente compreensíveis.

Pode o Tribunal, no exercício dessa atividade exponencial, no controle da constitucionalidade de leis e atos do Poder público, seja *in casu*, seja em tese, afastar-se do significado a que uma interpretação gramatical, histórica ou sistemática necessariamente conduza? Pode exceder-se nessa obra de criação, indo além daquilo que o exercício legítimo do poder constituinte pretendeu, em realidade, exprimir?

(5) BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira, Comentários*, Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia. Editores, 1924, págs. 294 a 302.

Francisco Campos, com sua proverbial acuidade, dirigindo-se aos membros da Corte na solenidade de abertura dos trabalhos, em 2 de abril de 1941, afirmava que "se podeis decidir sobre a Constituição e, sobre ela, decidis toda vez que a interpretaís, o que decidís, em suma, é sobre matéria de Governo e, particularmente, sobre a política legislativa do Governo". (6)

E prosseguia, considerando que, "desde que decidís matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do Governo. Sois o juiz dos limites do poder do Governo e, decidindo sobre os seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder".

O poder de governo, no País, se triparte, mas seus componentes devem manter-se harmônicos, embora independentes; esse é um dos princípios basilares da federação, intocável e inafastável.

O Supremo Tribunal Federal é, pois, órgão de natureza híbrida, *judiciário-política*, e seus membros não ascendem a ele através do processo tradicional de promoção; complexo é o ato de sua nomeação, com a participação ativa dos Poderes Executivo (indicação) e Legislativo (aprovação), numa irrefutável demonstração de que devem, não apenas possuir os requisitos constitucionais (parágrafo único do art. 118), como também ser merecedores da confiança da estrutura do poder que governa a Nação, estando em perfeita consonância com a filosofia política de que a Lei Maior é o espelho.

Tornar-se-ia a Corte, nesse contexto, mero porta-voz dos ideais perseguidos pelo poder constituído?

Absolutamente. É exatamente no exercício da relevantíssima missão de guardião-mor da constitucionalidade que o Tribunal se eleva e se valoriza tornando-se, em verdade, rigoroso fiscal da observância dos princípios básicos que regem a federação brasileira, para que a paz e o equilíbrio social possam ser preservados, dentro dos parâmetros que a Constituição fixa.

Ao estabelecer o exato significado do texto constitucional, deduzido não apenas da letra da norma, como de seu "espírito", dela emanante, quer diante de um caso concreto, quer em tese, atuam os membros da Corte com a mais absoluta liberdade, dando o órgão de cúpula do Poder Judiciário, nesse processo, execução ao sistema de freios e contrapesos que rege a estrutura de poder no País e que se destina a coibir os abusos cometidos por detentores de parcelas do mesmo, no uso de suas atribuições.

A propósito da atividade política desenvolvida pelo Supremo Tribunal, cumpre lembrar a intensa luta que o órgão similar norte-americano, a Suprema Corte, sustentou com o Presidente Roosevelt na década

(6) CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1942, pág. 367.

de trinta e que resultou na infrutífera tentativa pelo mesmo feita, em 1937, no sentido de aumentar em 6 (seis) o número de seus "Justices".

No Capítulo segundo de substanciosa obra publicada sob o título "Hugo Black and the Supreme Court — A Symposium", (7) John P. Frank analisa a participação do então Senador Hugo Black na campanha deflagrada pelo Presidente Roosevelt com vistas ao combate à depressão econômica que assolava o país, e que antecedeu o acesso do ilustre parlamentar, em 1937, à Corte Suprema norte-americana.

"In this very bitter battle, the Supreme Court seemed clearly to the New Dealers to be siding with the enemy. Vital elements of the New Deal program had been invalidated by the Court", assinala John P. Frank, lembrando, ainda, que "others were severely menaced. Even state legislation dealing with elementary economic problems had been held unconstitutional."

Pressionado pela resistência que o Tribunal maior do país impunha à implantação de seu programa econômico, decidiu o Presidente norte-americano solicitar ao Congresso autorização para aumentar o número de Ministros, que seriam por ele indicados dentre os adeptos da chamada política do "New Deal", que preconizava.

Nesse mesmo terreno político parece situar-se a atividade do Supremo Tribunal no processo de apreciação e julgamento das "Arguições de Relevância", tendo em vista a natureza da inovação introduzida pela Emenda ao Regimento nº 3, de 1975.

Efetivamente, no exame da relevância de determinada questão federal versando matéria financeira, tributária, penal, administrativa, civil etc., não pode deixar a nossa Corte Suprema de levar em conta a política que o Governo, globalmente considerado, vem colocando em prática no setor, à vista, inclusive, dos reflexos que sua decisão poderá produzir sobre os segmentos da população direta ou indiretamente envolvidos na lide.

Aliás, Francisco Campos, antes lembrado, continuando a análise que fazia, dos poderes atribuídos à Corte, registrou magnificamente a abertura política que o exercício desses poderes ensejava, dizendo que "o poder de limitar envolve, evidentemente, o de reduzir ou de anular. E eis, assim, aberto ou franqueado à vossa competência, todo o domínio da política: a política tributária, a política do trabalho, a política econômica, a política da produção e da distribuição, a política social em suma, a mais política das políticas, a "Polis" na sua totalidade — a sua estrutura, os seus fundamentos, a dinâmica das suas instituições e do seu governo". (8)

(7) FRANK, John P. *Hugo Black and the Supreme Court, a Symposium*. Edited by Stephens Parks Strickland, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianápolis, Kansas City, New York, 1967, Chapter Two, pages 39 to 74.

(8) CAMPOS, Francisco. *Op. cit.*, pág. 367.

A colocação não é nova, por conseguinte.

Reconhecido o processo evolutivo experimentado pelo Supremo Tribunal no que concerne à sua competência para a apreciação e o julgamento das questões políticas, seria válida a afirmação de que o exame da relevância de uma questão federal suscitada consubstancia uma “questão política”?

Em parte sim, parece ser a resposta, embora não mais segundo os mesmos cânones que nortearam as magistrais lições de Rui Barbosa ⁽⁹⁾ sobre o assunto, tão bem absorvidas e ampliadas por Pedro Lessa ⁽¹⁰⁾ e que tinham sua inspiração primeira na obra de constitucionalistas norte-americanos e na memorável campanha desenvolvida por Marshall em suas decisões, no sentido de consolidar a competência constitucional da Suprema Corte. ⁽¹¹⁾

Fundando-se, pois, essencialmente, no modelo norte-americano que influenciara a elaboração da Carta Política de 1891, empreendeu o insigne jurista baiano valioso trabalho de dissociação das questões judiciais e políticas, situando estas dentro dos limites fixados ao exercício do poder *discricionário* dos órgãos de governo, ou seja, relacionados à maneira de exercitar esse poder, sua conveniência e oportunidade, mesmo que em confronto com os direitos individuais assegurados aos cidadãos.

O controle da constitucionalidade de tais atos, intrinsecamente políticos, estaria, pois, vedado ao Poder Judiciário; ele só seria possível no exame das questões de natureza estritamente judicial, caracterizadas pela possibilidade de ocorrência de lesões a direitos individualizados, provocadas por atos de órgão do Poder Público, na utilização de competência *não discricionária*; só poderia, portanto, ser exercitado *in casu*, a requerimento da parte interessada, e com efeitos limitados à contenda, ou seja, restrito aos dissídios particulares.

“Se fosse lícito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de incidentemente”, dizia Rui, em 1893, ⁽¹²⁾ “tratar o exame do ato inconstitucional como objeto *mediato* da causa, e intentá-la, solenemente, *como meio revogatório da lei*, ou do decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua índole não o fosse, viria a se tornar política, pela sua forma, pela sua direção, pelo seu alcance. Política, porque abriria combate

(9) BARBOSA, Rui. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*, Capital Federal, Companhia Impressora, 1893, pág. 125 e segs.

(10) LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, Typ. da Livraria Francisco Alves, 1915, pág. 54 e segs.

(11) MARSHALL, John. *Decisões Constitucionaes de Marshall*, traduzidas por Américo Lobo, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1903.

(12) BARBOSA, Rui. *Op. cit.*, pág. 128.

entre os poderes da União, entregando a uma autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros.”

Longe estava o ilustre jurista de imaginar, à época, que a situação que então colocava em termos teóricos viria a consolidar-se muitas décadas depois, quando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, pelo Supremo Tribunal, tornou-se legítima, inicialmente, para o efeito da intervenção federal nos Estados (parágrafo único do art. 8º da Constituição de 1946) e ganhou foros de competência privativa do Tribunal, em 1967, pela absorção, ao texto constitucional, da Emenda nº 16, de 1965, ao documento de 1946.

Não ocorreu, todavia, o choque entre os Poderes da União, imaginado por Rui Barbosa, vez que se deferiu, privativamente, ao Senado Federal, a chamada “Câmara Alta” do Poder Legislativo, a tarefa de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (inciso VII do art. 42 da Constituição em vigor).

Sobre a exata extensão dos poderes conferidos ao Senado Federal, desenvolveu o Senador Accioly Filho ⁽¹³⁾ judiciosos argumentos, em pareceres dados em projetos de resolução originários de declarações definitivas de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, e que revelam, outrossim, a posição que o órgão vem assumindo, no sentido de nítida ampliação de tais poderes.

O que se torna evidente, por conseguinte, a esta altura, é a grande transformação experimentada pelo nosso mais alto Tribunal no que concerne à sua atuação no julgamento das chamadas “questões políticas”.

De órgão predominantemente judiciário, segundo o modelo adotado em 1891, detentor, embora, de atribuições específicas, evoluiu o Supremo Tribunal Federal no sentido de tornar-se um partícipe do Governo, de colaboração efetiva no processo de concretização das metas políticas preconizadas pelo poder constituinte e que encontram seu repositório primeiro na Constituição, aparando, sempre que assim se impuser, as arestas representadas pelos abusos cometidos por órgãos do Poder Público no desempenho de suas atribuições peculiares.

Tornaram-se os principais instrumentos dessa evolução, sem sombra de dúvida, as figuras da “Representação por Inconstitucionalidade” e, hoje, da “Arguição de Relevância da Questão Federal”.

Corte Constitucional por excelência, cumpre ao Supremo Tribunal Federal assumir, de forma integral e destemida, a luta pela consolidação do importante papel político que, no seio da Federação brasileira, lhe compete representar.

(13) ACCIOLY FILHO. Pareceres, in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, nº 48, out./dez./75, págs. 265 a 266.

Os Atos Institucionais em face do Direito Administrativo

JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Professor de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito Bennett — Rio de
Janeiro.

"... todo el mundo del derecho privado continúa como imantado, como seducido, por el hallazgo que los juristas romanos de hace más de dos mil años parecen haber hecho de una vez para siempre. Cuán distinto el caso de la Administración. No tenemos aquí paradigmas atemporales a cuya acogedora sombra recogernos... La historia de la Administración es, por ello, la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales, proceso que llega a formar parte así de la esencia misma del concepto" — EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Administración Pública y el Estado Contemporáneo*, pág. 166, Madrid, 1961).

Sumário

- I — Introdução
- II — Atos Administrativos, Atos de Governo e Atos Institucionais em tese
- III — Os Atos Administrativos e de Governo na Ordenação Brasileira
- IV — Os Atos Institucionais no contexto político-jurídico brasileiro
- V — Conclusão

I — INTRODUÇÃO

1. Colocação do tema. 2. Questões suscitadas pela autonomia do direito administrativo. 3. A integração do político, do constitucional e do administrativo. 4. Fim do Estado e funções de governo; a dicotomia direito público—direito privado. 5. O objeto do direito administrativo e os atos institucionais.

1. O tema é prioritário, quer se lhe examinem os aspectos de ordem estrutural, formal — estritamente técnico-jurídica —, quer se lhe observem as nuances conjunturais — no âmbito da ordenação jurídico-política brasileira ou no direito comparado —, quer se lhe pesquise a evolução histórico-cultural, aqui e alhures, desde a antiguidade clássica.

O fascínio e a prioridade do tema estão em que seu estudo passa, necessariamente, pelo que se poderia denominar de ponto de encontro das mais essenciais questões com que se defrontam, sob óticas distintas e inter-relacionadas, administrativistas, constitucionalistas e politicólogos.

Com efeito, o estudo dos atos institucionais — sua natureza, seu objeto, seus elementos, seus efeitos — implica situá-los em face dos atos de governo e dos atos administrativos. A compreensão sobre o que sejam atos de governo e atos administrativos exige o deslinde de certas questões fundamentais, sobre as quais não há unanimidade, conquanto se possam admitir como respeitáveis inúmeras das posições e científicas algumas das posturas existentes na doutrina. São questões concernentes à divisão de poderes; ao fim do Estado e às funções de governo; ao conteúdo dos conceitos de interesse público, função pública e serviço público; ao objeto do direito administrativo e às relações deste com o direito constitucional e a ciência política; a discussão acerca da dicotomia direito público—direito privado, enfim.

Ressalte-se, desde logo, a impropriedade de abordarem-se todas essas questões no presente estudo, tão específico quanto modesto. Mesmo porque basta lembrar, de um lado, a existência de mais de cem teorias a respeito da distinção entre direito público e direito privado, incluindo as que negam a distinção, (1) e que, de outro turno, o conceito de ato administrativo e de suas consequências jurídicas é o “núcleo do Direito Administrativo, o centro por assim dizer do seu sistema planetário”. (2) Logo, pretender discorrer sobre matéria tão vasta, quanto diuturnamente manipulada pelos especialistas, seria, a par de impróprio, ocioso.

Entretanto, apenas para que se fixem as premissas a partir das quais esquadrihar-se-ão os atos institucionais — premissas que amiúde refletirão posições pessoais, em meio a dissídios doutrinários insuscetíveis de pacificação —, consideremos, em bosquejos, algumas daquelas questões fundamentais.

2. Os princípios e normas de natureza administrativa sempre estiveram presentes na atividade de governar, mas, até o século XIX, de forma esparsa e difusa, sem método ou autonomia. Um corpo cientificamente estruturado de princípios e diretrizes, com método de investigação e objeto do conhecimento próprios, alvo de estudo sistemático e autônomo, vai-se configurando a partir dos primeiros anos da centúria passada, por meio

(1) É o que informa EVARISTO DE MORAIS FILHO, *Introdução ao Direito do Trabalho*, págs. 9 e segs., Rio de Janeiro, 1956.

(2) CAIO TÁCITO, *Direito Administrativo*, págs. 55. São Paulo, 1975.

de obras pioneiras, de procedência européia, realçando-se a influência das correntes francesa e italiana na evolução do direito administrativo no Brasil.

A princípio, é o direito civil a fonte de onde a administração recolhe, não raro sem proceder a qualquer adaptação, os instrumentos e institutos jurídicos para regular suas relações com os administrados e, em um segundo passo, cronologicamente posterior, para regular a si mesma.

Na medida em que se forma e se expande a ciência da administração, e em que as funções de governo tornam-se mais complexas e abrangentes — passando-se do liberalismo ao intervencionismo estatal, das cidades relativamente contidas às megalópoles quase inadministráveis, das empresas familiares aos tentaculares e impessoais conglomerados econômicos, que tantas transformações acarretam para a organização política e social das nações —, vai o direito administrativo abrindo novos campos de penetração, propondo soluções novas e específicas para novos e desafiantes problemas. Não se devendo perder de vista que, a despeito do notável progresso material — científico e tecnológico —, o homem é o mesmo ser social e político, sujeito às mesmas tragédias do espírito e vacilações da alma, capaz tanto de grandeza quanto de mesquinhez, como sempre foi em todas as idades e eras das civilizações historicamente conhecidas. Fato que põe o conflito humano — ideológico, moral — na posição de ameaça constante — terrível paradoxo — ao progresso alcançado.

Hoje, conquanto se constate, a cada passo, a influência do direito comum na natureza jurídica e nos elementos constitutivos das principais categorias do direito administrativo, já se evidenciam especialização e especificidade que a este distinguem e autonomizam na autoria de regras e princípios próprios e singulares, de índole tipicamente publicista, desligados dos parâmetros tradicionais do direito civil.

Mas a autonomia do direito administrativo coloca-nos diante, pelo menos, de três questões relevantes, no que tange à finalidade deste estudo: a relação com outras duas disciplinas — o direito constitucional e a ciência política; o problema do fim do Estado e das funções de governo; a dicotomia direito público—direito privado.

3. Quanto à primeira dessas questões, é de acolher-se a lição de Oliveira Franco Sobrinho, no sentido de que “de plano e de fundo, a ordem política é constitucional e administrativa. Por conseguinte, na ordem política dos regimes políticos, a integração não é um pressuposto teórico, abstrato, confundível. Mas uma determinante consagrada pela variedade de funções que dão existência concreta aos organismos estatais. Para qualquer tipo de função, sempre há um modo de ser ou um modo de fazer. Uma forma, por assim dizer, de atividade administrativa”. (3)

(3) In *Comentários à Reforma Administrativa Federal*, pág. 23. São Paulo, 1975.

Decompondo tal asserção objetivamente, elucida Oliveira Franco Sobrinho:

“Uma Constituição, seja este ou aquele o regime, apresenta três aspectos: o político, o técnico e o administrativo. O político trata de garantir a eficácia dos objetivos ideológicos consagrados. O técnico, de sistematizar as tarefas de atividade governamental. E o administrativo, sem dúvida, de estabelecer a divisão de poderes e de órgãos, especializando funções, atribuições e faculdades, num plano geral básico de organização estatal.

Definidos os princípios políticos, formados os elementos que devem compor um sistema, só a variada atividade de ação administrativa pode dar vida às organizações estatais. Todas as soluções, na mecânica ou na dinâmica constitucional, são, por natureza, administrativas. Os atos de vontade passam a caracterizar-se como válidas manifestações administrativas. Não há nem pode haver, assim, poder constitucional sem a peculiar função administrativa.

A permanência de uma unidade real de ação, indispensável às estruturas políticas constitucionais, inexistente sem a efetividade de uma ordem administrativa fundada na pluralidade normativa de funções. Toda a dogmática jurídico-constitucional não encontra razão de ser fora dos critérios objetivos adotados, de linha administrativa. Uma Constituição, portanto, examinem-se todas elas, consolida: a) o regime político; b) o regime constitucional; c) o regime administrativo. Não são fases que se exteriorizam, mas vivas estruturas sociais.” (4)

Depreende-se que os atos de governo estão sempre permeados pelo político, pelo constitucional e pelo administrativo, quer se trate de atos estritamente administrativos, quer projetem contação mais ampla, institucional. A tônica é a integração, e sob ela é que se compreenderão tais atos em toda a sua extensão e profundidade. Sob o critério da integração, as várias óticas — política, constitucional, administrativa — terão de somar-se, sem perder, entretanto, a individualidade que a cada qual tipifica. Como assinala Oliveira Franco Sobrinho, “não é porque haja separação de poderes que esses poderes, na sua independência, não se ativem através das mesmas regras administrativas. Se a separação permanece, é uma separação que se caracteriza pela flexibilidade, ou então pela equivalência de seus meios de ação recíproca. Não se compreende uma estrutura governamental divorciada das formas administrativas. Do contrário, o Estado não seria uno, mas simples expressão de poderes divididos”. (5)

4. No que respeita à segunda das questões retroreferidas — o fim do Estado e as funções de governo —, há que partir-se da constatação de que

(4) *Idem, Ibidem.*

(5) *Idem, Ibidem.*

a atividade administrativa, com seus princípios e normas, é contemporânea da idéia de governo, a qual, em nossos dias, é indissociável da idéia de Estado.

O Estado existe para promover o Bem Comum. Fá-lo através dos mecanismos de um todo orgânico chamado governo. Este age sob regras e condições administrativas.

O Estado só tem um fim — o Bem Comum; ⁽⁶⁾ o governo tem múltiplas funções. Isto porque o destinatário da lei política já não é propriamente o cidadão, mas, sim, o trabalhador, ou seja, o homem situado segundo o concurso que há de prestar à prosperidade geral e conforme às exigências de suas necessidades fundamentais: saúde, educação, lazer, segurança social. Esse sentido social do direito deixa de ser uma doutrina ou a pregação de uma escola para traduzir a realidade imperativa dos fatos. A preocupação com o social e a latitude do que sejam necessidades e reclamos sociais induzem o Estado contemporâneo a fazer suas, segundo conjunturas e realidades nacionais, atividades e decisões anteriormente preclusas às funções de governo. Não é por outra razão que os governos ampliam seu poder-dever de controlar, supervisionar, tutelar, intervir, com vistas a garantir segurança e promover desenvolvimento, integradamente. ⁽⁷⁾

Essa ampliação e diversificação de funções obscurece ainda mais a relação direito público—direito privado. No entanto, para estabelecermos o objeto do direito administrativo e, pois, a pertinência de tratar, sob sua ótica, dos atos institucionais, é essencial adotarmos uma posição compreensiva acerca do que presume essa relação.

Toda ação humana almeja um fim; não se atingirá uma finalidade sem uma ação a ela destinada. O direito pode levar em conta diretamente a ação ou pode considerar diretamente o fim, admitindo a ação como simples instrumento ou meio para a obtenção do fim.

A primeira hipótese encontra-se no direito privado, o qual, referindo-se à ação, tem a ver com a liberdade do homem, conservando-a, limitando-a, ou negando-a. Nesse caso, o fim pode ser relevante para introduzir uma limitação ou para atribuir uma qualificação, e pode, através das normas de direito privado, ser favorecido ou receber restrições; contudo, sempre teremos a iniciativa privada e a ação como objeto próprio de disciplina jurídica.

(6) Por Bem Comum deve compreender-se "o conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constitui patrimônio comum e reservado da generalidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção das instituições que mantêm e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família e a corporação profissional; elaboração, em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade" — JEAN DABIN, *La Philosophie de l'Ordre Juridique Positivo*, pág. 160. Paris, 1928.

(7) A propósito, veja-se nosso "Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa", in revista *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 139, págs. 123-184. Rio de Janeiro, 1976.

Diversamente acontece no direito público, onde não são tomadas em consideração ações que se tenha a liberdade de realizar ou que não se possam efetuar, mas apenas as finalidades a atingir e para cuja procura está predisposta a apropriada disciplina das atividades para tanto necessárias. Nesse caso, as ações, sempre indispensáveis, são focalizadas tão-somente como fâmulas daqueles fins, e reguladas de modo que se tornem particularmente eficazes à sua obtenção, ou de sorte a evitar que se ergam em obstáculos a essa obtenção.

Os governos não têm propriamente liberdade para fazer leis, administrar justiça ou manter a ordem. Têm o poder, que é também dever, de fazer leis, administrar justiça e manter a ordem, visando a atender, por meio da segurança e do desenvolvimento, ao fim único do Estado, que é o Bem Comum.

Por isso, qualquer atividade de direito público deve ser concebida como função. Os direitos, poderes e outras formas subjetivas nunca são atribuídos, em direito público, em benefício do ente que deles estiver investido, de molde a deixá-lo livre para deles fazer o uso que mais lhe agrade; estão sempre conexos ao dever de serem exercidos com os fins para que foram instituídos, quer dizer, ao serviço ou em função dessa finalidade.

5. A racionalização operativa dos poderes e deveres públicos conduz à divisão das funções de governo em executivas, legislativas e judiciárias. Cada função desenvolve atividades-fim e atividades-meio. As primeiras constituem o conteúdo da competência específica de cada função (administrar, legislar e julgar), e as segundas concernem às atividades de apoio que permitirão a cada função desincumbir-se de sua competência. A atividade administrativa está presente, portanto, em todas as funções de governo, ora como atividade-meio (funções legislativa e judiciária), ora como atividade-fim (função executiva).

O que há de essencial no direito administrativo, constituindo seu objeto, é, pois, a disciplina jurídica das relações entre as entidades que têm por missão realizar os interesses públicos, e que em conjunto se pode chamar de Administração Pública, e os cidadãos que têm de ter contato com tais entidades para receber prestações, exercer direitos ou cumprir deveres a que estejam adstritos por lei. (8)

Essas relações jurídicas têm de colorir-se de uma tinta de autoridade, a fim de que se destaquem, no conjunto das relações jurídicas, daquelas que se travam em regime de igualdade das partes e localizam-se no direito privado.

A Administração tem poderes a que correspondem obrigações dos administrados, mas estes têm, por sua vez, direitos em face da Administração, traduzidos em deveres que a ela cumpre observar. O direito administrativo, como ramo do direito objetivo, é, assim, um conjunto de normas reguladoras de relações jurídicas. Mas um dos sujeitos dessas relações

(8) Releia-se, sobre a matéria, a magnífica conferência de MARCELO CAETANO perante o I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em Curitiba, 1975. *Anais* págs. 33-48.

é a Administração Pública, instrumento de governo, e este, a seu turno, consectário do Estado. Daí a necessidade de consagrar-se uma parte do campo de estudo do direito administrativo à orgânica administrativa. Ademais, toda relação jurídica implica a existência de garantias que permitam tornar efetivos os direitos e as obrigações dela resultantes; daí a grande importância de que se reveste, em direito público, a consideração das garantias dos administrados.

Eis a encruzilhada onde se encontra o desate de nosso tema: se, de um lado, os administrados têm direitos individuais impostergáveis em face da Administração Pública, e pois do governo, e pois do Estado, também é verdadeiro que o Estado, e pois o governo, e pois a Administração Pública, carregam responsabilidades (poder-dever) não apenas em face desses direitos individuais, mas, igualmente, diante da comunidade nacional como um todo; de vez que o fim último é o Bem Comum, cabe ao governo dispor e prover as medidas que, promovendo e estimulando, ou restringindo e cerceando, sejam eficazes para a obtenção daquele fim. Em respeito, afinal, aos mesmos direitos individuais.

Os atos institucionais serão — fiquemos, por ora, com essa colocação preliminar — a intervenção de governo para resguardar, a um só tempo, direitos sociais e políticos da comunidade nacional, eventualmente em confronto, por vezes em conflito, com direitos individuais subjetivos. O como obter o equilíbrio entre os direitos sociais e os individuais, ambos de natureza político-constitucional, é problema que atinge e interessa ao direito administrativo.

II — ATOS ADMINISTRATIVOS, ATOS DE GOVERNO E ATOS INSTITUCIONAIS EM TESE

6. Traço distintivo: o controle pelo Judiciário. 7. Os atos de governo no direito comparado; afinidades e dessemelhanças com os atos administrativos.

6. O traço distintivo entre atos de governo e atos administrativos tem sido posto no plano do controle de legalidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Poder Judiciário. Um aspecto desse controle assume especial relevância para os fins de nosso estudo: o controle pelo Judiciário dos atos motivados pelas chamadas “questões políticas”.

Trata-se de matéria das mais controvertidas. As teses variam desde a oposição rígida ao controle até o controle pleno e absoluto. A prática dos tribunais, em quase todos os países em que existe o sistema de controle judiciário de legalidade, é a de abstenção no julgamento dessas questões, limitando-se o Judiciário a admitir como de sua competência o exame da observância das formalidades legalmente exigidas para a prática do ato, mas excluindo de sua competência a apreciação do mérito. (9)

(9) Veja-se a síntese de LINARES QUINTANA, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tomo I, págs. 623 e segs. Buenos Aires, 1970. No Brasil, esclarece CAIO TÁCITO (op. cit., pág. 35 e segs.): “O controle judicial limita-se ao exame da legalidade, não se imiscuindo com o mérito do ato... As questões exclusivamente políticas também ficam excluídas da jurisdição do Poder Judiciário. Assim determinaram, expressamente, as Constituições de 1934 e 1937, e a limitação sobrevive, ainda que não mais figure no texto constitucional.”

O problema teleológico, porém, começa antes da definição dos limites da competência judiciária. A argüição primeira é: o que se deve entender por questões políticas?

García Pelayo ressalva, com toda razão, não conhecer "ninguna definición autorizada de lo que debe entenderse por cuestión política, y por consiguiente, la determinación de si una cuestión cae dentro de tal categoría es algo a decidir por el Tribunal". (10)

Com efeito, conquanto os mais recentes esforços da ciência política tendam a admitir a possibilidade de identificar-se a essência do político, ou seja, de proceder-se à redução fenomenológica do que seja político, o fato é que a conversão dessa essência para o plano do Direito normativo ainda apresenta dificuldades jurídicas insuperadas. Assim, enquanto alguns constitucionalistas somente referem-se ao assunto no plano da teoria constitucional, sem apreciar a necessidade, prática e teórica, de distinguir e classificar tais atos, administrativistas há que chegam ao extremo de negar a existência de atos que, embora praticados pelo Poder Executivo, diferem dos atos administrativos, preferindo desconhecer a realidade histórica e jurisprudencial dos atos excluídos do controle judicial.

Em síntese, por atos de governo a doutrina tem entendido chamar os atos do Poder Executivo ou Legislativo que tenham a ver com a sobrevivência do Estado, subtraindo-se da apreciação do Poder Judiciário as razões de conveniência e oportunidade que os determinam. Enquanto que o ato administrativo estará sempre submetido à apreciação do Poder Judiciário. Assim, seriam atos de governo a expulsão de estrangeiros, a celebração de tratados internacionais, os relativos à guerra, à intervenção federal e ao estado de sítio, entre outros.

Esse critério, se necessário, não parece suficiente. Há atos administrativos cujos motivos estão excluídos do exame judicial, sem que se possa alegar estarem vinculados à sobrevivência do Estado. Basta recordar, entre nós, a reiterada jurisprudência no sentido de abstrair-se os tribunais de julgar o mérito dos decretos expropriatórios, o que, por sinal, tem ensejado inacabada polêmica entre os que se alinham em favor da jurisprudência e os que a ela se opõem. (11)

Convém, pois, esclarecer as origens dos atos de governo na prática política, constitucional e administrativa de outras ordenações. Por meio desse exame, chegar-se-á a uma definição de atos de governo e à relação que mantêm com os atos administrativos e institucionais.

7. A gênese da concepção dos atos de governo remonta ao Conselho de Estado francês. Há consenso entre os mais conspícuos autores quanto ao surgimento desses atos com o fim de assegurar a sobrevivência do Conselho frente à administração dos Bourbon, em período particularmente

(10) MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 340. Madri, 4.ª ed., 1957.

(11) Veja-se, a propósito artigo do Prof. RUBEM NOGUEIRA, "Do controle de constitucionalidade das desapropriações no processo expropriatório", in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 49, págs. 43-58. Senado Federal, Brasília, 1976.

incerto da vida política francesa. Conquanto o governo de Napoleão III, durante grande parte da primeira metade do século XIX, tivesse executado obras públicas de porte, no plano político inúmeras foram as reformas constitucionais projetadas e poucas as efetivadas, em meio a ameaças de guerra externa — que, afinal, consumaram-se no conflito franco-prusiano —, preparando caminho para a III República.

O Conselho, a partir de lei de 24 de maio de 1872, que facultou aos *Ministros sollicitarem ao Conselho a devolução de processos que não correspondessem ao contencioso administrativo*, elaborou a doutrina de que os atos de governo prescindiam do controle judicial; assim fazendo, esquivava-se do julgamento de certas decisões políticas da Administração, que fatalmente provocariam discórdia, e mantinha-se como tribunal estritamente administrativo. ⁽¹²⁾

A princípio, o Conselho formulou a tese de que os atos motivados por razões políticas estavam isentos de seu controle, como tribunal administrativo. Tal posição resultou em arbítrios de toda sorte, pois que bastava rotular os motivos de um ato administrativo como razões de Estado para que se transmudasse em ato insuscetível de apreciação judicial.

Abandonou-se o móbil político como característica dos atos de governo, adotando-se outro critério, que se revelaria igualmente inadequado: a distinção entre governo e administração. Verificou-se ser impossível, na prática, traçar as linhas da pretendida distinção. Chegou-se, afinal, ao critério ainda hoje prevalecente, que é o do casuísmo — são atos de governo aqueles enumerados pelo Conselho de Estado e pelo Tribunal de Conflitos. ⁽¹³⁾

Na Itália, a evolução da matéria seguiu os mesmos passos, predominando, na doutrina atual, a tese de que são atos de governo aqueles que a lei o declare e excluindo-se da categoria os atos administrativos em geral. Os primeiros são insuscetíveis de controle judicial; os seguintes poderão sempre ser objeto de revisão judiciária quanto à legalidade, respeitando-se os poderes discricionários da administração. ⁽¹⁴⁾

Na Alemanha, a matéria teve curso mais tranqüilo. Desde logo entendeu-se que os atos de governo são apenas aqueles assim declarados expressamente pela lei, isto porque a doutrina e a jurisprudência alemãs cedo perceberam a impossibilidade de distinguir-se, a não ser através de lei, o ato administrativo do ato de governo, da mesma forma que não se distingue, na prática, governo de administração. ⁽¹⁵⁾

(12) Nesse sentido, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, t. I, págs. 243 e segs., Paris, 1970; MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, págs. 217 e segs., Paris, 1963; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, págs. 140 e segs., Paris, 1988; MAURICE HAURIU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, págs. 282 e segs., Paris, 1887.

(13) LAUBADÈRE e RIVERO, *op. cit.*, págs. 245 e 141, respectivamente.

(14) GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, pág. 191, Milão, 1958; ORESTE RANGI LETTI, *La garanzia della giustizia nella pubblica amministrazione*, págs. 331-332, Milão, 1937; RENATO ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 602, trad., Barcelona, 1970.

(15) ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, págs. 683 e segs., trad. Madri, 1958.

Na Espanha, a legislação exclui da jurisdição contenciosa-administrativa "las cuestiones que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa" (lei de 27-12-1956, art. 2º, b).

Na Argentina, a discussão ganha cores distintas, pois que ali, como entre nós, a organização administrativa não conheceu a figura do contencioso administrativo, representado pelo Conselho de Estado francês, e de onde originou-se toda a construção doutrinária e jurisprudencial em torno dos atos de governo. Assim, procede inteiramente a observação de Cassagne:

"Las razones que llevaran en Francia al Consejo de Estado a restringir sus funciones en aras de su supervivencia no tienen asidero en un sistema como el nuestro, donde el contralor jurisdiccional de la actividad de los órganos legislativo y ejecutivo se halla encomendado, por principio constitucional, a un órgano separado e independiente: el órgano judicial.

En nuestro ordenamiento, por aplicación de tal principio (por regla general), todo acto que afecte derechos subjetivos de los administrados se encuentra sometido al contralor de los órganos judiciales. De manera que muchos de los actos de gobierno (v. gr., expulsión y prohibición de entrada a extranjeros, celebración de tratados internacionales, indulto, actos de policía dictados en el transcurso de una guerra nacional contra extranjeros) no escapan al contralor judicial, en cuanto afecten los derechos subjetivos de los administrados.

En realidad, puesto que no aceptamos en el plano jurídico la distinción entre función gubernativa y administrativa, debemos reconocer que tales actos (exclusivamente los que tengan efectos directos respecto de terceros) traducen el ejercicio de la función administrativa en sentido material, siendo judiciales, por cuya causa y en mérito a que carecen de un régimen jurídico peculiar, no se justifica su categorización jurídica en un plano opuesto a la de los actos administrativos." (16)

Assim, para Cassagne, e em face da ordenação política, constitucional e administrativa argentina, inexistente a categoria de atos de governo, pela simples razão de que os atos assim catalogados pela doutrina e jurisprudência européias são, na verdade, atos administrativos sujeitos, como todo ato administrativo, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Em resumo, de acordo com a doutrina dominante argentina, (17) os atos de governo que produzam efeitos jurídicos diretos sobre terceiros,

(16) JUAN CARLOS CASSAGNE, *El Acto Administrativo*, págs. 157 e segs. Buenos Aires, 1974.

(17) Nesse sentido também MANUEL MARIA DIEZ, *El Acto de Gobierno en el Derecho Argentino*, 1971; AUGUSTIN GORDILLO, *El Acto Administrativo*, 1969; e MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 1970.

são atos administrativos sujeitos ao controle de legalidade; os atos de governo que não produzem efeitos jurídicos diretos na esfera dos direitos dos administrados, e de que são exemplos a intervenção federal e a decretação do estado de sítio, são chamados de atos institucionais. Em outras palavras, não existe, a rigor, a categoria de atos de governo, mas, tão-somente, a de atos administrativos e atos institucionais.

III — OS ATOS ADMINISTRATIVOS E DE GOVERNO NA ORDENAÇÃO BRASILEIRA

8. O ato de governo é espécie do gênero ato administrativo. 9. Motivo e finalidade no ato de governo. 10. O caso concreto da intervenção. 11. O conceito de ato de governo.

8. Na ordenação jurídico-política brasileira, a questão peculiariza-se, em face da Constituição, de leis extravagantes que regulamentam competências inscritas na Constituição (portanto, leis de caráter administrativo), e dos atos institucionais propriamente ditos, editados pelo Governo Federal.

Decerto, o quadro constitucional e administrativo de nossas instituições distancia-se do paradigma francês e em muito assemelha-se ao que descreve Cassagne, daí poder-se considerar a observação do ilustre administrativista argentino quanto à inexistência dos atos de governo, como categoria própria e autônoma. Todavia, se, de um lado, tanto os atos de governo que atingem direitos individuais quanto os administrativos não escapam ao controle de legalidade — é o que dispõe o art. 153, § 4º, da vigente Constituição Federal brasileira (Emenda nº 1/69): “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” —, por outro lado, não se pode ignorar que a mesma Carta Constitucional confere à União, aos Estados e aos Municípios, bem como ao Poder Legislativo, certas competências para a prática de atos que em nada repercutem sobre o direito subjetivo individual, sendo, pois, insuscetíveis de revisão judicial, como é o caso do que se contém nos arts. 8º, 10, 11, 12 e 15. Os atos praticados em consonância com essas disposições não deixam de ser administrativos, na essência de sua estrutura jurídico-formal. Mas não há dúvida de que são de hierarquia diversa da do ato administrativo comum, uma vez que consagram opções e decisões que implicam toda a vida nacional, sem ferir, diretamente, direitos subjetivos individuais.

Tampouco cremos que se possa, na prática, fazer nítida separação entre administração e governo, contudo há que reconhecer não ser descabido o reparo de Bénóit, quando faz ver que “l’homme de gouvernement et l’administrateur n’ont pas le même rôle ni ne doivent avoir les mêmes qualités, puisque gouverner c’est procéder aux choix politiques, tandis qu’administrer c’est assurer le fonctionnement quotidien des services publics, faire la police et gérer le domaine”. (18)

(18) FRANCIS-PAUL BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*. Paris, 1968.

Em conseqüência, parece assistir razão aos termos em que coloca a questão o insigne professor José Cretella Júnior, para quem "o ato de governo é espécie do gênero ato administrativo, do mesmo modo que Poder Administrativo e Poder Executivo, um vinculado a outro, numa relação de gênero e espécie". O ato de governo, não se distinguindo, em substância, do ato administrativo, também tem em mira a concretização do direito, porém "forma uma classe à parte entre as múltiplas manifestações da vontade" governamental. Aproxima-se, sob certos aspectos, do ato discricionário, "se bem que se movimente numa área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos denominar de discricionariedade governamental ou discricionariedade política". (19)

9. Tome-se o caso do art. 8º, XVII, p, da Constituição brasileira (Emenda nº 1/69). Dá à União competência para legislar sobre entrada, extradição e expulsão de estrangeiros. E fê-lo a União através do Decreto-Lei nº 941, de 13-10-1969, adotando um sistema misto: submeteu ao Judiciário o julgamento da legalidade e procedência do pedido (art. 94) e erigiu o Executivo em Juiz absoluto da conveniência e do interesse em executar a extradição. Imagine-se, pois, a natureza do ato que execute a extradição.

Tratar-se-á de ato administrativo, sem dúvida. E também de ato de governo, pois que sobre ele não mais poderá pronunciar-se o Judiciário, ante a discricionariedade governamental expressamente imposta pela lei. Em outras palavras, a lei autoriza o governo a dispor sobre parcela dos direitos subjetivos de certa pessoa, sob certas condições, uma vez demonstrado que a permanência dessa pessoa em território brasileiro não convém aos interesses nacionais.

Para que se esbocem os elementos do ato de governo, recorra-se aos elementos do ato administrativo que o individualizam em face do ato jurídico: o motivo e a finalidade. Ver-se-á, então, que ato de governo é espécie de ato administrativo, cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo ou não produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, desde que a finalidade seja a salvaguarda, mesmo a título preventivo, dos interesses nacionais objetivamente ameaçados. O fato de ser ato insuscetível de revisão judicial não colide com a judicialidade do gênero ato administrativo, pois que também neste a parcela de discricionariedade é intangível por ato judicial, a menos que ilegal. E controle de legalidade há de haver sempre, no Estado de Direito. (20) Daí havermos sustentado a insuficiência do critério vazado apenas no controle de legalidade para definir o ato de governo.

10. Tome-se outro exemplo concreto para reforçar as características ora relacionadas quanto aos atos de governo. Seja o dos arts. 10 e 15 da Emenda Constitucional nº 1/69, o primeiro dispondo sobre os casos

(19) In Dicionário de Direito Administrativo, pág. 34. São Paulo, 1972.

(20) É preciso não esquecer que a prática administrativa evidencia como são raros os modelos extremos e categóricos, quando se trata de ato vinculado e ato discricionário. Como adverte CAIO TÁCITO, "não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuadas, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa" (op. cit., pág. 66).

de intervenção da União nos Estados; o segundo, sobre a intervenção do Estado nos Municípios.

Recordem-se os contornos mais gerais do instituto da Intervenção.

Historicamente, a intervenção federal ganha relevo à época em que se discutia ainda a tese da soberania estadual, nos primórdios do regime federativo (séculos XVIII e XIX). É medida que tem caráter de excepcionalidade, somente podendo ser aplicada nos casos em que o autorize expressamente a Constituição. A regra sempre foi, e é, a da *não-intervenção*.

Alguns, como Max Fleischmann, vêem-na como uma medida derivada do poder de polícia da União. Outros, à frente Edgard Leoning, entendem-na como medida relacionada à *segurança nacional*. Já Alberto Haenel considera-a ato administrativo; Ludwig Waldecker, um ato de execução. O insigne constitucionalista da Escola de Recife, professor Luiz Pinto Ferreira, descreve-a como medida de índole político-jurídica cujo fim é preservar a ordem constitucional prevista na Lei Magna. (21)

Excluam-se, de nossa preocupação, no momento, as três últimas acepções: ato administrativo, ato de execução e instrumento político-constitucional. Aceitar qualquer delas significa renunciar à pesquisa das razões e motivações que singularizam a história das instituições políticas de uma nação. E é admitir que a *intervenção federal não passa de uma medida burocrática revestida de formalidades peculiares*. Em verdade, a intervenção federal sempre foi, e continua a ser, um instrumento de conteúdo finalístico transcendental, qual seja o de prevenir e desencorajar qualquer ameaça à unidade nacional. É evidente que, de um ponto de vista formal, a intervenção federal é também um ato da Administração Federal e um ato de execução, bem como um instituto jurídico, de vez que seu campo de incidência é demarcado constitucionalmente. Mas sob uma ótica de maior alcance político, a intervenção representa uma dentre as garantias constitucionalmente previstas para a soberania, a unidade e a integração nacionais. Assim, deter-nos-emos em examinar sua natureza como manifestação do poder de polícia e da segurança nacional.

Ao falar-se em poder de polícia, nunca é demais lembrar que a expressão *sofreu profundas modificações em seu conteúdo desde o século XIX, quando surgiu com a acepção que hoje reservamos para a administração pública em geral*. Era, então, toda a ação do Príncipe dirigida a promover o bem-estar dos vassalos. E, na verdade, o célebre tratado sobre a Polícia, de Delamare, versa tantas e tão variadas matérias que abrange toda a administração do Estado.

Marcelo Caetano supera os obstáculos que representam as confusões freqüentes entre o instituto jurídico da Polícia e o sentido vulgar em que se emprega o termo, a imprecisão dos manuais franceses e a divisão dos autores na Itália e na Alemanha, para apresentar uma moderna definição de poder de polícia: "O modo de atuar da autoridade adminis-

(21) Apud PINTO FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, vol. 1.º, págs. 107-116. São Paulo, 1974.

trativa, que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir." (22)

A essência da definição está na noção de prevenir danos sociais. Essa prevenção é o objeto próprio do modernizado poder de polícia, é o elemento jurídico fundamental do instituto. Arma-se a administração de meios necessários e suficientes para evitar que certas ações comprometam o bem-estar coletivo, ou desvirtuem atividades e funções de interesse público.

Neste ponto, é preciso apontar uma discrepância. Caetano confina o poder de polícia à intervenção no exercício de atividades individuais. São sempre as pessoas, diz ele, que estão sob a ação policial, mesmo quando atuam em grupo ou associação. A doutrina não é unânime. De nossa parte, cremos que toda vez que à administração é reservado o direito de intervir nas ações ou atividades de pessoas físicas ou jurídicas de qualquer natureza, com o fim de prevenir danos sociais, há inequívoca manifestação de poder de polícia.

Assim, quando a Constituição Federal brasileira (Emenda nº 1/69) assegura à União o poder de intervir nos Estados para manter a integridade nacional, pôr termo a perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou a corrupção no poder público estadual, assegurar o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais, reorganizar as finanças do Estado sob certas circunstâncias etc. (art. 10), está concedendo à Administração Federal supremo grau de poder de polícia, em sua mais larga acepção.

É o próprio Caetano quem reforça esse entendimento, ao enfatizar que os danos sociais a prevenir devem constar da lei. E que os poderes de que se valerá a administração para efetivar a prevenção também têm de ser jurídicos, isto é, fazerem parte de uma competência conferida por lei e visarem à realização de fins legalmente fixados.

Característica que se compadece com o fato de que, conforme adverte ainda Caetano, "os poderes de polícia são, como todos os poderes constituídos de uma competência, conferidos por lei. Uma vez, a lei discrimina minuciosamente os modos do respectivo exercício e os limites de seu alcance; outras vezes confere poderes discricionários, os quais são numerosos quando se trata de competência policial... Os poderes discricionários de polícia têm, porém, de ser entendidos relativamente ao fim legal de sua instituição; nem há discricionariiedade quanto ao fim, pois nunca o arbítrio do agente pode ir ao ponto de usar da competência para realização de interesses diferentes dos da Administração Pública, sob pena de invalidade de seus atos por desvio de poder". (23)

(22) In *Manual de Direito Administrativo*, tomo II, pág. 1068. Rio de Janeiro, 1970.

(23) *Idem*, pág. 1071.

Logo, não seriam de excluir-se da incidência mais lata do poder de polícia os casos em que a própria Constituição expressamente supre a Administração Federal de poderes específicos para prevenir danos sociais, através da intervenção nos Estados. O exercício desses poderes ocorrerá por meio de atos especiais, os quais, embora de natureza administrativa, contêm tal especificidade que constituem uma espécie distinta daqueles atos — são os atos de governo.

A intervenção federal foi, durante a Primeira República, poderoso instrumento de resguardo da segurança nacional, entendida esta, à época, como manutenção da paz e da ordem pública. Através da intervenção foi possível manter a unidade política do País, freqüentemente posta em xeque por comoções intestinas. Ainda que a intervenção pudesse ser empregada, ocasionalmente, para satisfação de propósitos políticos subalternos, o fato é que, da decretação e efetivação desse recurso legal saiu a União fortalecida, com respaldo constitucional. (24)

A Constituição de 1934 orientou-se no sentido do federalismo cooperativo. Ampliou os poderes da União sem destruir a autonomia dos Estados. Note-se que, em seu art. 12, autorizou a intervenção federal, entre outras hipóteses, para manter a integridade nacional, compreendendo a ordem interna e a soberania externa.

Sob a Constituição de 1946, o federalismo cooperativo manteve as conquistas obtidas em 1934 e alargou os poderes da União. O elemento característico dessa fase do federalismo brasileiro esteve na política da União de promover o desenvolvimento nas regiões menos beneficiadas pelo progresso. Tal inovação demonstra que a cooperação transcende a esfera das meras relações entre União, Estados e Municípios, para projetar uma nova perspectiva, que revela a preocupação do Governo Federal em acionar um desenvolvimento integrado.

A Constituição de 1946 conservou as regras atinentes à intervenção federal nos Estados, dando-lhe os publicistas, todavia, interpretação mais abrangente. Ela ocorreria "em função de duas causas: a integridade nacional, primeiramente; depois, a tranqüilidade pública. Naquela hipótese, impede a desunião dos Estados e a conseqüente dissolução da Pátria; nesta, assegura ao povo — que, nem por estar distribuído por Estados, deixa de ser o povo único, protegido pelas instituições nacionais — o respeito às condições de ordem e legalidade que lhe prometeu a Constituição da República". (25)

(24) A propósito, RAUL MACHADO HORTA, "Tendências de Federalismo Brasileiro", in *Revista de Direito Público*, vol. IX, pág. 11.

(25) PEDRO CALMON, *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, pág. 73. Rio de Janeiro, 1951.

No texto constitucional de 1967, a intervenção federal recebeu novo tratamento: permaneceu como instrumento de manutenção da integridade nacional, mas adiantou-se quando substituiu a expressão "guerra civil", da Constituição de 1946 (art. 7º, III), por "grave perturbação da ordem", além de haver acrescentado nova hipótese de intervenção, consubstanciada na "ameaça de irrupção da perturbação da ordem":

"Art. 10 — A União não intervirá nos Estados, salvo para:

I — manter a integridade nacional;

.....

II — pôr termo a grave perturbação da ordem, ou ameaça de sua irrupção."

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, é mais taxativa no enunciado desses preceitos, tornando-os ainda mais íntimos da segurança nacional. Quanto à intervenção federal, nova hipótese é, na Emenda nº 1, adicionada aos casos previstos pelo art. 10, de 1967:

"Art. 10 — A União não intervirá nos Estados, salvo para:

.....

III — pôr termo a perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção ou a corrupção no poder público estadual;"

Aplica-se idêntica regra no caso de intervenção do governo estadual no municipal:

"Art. 15 — A autonomia municipal será assegurada:

.....

§ 3º — A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando:

.....

e) forem praticados, na administração municipal, atos subversivos ou de corrupção;"

A corrupção no exercício do poder público é equiparada, assim, aos demais casos passíveis de provocar insatisfação ou revolta social, geradores de riscos à segurança, e ensejando a intervenção.

11. O que se conclui do exposto é que todas as hipóteses formuladas para fundamentar a intervenção federal são válidas e coexistem, porém em dois planos distintos: o formal-administrativo, e neste a intervenção

é ato administrativo, de execução, e instrumento de política constitucional; o de conteúdo finalístico em relação à sobrevivência mesma da União Federal, que coloca a intervenção como instrumento constitucional para garantir a soberania, a unidade e a integridade nacionais. Trata-se, então, de ato de governo.

O recurso à intervenção vem tornando-se raro em nosso tempo, o que, para o eminente Pinto Ferreira, traduz “desprestígio teórico” do instituto. Para nós, a afirmação procede apenas em parte. A consolidação das Federações, fruto de melhor compreensão sobre sua estrutura e seu funcionamento, aliada à consciência democrática de número cada vez maior de governantes e governados, é que tem contribuído para o atual desuso da intervenção federal. Se, de um lado, é animador constatá-lo — como indício de amadurecimento político das nações —, significa, por outro turno, atitude realista e prudente, em face das contingências da natureza humana diante do fascínio do poder e da crescente complexidade técnica que se apresenta nas ações de governo, manter a intervenção federal como garantia constitucional de autodefesa do federalismo, o qual seria organização incapaz e desestruturada sem o instituto da intervenção. Assim, a intervenção, como manifestação superlativa do poder de polícia, será, tal qual este é definido por Bernard Schwartz, “direito natural de autodefesa” da sociedade nacional organizada em Federação. (26)

Não é menos verdade, tampouco, que o Estado contemporâneo tem encontrado sucedâneos para a intervenção federal, com o mesmo objetivo de assegurar unidade e uniformidade de ação nos Estados-membros. São fórmulas que visam ao mesmo efeito operativo, mas minimizam as disfunções e os traumas político-institucionais que usualmente acompanham a intervenção.

No Brasil — onde, ainda recentemente, o Governo do Estado do Rio de Janeiro decretou intervenção no Município de São João de Meriti, com fulcro no art. 15, § 3º, e, da Carta vigente —, várias têm sido as medidas incorporadas na ordem legal e no âmbito político-administrativo, mercê das quais a intervenção fica colocada na posição de remédio extremo, a ser ministrado quando esgotadas ou malogradas as demais instâncias políticas e administrativas, ou se caracterizam situações de subversão da ordem ou corrupção no poder público. Pelo menos duas medidas podem ser assim caracterizadas, entre nós: a que declara certos municípios como de interesse para a segurança nacional, sendo seus prefeitos nomeados pelo Presidente da República; e as que resultam dos planos e programas integrados de desenvolvimento, por meio dos quais União e Estados, comumente de uma mesma região ou em torno de um certo pólo de interesse (regiões metropolitanas, por exemplo), somam recursos e ações sob as diretrizes ditadas pelo Governo Federal.

(26) *Constitutional Law*, pág. 43. New York, 1972.

Se é verdadeiro, de um lado, que o apelo à intervenção vem sendo evitado pela concepção de novas formas políticas e administrativas de influência executiva da União sobre os assuntos estaduais, não é menos real, de outro turno, que a permanência, nas Constituições, da possibilidade de a União intervir nos Estados e estes nos Municípios representa uma reserva de poder de polícia indispensável, a ser utilizada no momento adequado e conforme a lei.

Assim, podemos acrescentar, ao primeiro esboço de definição do conceito de atos de governo, sua relação com a segurança e o desenvolvimento nacionais. Nosso conceito será, então: espécie de ato administrativo, cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo, ou não, produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, e cuja finalidade é prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento nacionais, nos termos da Constituição e legislação pertinente.

IV — OS ATOS INSTITUCIONAIS NO CONTEXTO POLÍTICO-JURÍDICO BRASILEIRO

12. Os atos institucionais na antigüidade clássica: atos de governo, atos administrativos típicos. 13. O ato institucional brasileiro é virtual ato de governo e ato administrativo atípico. 14. Efeitos técnico-jurídicos do ato institucional. 15. Ilustrações históricas.

12. Os atos institucionais — que, omitidos pela doutrina européia, abrangam, na Argentina, os atos de governo que não produzem efeitos jurídicos sobre direitos subjetivos individuais — são destinados, no Brasil, a reprimir ou reparar, por iniciativa do Presidente da República, com base em investigação sumária excluída da apreciação do Poder Judiciário, casos de corrupção no exercício de função pública ou de subversão das instituições nacionais.

Estariam tais atos absorvidos pelo conceito que vimos de fixar para os atos de governo e, pois, sujeitos à mesma morfologia dos atos administrativos?

Socorramo-nos, uma vez mais, do estudo histórico, para esclarecer, no defluir da evolução conceitual, quais os elementos efetivamente estruturais dos atos institucionais, apartando-os daqueles de ordem conjuntural.

Entre as reformas constitucionais introduzidas por Clístenes na democracia ateniense, em 507 A.C., incluía-se o "ostracismo", que nada mais era do que o direito, conferido à assembléia popular, de afastar de Atenas, por dez anos, pessoa que atentasse contra a harmonia e a tran-

quilidade da ordem política. Criava-se "um instrumento político como salvaguarda constitucional da democracia". (27)

(27) Cfr. A. J. GREENIDGE, *Greek Constitutional Antiquities*, Londres, 1896. A propósito da estrutura democrática ateniense, vale a pena recordar o funcionamento de seus órgãos principais de governo.

Em Atenas, uma monarquia imperara até meados do século VIII A. C. Durante a centúria seguinte, o conselho de nobres — Areópago — despoja o rei de seus poderes. A introdução da cultura da vinha e da oliveira proporciona o desenvolvimento da agricultura como empreendimento de vulto. Os vinhedos e os olivais exigem tempo considerável para produzir; somente prosperam os que dispõem de recursos capazes de suportar o período de plantação e acilmação. O pequeno lavrador endivida-se, devido, também, à importação do trigo a preços ruinosos. Não lhe resta outra alternativa que hipotecar a terra, depois a família e a si próprio. Muitos acabam como servos, quando não mais podem resgatar as hipotecas.

Do caos emergem reclamações e ameaças de revolução, até que, em 594 A. C., todas as facções acordam na indicação de Sólon para magistrado, com a incumbência de realizar reformas. Sua escolha, realça TOYNBEE ("Helenismo", ed. 1969), deve-se ao "fato de ser esse raro homem de negócios uma figura neutra numa comunidade predominantemente agrícola".

As primeiras reformas de Sólon foram a criação do Conselho dos Quatrocentos, incorporando cidadãos da classe média entre seus membros; libertação das classes inferiores, tornando seus componentes aptos para participarem da "ecclesia", ou assembleia do povo; organização de um tribunal supremo, aberto a todo cidadão eleito pelo sufrágio masculino, com competência para julgar recursos das decisões dos magistrados, que constituam o Colégio dos Arcontes, de 9 membros.

As reformas de Sólon não aquietaram o descontentamento. As classes populares permaneceram insatisfeitas porque continuavam excluídas das funções da magistratura e porque o Areópago conservava seus poderes intactos. A segunda reforma constitucional ateniense — Dracon produzira a primeira, cêlebra pelo rigor de suas disposições — não logrou, assim, estabelecer o equilíbrio entre os órgãos que detinham o poder, nem equanimizou a distribuição de suas atribuições.

A personalidade ateniense aproximava-se, a essa altura, da descrição de BURNS:

"Entre todos os povos do mundo antigo, o que melhor refletiu o espírito do homem ocidental foi o helênico. Nenhuma outra nação de seu tempo deu provas de tão forte dedicação à causa da liberdade ou de uma crença tão firme na nobreza das realizações humanas. Glorificavam o homem como a mais importante criatura do universo e recusavam submeter-se às imposições dos sacerdotes ou dos déspotas, e até a se humilhar ante os deuses. Sua atitude era essencialmente laica e racionalista; exaltavam o espírito de livre exame e colocavam o conhecimento acima da fé" ("História da Civilização Ocidental", 8.ª ed., 1968).

Sólon abriu os horizontes atenienses. Até sua época, sustenta TOYNBEE, "a Ática fora uma região atreada. Nenhuma parte lhe coubera na expansão do mundo helênico pela colonização no além-mar".

As reformas de Clístenes, que se seguem às de Sólon, adverte A. ANDREWES ("O desenvolvimento da cidade-Estado", in "O Mundo Grego", ed. 1965), "não são fáceis de interpretar, mas a tendência geral era reduzir ainda mais a área em que a influência aristocrática pudessem ser exercida". O mesmo autor é enfático quanto ao início da democracia em Atenas: "Havia ainda muito a fazer antes que a democracia ateniense alcançasse o auge, mas se tivermos de atribuir seu nascimento a um ano, então 507 A. C., o ano da legislação de Clístenes, será o mais adequado".

O conselho soloniano é adaptado à Constituição de Clístenes, passando a Conselho dos Quinhentos, com 50 delegados de cada tribo. O Colégio dos Arcontes recebe um secretário, e o Tribunal de Julgamento Popular passa a contar com 5 mil juizes, 500 de cada tribo. Mantém-se a "ecclesia".

A idéia ateniense é assim descrita por JONES: "Todos os cidadãos tinham não só direitos iguais perante a lei, mas uma voz igual na decisão das questões públicas e uma parcela igual no governo prático do Estado. Era isso o que a democracia significava para os gregos. Eles desconfiavam das instituições representativas e teriam considerado o sistema parlamentar como uma forma de aristocracia elitista. A verdadeira democracia exigia, para eles, que cada cidadão ouvisse pessoalmente todas as questões debatidas — e opinasse, querendo — e nelas votasse diretamente; até mesmo na administração, todo cidadão deveria governar e, por sua vez, ser governado" (A. H. JONES, "Atenas e Esparta", in "O Mundo Grego", 1965).

Dai a consideração do sorteio como uma das pedras fundamentais da democracia. Os atenienses viam na eleição um processo antes aristocrático do que democrático; os que desfrutassem de riqueza, posição ou palavra fácil, habitualmente sobrepujariam o homem comum.

Os conselheiros e magistrados passaram a ser indicados por sorteio. A escolha ocorria anualmente, computadas todas as camadas de Atenas e das aldeias áticas, mais ou menos em proporção às respectivas populações; nenhum cidadão podia servir por mais de duas vezes em qualquer dos casos. Essa coleção, formada tão ao acaso e alterada a cada ano, dificilmente poderia adquirir espírito de grupo. O Conselho dos Quinhentos, na verdade, representava uma amostragem da totalidade das cidadãos.

A assembleia popular reunia-se a céu aberto, no monte de Pnyx, em frente à Acrópole, pelo menos 40 vezes por ano. Resolvia desde as maiores questões de política até os pormenores administrativos. Todos os cidadãos — a menos que tivessem perdido seus direitos — podiam comparecer, votar, pronunciar discursos e apresentar moções. Os gregos mantinham reservas em confiar decisões vitais ao voto da maioria, numa reunião de massa, mas os atenienses julgavam que os méritos do sistema lhe compensavam os defeitos. Argumentavam que enquanto o perito destina assuntos técnicos, o debate da maioria dos problemas políticos depende de considerações morais sobre as quais todos estão habilitados. A assembleia ouvia a opinião do técnico e o valava quando não demonstrasse conhecimento sobre o tema; em assuntos genéricos, escutava qualquer orador, nobre ou plebeu, rico ou pobre, com a mesma atenção. A "ecclesia" era ocasionalmente tomada pela emoção, a ponto de aprovar decisões brutais. Certa feita, ordenou a execução da totalidade da população masculina da cidade rebelde de Miléna; no dia seguinte, envergonhou-se da decisão e anulou-a em tempo.

Esse ato da assembléia ateniense — “ecclesia” —, de indole política e previsto na Constituição, é, por certo, o mais remoto antecedente das cassações de direitos políticos decretadas pelo Presidente da República e introduzidas na vida política brasileira a partir de 1964, através de atos chamados de institucionais.

O “ostracismo” consistia em afastar de Atenas quem se constituisse em ameaça à ordem política estabelecida e ao regime democrático. A aplicação da medida cabia à assembléia popular, em reunião convocada especialmente para tal fim. Os cidadãos registravam o nome dos que pretendiam afastar em fragmentos de “ostrakon” (concha ou telha), os quais depositavam em urnas fechadas. Impunha-se o “ostracismo” se houvesse seis mil votos a favor (divergem os autores quanto ao mínimo de votos; para alguns, seria de dez mil).

Após os dez anos, o atingido reintegrava-se em seus direitos civis e políticos. O “ostracismo” era antes preventivo do que punitivo. Afastava-se o cidadão antes que aglutinasse poderes e adeptos o bastante para, aí, sim, trair a Constituição. Não se confundia a medida com o exílio romano, que importava na perda da propriedade e dos direitos civis e políticos em caráter irrevogável, não se marcando prazo, ademais, para o retorno a Roma. A própria “ecclesia” aboliu o “ostracismo” por volta de 380 a.C., pois que se desvirtuara de seus objetivos iniciais, tornando-se arma partidária na luta entre facções rivais.

Escoimado de sua roupagem circunstancial, o que se poderia chamar de ato institucional ateniense reduz-se a alguns elementos essenciais: ato discricionário, da competência de órgão inscrito na Constituição, a qual lhe definiu o objeto e a finalidade. Presentes, pois, os elementos típicos do ato administrativo: o motivo, deixado à discricionariedade da “ecclesia”; e a finalidade — afastar da cidade-Estado aquele que representasse ameaça ao Estado, conforme concebido pela Constituição. É evidente que a decisão da assembléia era irrecorrível, o que contribuía para conferir a esse ato administrativo a peculiaridade de um ato de governo.

13. Entre os elementos essenciais do ato institucional ateniense e o brasileiro verificam-se algumas discrepâncias, de fundo e de forma. Lá, o ato era da competência da “ecclesia”, que se poderia equiparar ao Poder Legislativo nas democracias representativas modernas; aqui, é do Presidente da República, o que acompanha a tendência do Estado contemporâneo no sentido do fortalecimento do Poder Executivo. Lá, toma-

va-se a decisão por voto popular; aqui, é o Presidente da República, por provocação de autoridade competente (Ministros ou Governadores de Estados), quem a impõe. Em ambas as situações, contudo, há regras a observar: lá, a exigência de um mínimo de votos para que se concretizasse a medida, sua duração por dez anos, e a reassunção de todos os direitos civis e políticos ao cabo desse período; aqui, precede e embasa o ato institucional investigação sumária realizada por órgãos específicos, há o mesmo período de duração da medida, e a exclusão de seus efeitos sobre os direitos civis, que permanecem intactos. Lá, o cidadão era obrigado a afastar-se de Atenas durante dez anos; aqui, o afastamento do País não é necessariamente imposto em todos os casos, mas apenas nos de banimento.

A fundamental diferença, porém, reside na fonte de poder que legitima o ato. Enquanto o "ostracismo" em Atenas era previsto e regulado pela Constituição, representando, pois, uma opção política de governo, de contornos jurídicos — constitucionais e administrativos — bem definidos, o ato institucional brasileiro alega o respaldo de um poder revolucionário, o qual é legítimo até o momento em que o deixa de ser, como ocorre em todos os fenômenos histórico-culturais, como seja uma revolução. É evidente que não vai aqui qualquer juízo de valor, mas, tão-somente, a constatação científica das lições da História e do Direito. (28)

Tecnicamente, o que se deduz é que o "ostracismo" ateniense era um ato de governo, reunindo todos os elementos do conceito que fixamos para a espécie — discricionariedade quanto ao motivo, e a finalidade de prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento da democracia, nos termos da Constituição. Era, pois, ato administrativo típico e específico, cujo objeto era a salvaguarda da Constituição, que a tudo e a todos sobrepairava.

(28) "Objeta-se que, ocorrida a ruptura da ordem jurídica, o poder revolucionário se investe, de fato, de função constituinte. É, realmente, o que a história demonstra, em múltiplas situações. É de ver, porém, que o poder revolucionário ou discricionário não tem alcance ilimitado, mesmo no tempo. Presunção em contrário negaria o pensamento universal, que localiza nas formas políticas o meio de instituir-se a ordem estável. DE GAULLE, em 1958, retornando ao poder na França, propôs revisão constitucional, realizada por processo diverso do previsto na Constituição de 1946. Fé-lo, porém, baseado em diploma constitucional que preestabeleceu as linhas básicas do novo sistema, ainda assim sob críticas, que se repetem. Efetivamente, a Lei Constitucional de 3 de junho de 1958, que disciplinou a revisão, prefixou diretrizes permanentes: a unicidade do sufrágio popular como fonte do poder; a separação do Poder Executivo e do Poder Legislativo; a responsabilidade do Governo perante o Parlamento; a independência da autoridade judiciária para ser guardiã do respeito às liberdades essenciais; a participação de membros da Assembléia Nacional e do Conselho da República na coordenação do texto. Por fim, obrigou a que o projeto, aprovado pelo Conselho de Ministros, e ouvido o Conselho de Estado, fosse submetido a referendun do povo. Até as revoluções sociais buscam sua consolidação em regimes constitucionais, mesmo com peculiaridades, nem todas aceitáveis em face de conquistas espirituais da civilização. Pode afirmar-se, pois, que o poder de fato se exaure, uma vez exercitada a tarefa constituinte. A partir daí, resta o poder de reforma, que há de obedecer, em rigor, aos cânones estabelecidos no próprio pacto fundamental.

Em suma, do ponto de vista sociológico, não há base sólida para que uma revolução exerça, indefinidamente, por modo discricionário, o poder criador de normas supremas. Não lhe convém, sequer, a manutenção do ordenamento provisório ou de exceção, que é propício a revoltas, geradas quase sempre por incertezas prolongadas. Bem adverte o professor THEODOR VIEHEWIG: "... aquele que quer construir uma dogmática jurídica deve procurar uma certa finitude na série de legitimação. Se o pensamento se estende ao infinito, a dogmática não é mais possível". Vale dizer, a perpetuação do poder político discricionário esgota a legitimidade das medidas admissíveis no estado de crise. — JOSAPHAT MARINHO, "Perspectiva do Controle da Constitucionalidade", Conferência proferida no II Fórum Nacional de Debates sobre Ciências Jurídicas e Sociais (II FONAJUR), realizado na Universidade de Brasília, entre 8 a 12 de agosto de 1977.

O ato institucional brasileiro tem as virtualidades do ato de governo, faltando-lhe, todavia, a provisão constitucional. Não se trata de indagar se o ato institucional é um bem ou um mal. Será um bem ou um mal conforme o objeto que se lhe atribua seja compatível ou incompatível com sua finalidade. Para os atenienses significou instrumento de salvaguarda constitucional da democracia, nada obstando a que o seja também entre nós, ao menos enquanto não se afasta de seu fim, conforme ocorreu em Atenas.

O que é necessário averiguar, do ponto de vista técnico-jurídico, é se a ausência de respaldo constitucional dos atos institucionais brasileiros, virtuais atos de governo, atos administrativos atípicos, não produzirá efeitos contrários ao resultado que se pretende obter pela sua aplicação.

14. Temos que isto será inevitável no decurso do tempo. No momento em que cessar o poder em que se fundaram os atos — já que estes não se regulam constitucionalmente —, ou que esse poder, pelas alterações naturais de postura política no processo histórico, entenda que deve anistiar os que tenham sido atingidos pelos atos institucionais, estes retomarão o curso dos atos administrativos anuláveis por vício quanto à competência, ao objeto, à forma, ao motivo ou à finalidade, ou seja, nulidade absoluta.

Em outras palavras, o Poder Judiciário, por imperativo constitucional, não se poderá negar ao exame de legalidade, ainda que não se imiscua no exame de mérito. Em assim fazendo, terá de restituir os atingidos à situação jurídica em que se encontrassem quando do ato, de vez que a anulação deste operará efeito *ex tunc*. Isto significa que funcionários públicos demitidos ou aposentados com base em ato institucional poderiam retornar ao serviço público, o que, em última análise, contrariaria a finalidade de seu afastamento pela via do ato institucional: livrar a administração pública de pessoas cujo comportamento ou atividade houvesse lesado ou ameaçado a segurança ou o desenvolvimento do País.

Do ângulo técnico-jurídico, não vislumbramos, à vista do exposto e em face da sistemática constitucional brasileira, outra alternativa capaz de criar, legitimamente, a espécie "atos Institucionais" no direito brasileiro, que não seja a de inscrever, na Constituição, a finalidade desses atos e a regulamentação de seu exercício, a qual incluiria, necessariamente, no que coubesse, o processo administrativo regular e a garantia do contraditório.

De certa forma, esta tem sido a tendência observada na prática pela administração pública federal, a qual tem evitado sugerir a aplicação de ato institucional onde se possa proceder a inquérito regular, seguido do processo judicial pleno, com todas as vantagens de perenidade que propicia o amparo constitucional. Também as mais recentes decisões do

Supremo Tribunal Federal se têm oposto à discricionariedade onde se possa dar solução rente à Constituição. (29)

Nem deve ser outra a tendência. Aplicar ato institucional para extinguir, criar, modificar ou transferir direitos que o podem ser com base na legislação ordinária — direito penal e processual, sobretudo — significa desnaturar atos que devem ser de governo, em face de situações excepcionais e relevantes para a segurança e o desenvolvimento do País. Não há o menor sentido jurídico, por exemplo, em punir — aposentando ou demitindo — servidores públicos através de atos institucionais, pela prática de crimes capitulados na legislação penal e administrativa comum. Se um servidor público lesa o interesse público, há meios previstos na legislação comum para puni-lo ou compeli-lo a reparar o dano. Também o particular está sujeito a legislação suficiente.

Não há que alegar *vacatio legis*, pois que a legislação brasileira é das mais completas. E se hipótese nova sobrevier, que seja regulada pelo processo legislativo previsto na Constituição, o qual também dispõe de flexibilidade e abrangência. (30)

15. Tampouco se justifica usar atos de governo para suprir ineficiências ou deficiências operativas do sistema judiciário. Corrijam-se, mas não se amesquinhem, pelo uso impróprio, atos que devem, por definição e natureza, desfrutar da mais alta responsabilidade e hierarquia político-constitucional. Amesquinamento que apenas serve ao atingido, que pas-

(29) "Quando a controvérsia envolve questões fundamentais de direito e de política, referentes à liberdade humana ou à competência dos poderes do Estado, a decisão há de revestir-se de singular cautela, para impedir deformações e excessos prejudiciais às garantias do indivíduo e ao equilíbrio das instituições. Nessas hipóteses, notadamente, a letra dos textos legais precisa ser submetida a comparação severa com as idéias e os conceitos admitidos na Constituição.

Expressivo julgamento nesse sentido é o em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade parcial do Decreto-Lei n.º 322, de 1967. Editado com base no art. 58, I, do texto constitucional de 1967, ou seja, *segurança nacional*, esse decreto-lei, estabelecendo limitações ao reajustamento de aluguéis, regulou a purgação da mora nas locações (art. 5.º). Realçou a Corte, pelo voto do Relator, Ministro Alomar Baleeiro, que "o conceito de segurança nacional não é indefinido nem vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente da República ou do Congresso". Salientou que "segurança nacional" envolve toda a matéria pertinente à integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas". E concluiu: "Repugna à Constituição que, nesse conceito de segurança nacional, seja incluído assunto múdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses também múdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários" (Ac. STF, Pleno, no RE 62.731, em 1967, RTJ, vol. 45, pág. 558).

Sem negar a competência constitucional do Presidente da República, a decisão fixou a natureza e o alcance de um dos motivos autorizadores da expedição de decreto-lei. Evitou, assim, que a indeterminação do conceito de segurança nacional pudesse conduzir à absorção pelo Executivo, e conseqüentemente ao deslocamento do Congresso Nacional, de quase todas as matérias sujeitas à deliberação legislativa.

No campo dos atos administrativos, há recente e interessante julgado da 2.ª Turma da Suprema Corte. Em mandado de segurança impetrado "contra a cassação de alvará de construção", foi adotado, por unanimidade, o voto do Relator, Ministro Moreira Alves. A ementa do Acórdão resume o voto, com precisão: "Fere direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos, não se atinge apenas faculdade jurídica — o denominado "direito de construir" — que integra o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que já foi construído, com base na autorização válida do Poder Público" (Ac. 2.ª T., STF, de 1976, no RE n.º 85.002).

Num domínio em que a tendência é tornar discricionário o poder vinculado e conferir a ambos extensão incompatível com o princípio de legalidade, que rege basicamente a administração, esse julgamento produz efeito entre os litigantes e vale como advertência de ordem geral." — JOSAPHAT MARINHO, conf. cit.

sa de criminoso comum a vítima política. No entanto, a punição não é da essência do ato de governo, institucional; será um acessório, se necessário e mediante certas condições, expressamente preceituadas. Está isto demonstrado nas páginas da História. E não apenas na antigüidade helênica.

No Brasil, ao proclamar-se a República, considerou o governo conveniente banir toda a Família Imperial do País. Não o fez porque nela encontrasse crimes. Fê-lo porque considerou prudente afastar do convívio político e institucional os que, durante meio século, haviam fincado raízes profundas na afetividade popular e exercido preponderante influência em todos os campos de atividade, o que poderia embaraçar a implantação de novo sistema de governo. Tratou-se, pois, do mais qualificado ato de opção política de governo. Tanto que o novo regime ofereceu ao Imperador pensão vitalícia, a qual foi por ele recusada. Modernamente — excuse-se a comparação um tanto grosseira, contudo bastante didática —, o banimento da Família Imperial seria um ato institucional pelo qual se aposentaria, compulsoriamente, um servidor público com vencimentos integrais, à vista de seu tempo de serviço.

Outra ilustração histórica: o art. 18 das Disposições Transitórias da Constituição de 1934 considerou "aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída a apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos". A Corte Suprema oscilou no entendimento da cláusula. Declarou, de um lado, que encerrava "verdadeiro bill de indenidade", não cumprindo ao judiciário "abrir distinção entre atos legais e ilegais"; de outro lado, também firmou que aprovados foram "somente os atos que se continham nas faculdades outorgadas a essas autoridades". Acórdão lavrado pelo Ministro Costa Manso, distinguindo onde o legislador generalizou, concluiu: "tratando-se de ato comum de administração, sem caráter político ou discricionário, está sujeito à apreciação dos Tribunais Judiciários" (Ac. 2ª T., 1943, no RE 3.935, Rel. Min. Orozimbo Nonato, *Rev. Forense*, vol. 97, pág. 378; Ac. na Ap. 7.617, 1941, Rel. Min. Otávio Kelly, *Rev. Forense*, vol. 91, pág. 391; Ac. 1ª T., 1973, no Ag. 7.050, Rel. Min. Costa Manso, *Rev. Forense*, vol. 74, pág. 448).

(30) "Como a quase totalidade da legislação aprovada pelo Congresso provém da iniciativa e da pressão governamentais, pode-se concluir que o atual Legislativo brasileiro é predominantemente de tipo homologatório. Mesmo se excetuarmos os poderes excepcionais do Presidente da República, este é, dentro da normalidade constitucional, o maior legislador. De 31 de março de 1964 a 31 de dezembro de 1976, o Congresso aprovou 2.084 leis, enquanto o número de decretos-leis foi de 1.517. Para cada decreto-lei corresponde, pois 1,37 lei. Desse modo, o decreto-lei, que deveria ser uma legislação de urgência e, portanto, excepcional, caminha para ser uma forma normal de legislar e talvez tenda a ser a predominante.

Dai decorre o fenômeno curioso: o aceleramento da elaboração legislativa, por meio de prazos de tramitação dos projetos, não aumentou a produção de leis pelas Câmaras. Na Quarta República (1946-64), em 18 sessões legislativas, o Congresso aprovou 4.320 leis, ou seja, uma média de 240 por ano. Na República atual, durante as 13 sessões anuais, isto é, até 31 de dezembro de 1976 a safra foi de 2.084 leis, ou a média de 160,31 por ano. A explicação encontra-se na válvula dos decretos-leis, pois a soma destes com as leis votadas pelo Congresso eleva a 3.601 os diplomas com força de lei comum, dando a média anual de 277." — NELSON SOUZA SAMPAIO, "O Poder Legislativo no Brasil", conferência pronunciada no II FONAJUR cit.

V — CONCLUSÃO

Em tese, coexistem atos administrativos, atos de governo e atos institucionais, formando os dois últimos espécies dos primeiros, que são o gênero.

Os atos administrativos têm seus elementos constitutivos perfeitamente assentados, peculiarizando-se, em face dos atos jurídicos, pelo acréscimo, aos elementos básicos destes (forma, competência e objeto), do motivo e da finalidade, que devem sempre conformar-se ao interesse público.

Os atos de governo situam-se em hierarquia especial com relação aos atos administrativos. Seu conteúdo varia conforme a ordenação político-constitucional em que se encontrem. São acolhidos pela doutrina européia, em geral, como atos que produzem, ou não, efeitos diretos sobre os direitos subjetivos individuais, desde que tenham a ver com a sobrevivência do Estado, escapando ao controle judicial. Para a doutrina argentina dominante, não há, a rigor, o ato de governo. Este, caso produza efeitos diretos sobre direitos individuais, é ato administrativo comum; se não produz, como a decretação do estado de sítio e a intervenção federal, é ato institucional.

No Brasil, a Constituição Federal atribui competências privativas ou exclusivas para a prática de atos que, a par de serem administrativos em sua essência, são também de governo, pois que dizem respeito a questões vitais para a segurança e o desenvolvimento nacionais, quer produzam, ou não, efeitos sobre direitos subjetivos individuais, e escapam ao controle judicial quanto ao mérito.

Propõe-se a seguinte conceituação para atos de governo, em face da sistemática constitucional brasileira: espécie de ato administrativo, cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo, ou não, produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, e cuja finalidade é prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento nacionais, nos termos da Constituição e legislação pertinente.

O ato institucional, no Brasil, apresenta características peculiaríssimas, porém não de todo inéditas, já que se encontrará medida similar na antigüidade grega, introduzida na Constituição pela reforma de Clís-

tenes, em 507 A.C., funcionando como instrumento de salvaguarda constitucional da democracia ateniense.

Confrontando-se os elementos estruturais dos atos institucionais, em suas versões ateniense e brasileira, e sob análise estritamente técnico-jurídica, conclui-se que os atos institucionais, na atualidade brasileira e em face de nossa sistemática constitucional, são virtuais atos de governo, portanto atos administrativos atípicos, aos quais carece suporte constitucional, sendo, por tal razão, atacáveis pela via judicial quando lhes faltar a base de poder revolucionário sobre a qual são editados. Nessas circunstâncias, seria praticamente inevitável a anulação, com efeitos *ex tunc*, dos atos institucionais que houvessem atingido direitos subjetivos individuais.

Observam-se evidências de que se tende para a progressiva inclusão, na Constituição Federal brasileira, de provisões que sucedam aos atuais atos institucionais. Exemplo flagrante consta do Substitutivo que o partido governamental — ARENA —, remeteu ao partido da oposição — MDB —, ao longo do exame por que passou, no Congresso Nacional, o Projeto de Reforma do Judiciário encaminhado pelo Presidente da República àquela Casa Legislativa. Entre as inovações do Substitutivo estava a criação do Conselho Nacional da Magistratura, competente para "conhecer de reclamações contra juízes e membros de tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo determinar-lhe a disponibilidade ou a aposentadoria com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto em lei complementar" (art. 120, § 1º, do Substitutivo, publicado em *O Globo*, edição de 19 de março de 1977, pág. 8, 1º caderno). A inovação transformou-se em texto constitucional através da Emenda nº 7, de 13-4-77.

Ora, a existência constitucional de um órgão competente para atos de tal natureza — determinar disponibilidade e aposentadoria a magistrados de qualquer parte do País — equivale a tornar desnecessários atos desprovidos de amparo constitucional. Os atos desse Conselho seriam inequívocos atos administrativos, institucionais, necessários e suficientes para armar o Governo de meios capazes de afastar do serviço público, no âmbito da magistratura, aquele que com ele se demonstrasse ser incompatível. É legalmente, com absoluta submissão ao controle de legalidade (haveria que se observar o disposto em lei complementar) e às garantias constitucionais acerca dos direitos subjetivos individuais. Este, parece-nos, o caminho que pode conduzir ao aperfeiçoamento de nossa ordenação político-constitucional-administrativa, juridicamente.

O Juiz Conservador da Nação Britânica

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; Professor de Direito Processual Civil na UFRGS

1. A cidadania da parte como elemento na fixação da competência.
2. O Juiz Conservador da Nação Britânica no Brasil — Tratado de 1810.
3. Os Juizes Conservadores em Portugal.
4. A extinção do privilégio da conservatória.

1. A cidadania da parte, em nosso moderno direito processual, é elemento irrelevante à determinação da competência.

Tal afirmativa é feita sem nos deslembrarmos do disposto no art. 151 do CPC de 1939: “Não influirão na competência do juízo as transformações posteriores à propositura da demanda e relativas ao domicílio, à cidadania das partes, ao objeto da causa ou ao seu valor”.

Esta norma, todavia, foi tomada ao projeto Solmi, art. 85, que dispunha: “Non influiscono sulla competenzaa del giudice i mutamenti dello stato relativi al domicilio, ala cittadinanza delle parti, all’obbietto della causa o al suo valore” (F. Marques, Inst., I, § 85, nº 232; Arruda Alvim, Dir. Proc. Civil, II, pág. 208). O vigente *Codice di Procedura Civile* da Itália omite menção à cidadania: “Art. 5º — La giurisdizione e la competenzaa si determinano con riguardo allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della demanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti dello stato medesimo”.

É a orientação do Código português (art. 63), que igualmente sublinha a irrelevância das modificações de direito, salvante se suprimido o órgão judiciário ou se o mesmo deixar de ser competente em razão da

matéria ou da hierarquia. No mesmo sentido o novo CPC brasileiro, art. 87, regrando a *perpetuatio jurisdictionis*. Pelo art. 88 do CPC de 1973, “é competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”.

2. Em tempos idos, todavia, elementos de ordem personalíssima das partes eram influentes na fixação da competência, tais como o *status* do litigante (nobre, eclesiástico) ou sua nacionalidade (v.g., a prevalência de juízo de exceção estrangeiro sobre o juízo territorial, em causas de interesse de estrangeiro em países sob estatuto colonial ou semicolonial).

Tivemos em nosso País, criado por Alvará de 4 de maio de 1808, o cargo de Juiz Conservador da Nação Britânica. ⁽¹⁾ Não se tratava propriamente de um juiz inglês, mas de juiz nacional escolhido pelos súditos ingleses residentes no local da jurisdição, aprovada a escolha pelo embaixador ou ministro da Grã-Bretanha, e levado o nome ao Rei (ao Príncipe Regente) que poderia vetá-lo, procedendo-se, então, a nova escolha: “Hei por bem crear nesta cidade hum Juiz Conservador para que processe e sentencie as causas que pertencerem à mesma Nação, na forma que praticava o Juiz Conservador, que havia em Lisboa”.

O privilégio foi ratificado pelo art. X do Tratado de Comércio e Navegação firmado aos 19 de fevereiro de 1810 entre “Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal”, representado pelo Conde de Linhares, Rodrigo de Sousa Coutinho, e “Sua Majestade El-Rei do Reino Unido da Grande Bretanha e Irlanda”, representado por Percy Clinton Sydney, Lorde Visconde e Barão de Strangford.

Reproduzo em seu inteiro teor o mencionado art. X:

ARTIGO X

Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, desejando proteger e facilitar nos Seus Domínios o Comércio dos Vassallos da Grande Bretanha, assim como as Suas relações, e comunicações com os Seus próprios Vassallos, há por bem conceder-lhes o Privilégio de Nomearem, e terem Magistrados Especiais, para obra-rem em seu favor como Juizes Conservadores naqueles Portos e Cidades dos Seus Domínios em que houverem Tribunais de Justiça, ou possam ser estabelecidos para o futuro. Estes Juizes julgarão, e decidirão todas as Causas, que forem levadas perante eles pelos Vassallos Britânicos, do mesmo modo que se praticara antigamente, e a sua Autoridade, e Sentenças, serão respeitadas. E declara-se serem reconhecidas, e renovadas pelo presente Tratado as Leis, Decretos e Costumes de Portugal relativos à Jurisdição do Juiz Conservador. Eles serão escolhidos pela pluralidade de votos dos Vassallos Britânicos que residirem, ou comerciarem no Porto, ou Lugar, em que a Jurisdi-

(1) Conservador se dizia o magistrado que conservava, e fazia guardar, os privilégios de alguma corporação a que administrava a Justiça (José Gomes B. Câmara, “Subsídios para a História do Direito Pátrio”, tomo II, pág. 20).

ção do Juiz Conservador for estabelecida; e a Escolha assim feita será transmitida ao Embaixador, ou Ministro de Sua Majestade Britânica Residente na Corte de Portugal; para ser por ele apresentado a S. Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal, a fim de obter o Consentimento, e Confirmação de Sua Alteza Real; e no caso de não a obter, as Partes Interessadas procederão a uma nova Eleição, até que se obtenha a Real aprovação do Príncipe Regente. A remoção do Juiz Conservador, nos casos de falta de Dever, ou de Delito, será também efetuada por um Recurso a Sua Alteza Real o Príncipe Regente de Portugal por meio do Embaixador, ou Ministro Britânico Residente na Corte de Sua Alteza Real. Em compensação desta Concessão a favor dos Vassallos Britânicos, Sua Majestade Britânica Se obriga a fazer guardar a mais estrita e escrupulosa observância aquelas Leis, pelas quais as Pessoas, e a Propriedade dos Vassallos Portugueses, residentes nos Seus Domínios, são asseguradas e protegidas; e das quais eles (em comum com todos os outros Estrangeiros) gozam do Benefício pela reconhecida Equidade da Jurisprudência Britânica, e pela Singular Excelência da Sua Constituição.

E demais estipulou-se, que, no caso de Sua Majestade Britânica conceder aos Vassallos de algum outro Estado qualquer Favor ou Privilégio que seja análogo ou se assemelhe ao Privilégio de ter Juizes Conservadores, concedido por este Artigo aos Vassallos Britânicos residentes nos Domínios Portugueses, o mesmo Favor ou Privilégio será considerado como igualmente concedido aos Vassallos de Portugal residentes nos Domínios Britânicos, do mesmo modo como se fosse expressamente estipulado pelo Presente Tratado.

O Juiz Conservador, como bem refere Roberto Macedo (*História Administrativa do Brasil*, v. VII, parte VIII) representava uma estranha modalidade permitida de justiça privilegiada, “para obrarem em seu favor” (dos ingleses):

No Tratado de 1810 (art. X), “em compensação desta Concessão a favor dos Vassallos Britânicos”, comprometia-se Strangford, em nome de seu soberano, a “fazer guardar a mais estrita e escrupulosa observância” das leis protetoras de portugueses e estrangeiros em geral nos domínios britânicos.

“Era o mesmo que nada prometer: mencionava-se uma condição implícita, cuja inobservância constituiria desdouro para a coroa britânica. O próprio artigo 10 frisava que todos gozavam “do Benefício pela reconhecida Equidade da Jurisprudência Britânica, e pela Singular Excelência da Sua Constituição”.

Se todos gozavam do benefício, por que prometé-lo?

Se a equidade da jurisprudência era reconhecida, onde a “compensação”?

A verdadeira reciprocidade repousaria na criação do Juiz Conservador da nação portuguesa, com sede na Inglaterra. Ou ainda na eliminação do juiz inglês.

Ao que será lícito presumir, nem por sonhos acudiram tais hipóteses à mente dos negociadores.

Permaneceram jugulados à tradição, um por natural interesse de triunfo diplomático, outro por abdicação de prerrogativas extemporâneas na conjuntura" (Roberto Macedo, ob. cit., págs. 86/87).

3. O privilégio da conservatória fora adquirido pela Inglaterra pelo menos desde a carta régia de 29 de outubro de 1450, ao tempo de Afonso V — o Africano (12º rei de Portugal), e confirmado no "vexatório contrato assinado em 10 de julho de 1654, entre Portugal e a Inglaterra, então governada por Cromwell" (in *A Maçonaria e a Grandeza do Brasil*, de Tenório D'Albuquerque, pág. 441).

Pandiá Calógeras justificava a atitude britânica, empenhada na manutenção do *statu quo*, pela consideração de que "a experiência quase quatro vezes secular, em Lisboa, revelara aos negociantes britânicos a pouca valia moral das justiças portuguesas" (in *Política Exterior do Império*, pág. 510).

Segundo Joaquim José Caetano Pereira e Souza (*Esboço de Hum Dicionário Jurídico, Theoretico e Practico*, Lisboa, 1825 — vide anexo), já haviam sido aos ingleses concedidos, por carta real de 10 de agosto de 1400, os privilégios dos genoveses "e dos mais Mercadores Estrangeiros" (2). Tais vantagens foram reiteradas nas cartas de 29 de outubro de 1450, de 28 de março de 1452, e Carta Régia de 6 de abril de 1633.

São de 19 de março de 1645 as "cédulas de privilégios" pelo rei Felipe IV de Espanha concedidas em Saragoça, entre tais privilégios o cargo de Juiz Conservador da Nação Inglesa, cédulas estas confirmadas em 26 de junho e 9 de novembro do mesmo ano. De 4 de novembro de 1647 é a carta de privilégios e foral dos ingleses, dada em Lisboa, e "composta de várias provisões, leis e alvarás concedidos por alguns dos reis de Portugal em favor dos ingleses e outros, exclusive os Alvarás de 17 de setembro de 1665 e 3 de setembro de 1691 sobre o cargo de Juiz Conservador da Nação Inglesa" (*apud* Roberto Macedo, ob. cit., pág. 87).

Aos súditos britânicos foi permitido, pelo art. 7º do Tratado de Paz de Westminster, de 10 de julho de 1654 (acordado entre o Rei D. João IV de Portugal e Oliver Cromwell, Protetor da Inglaterra), ter um Juiz Conservador para todas as suas causas; "e pela Lei de 20 de outubro de 1656 se cumpriu este Artigo creando-se o lugar de Juiz Conservador para

(2) Segundo Gama Barros (*História da Administração Pública em Portugal*, 2ª ed., tomo X, pág. 236), o privilégio de um juízo privativo aos mercadores e vassallos britânicos foi inicialmente outorgado por carta régia de 29 de outubro de 1367, de Fernando I (9.º Rei de Portugal): "essa jurisdição pertencia sempre ao magistrado que tivesse a seu cargo os feitos da alfândega de Lisboa" (*apud* José Gomes B. Câmara, ob. cit., págs. 21/22).

o dito fim" (*apud* Pereira e Souza, ob. cit., verbete Inglêses — *vide* anexo).

Em comentando o Tratado de Comércio e Navegação de 1810, apresenta Alan K. Manchester (**Preeminência Inglesa no Brasil**, pág. 87), as seguintes observações:

"O sublime propósito enunciado no preâmbulo, de "comércio liberal e benefícios recíprocos", foi extraordinariamente ilustrado no famoso artigo dez. O príncipe regente, por esta cláusula, garantiu à Inglaterra o privilégio de nomear magistrados especiais, para agirem como juízes conservadores nos portos e cidades dos seus domínios nos quais havia tribunais e cortes de justiça, ou deveria haver a partir de então. Os juízes deviam se encarregar de todos os casos envolvendo súditos ingleses, de acordo com as leis estabelecidas em Portugal para esta jurisdição desde o tratado de 1654. Os súditos ingleses residentes no porto ou cidade onde o tribunal seria instalado poderiam escolher o magistrado por maioria de votos, sujeito à ratificação de D. João ou seus sucessores. A remoção dos juízes por Portugal era possível apenas por apelo através do embaixador ou ministro inglês. Em troca dessa concessão de Portugal, Sua Majestade Britânica comprometeu-se a garantir "a mais estrita e escrupulosa observância das leis, pelas quais as pessoas e os bens dos súditos portugueses residentes dentro dos Seus Domínios são assegurados e protegidos, e dos quais eles (como todos os estrangeiros) gozam o benefício, através da reconhecida equidade da jurisprudência britânica e da singular excelência da constituição britânica." (3)

Ainda a respeito dos privilégios jurisdicionais britânicos no Brasil, devo citar a tese de Hans Klinghoffer — "British Jurisdictional privileges in Spain, Portugal and Brazil", publicada na revista austríaca de Direito Estrangeiro (*Osterr. Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1953), e comentada por Arnoldo Wald na *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n.º 225.

Faço notar que a lei aplicada pelo Juiz Conservador era a lei nacional (Res. de Consulta da "Mesa do Desembargo do Paço", 14 de junho de 1785). Eram, aliás, os Juízes Conservadores instituição comum à época, nomeados para julgar as causas de determinadas pessoas, entidades ou corporações, com apelação para os tribunais de 2ª instância. Quando a Corte se transferiu para o Brasil, impelida pela invasão napoleônica, havia em Lisboa 12 Juízes Conservadores: dos hamburgueses, britânicos, franceses (Alvará de 7 de abril de 1685), espanhóis, holandeses, da Or-

(3) Essa ostentação sem tato da superioridade britânica, que seguiu as razões implícitas para o estabelecimento de magistrados especiais no Brasil, foi amargamente ressentida pelos brasileiros. A frase da "reconhecida equidade..." tornou-se para os escritores brasileiros um sinônimo das pretensões e da presunção britânicas. A frase é usualmente atribuída a Strangford, mas a idéia, e parte da frase, foram tiradas das instruções de Canning, de 17 de abril de 1808 (FO, 63/59. Canning a Strangford, n.º 4).

dem de Malta, da Universidade de Coimbra, da Misericórdia etc. (*apud Os Ingleses e a Transmigração da Corte, de Américo J. Lacombe, in Histórica, nº 2*).

4. Com a Independência, porfiaram os brasileiros em extinguir tal situação, incompatível com a soberania nacional e com a Constituição do Império, cujo art. 179, inc. 17, dispunha: "À exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes."

No tratado de comércio assinado no Rio em 18 de outubro de 1825 (art. VIII), viera expresso: "Fica suprimido o lugar de Juiz Conservador da Nação Inglesa, visto que a Constituição do Império aboliu todas as pessoas privilegiadas, e jurisdições particulares". Mas Canning (George) não concordou com a cláusula, senão (art. VI) com a seguinte redação: "Tendo a Constituição do Império abolido todas as Jurisdições particulares, convém-se em que o Lugar de Juiz Conservador da Nação Inglesa subsistirá só até que se estabeleça algum Substituto satisfatório em lugar daquela Jurisdição, que possa assegurar igualmente proteção às pessoas e às propriedades dos Subditos de Sua Majestade Britânica."

Mesmo sancionado o Código de Processo Criminal, em 1832, a Inglaterra "tergiversou e adiou" (Calógeras, ob. cit., pág. 511).

Diga-se que as próprias autoridades brasileiras para tanto contribuíram. Tendo o Min. da Justiça Honório Hermeto Carneiro Leão (futuro Marquês do Paraná) declarado extinto, pelo Aviso de 22 de novembro de 1832, o lugar de Juiz Conservador, obtemperou-lhe o Ministro dos Negócios Estrangeiros, Bento da Silva Lisboa (2º barão de Cairu), em officio de 28 do mesmo mês, que:

"se bem me persuada que o Governo Inglez reconhecerá que com a execução do mencionado Código deva cessar o dito lugar de Juiz Conservador; com tudo me parece que convém primeiramente ter-se a devida Inteligência com o referido Governo neste assumpto, que he em se assaz melindroso; pois que, no caso, que não há de esperar, que o Gabinete Britânico julgasse que não era satisfatória a substituição do Juiz Conservador, na forma determinada no Código, poder-se-hião seguir inconvenientes, que he de política do Governo arredar; tanto mais que, não pode escapar ao ilustrado conhecimento de V. Ex. que enquanto não expirar o tempo estipulado do Tratado, deve elle estar em vigor, e só poderá algum dos seus artigos deixar de ser observado quando houver mútuo accordo entre as Altas Partes contractantes. Neste sentido pois vou fazer a comunicação ao Governo Inglez; e, logo que receber a conveniente resposta, a communicarei a V. Ex." (sic).

Vemos, pois, que a decisão do Ministro da Justiça sofreu, no Ministério dos Estrangeiros, metamorfose em consulta ao Governo da Inglaterra...

Em 1834 o “Desembargador Juiz Conservador da Nação Britânica na cidade da Bahia” consultava a Regência se era competente para julgar um militar brasileiro acusado do homicídio de marinheiro de um brigue de guerra inglês; respondeu o Min. da Justiça, Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho (futuro Visconde de Sepetiba), que:

“não sendo o reo Inglez, mas sim Cidadão Brasileiro, não deve, nem pode ser privado do gozo de seus direitos politicos e civis e excluido de qualquer das garantias, que aos mesmos Cidadãos outorga a Constituição do Império, fora dos casos, e por outros meios que não sejam os marcados na mesma Constituição, e nem sacrificar alguns desses direitos, e suas prerrogativas, a hum privilegio concedido a estrangeiros, para perder huma das mais apreciáveis garantias Constitucionaes da liberdade e segurança individual, qual a de ser julgado pelos jurados já estabelecidos para as causas crimes; que nestas circunstâncias cumpre a Vm. enviar o Processo em questão, ao Juiz da Cabeça do respectivo Termo, para ser em tempo competente apresentado ao Jury; não podendo a Mesma Regência deixar de admirar-se, que Vm. pudesse entrar em dúvida, sobre o regular andamento deste negócio” (Coleção das Leis do Império, v. V, parte XIII).

Anota Dias da Mota, entretanto, que em 1839 o governo inglês teria conseguido que seus súditos, residentes no Brasil, “que até então iam responder ao júri, tivessem um privilégio para não serem julgados senão pelo seu tribunal especial e não pelo júri” (Atitudes Inglesas na História do Brasil, 1941, ed. Labor, pág. 53).

Ainda por Carta Imperial de 1º de junho de 1839 foi nomeado Francisco de Paula Pereira Duarte (mais tarde ministro e 4º presidente do Supremo Tribunal de Justiça do Império) para o cargo de Juiz Conservador da Nação Britânica na província do Maranhão.

A conservatória subsistiu até o fim da vigência do tratado de 1827, o que ocorreu em 1844.

É de 9 de novembro de 1844 a nota do conselheiro Ernesto Ferreira França, Secretário de Estado dos Negócios Estrangeiros, declarando abolido o cargo de Juiz Conservador da Nação Britânica, por haver ficado sem efeito o tratado de 17 de agosto de 1827, o que motivou protesto da Grã-Bretanha, por intermédio do ministro Hamilton. Entretanto, na quele época já os cidadãos ingleses “comunicavam ao ministro das Relações Exteriores da Grã-Bretanha, Lord Aberdeen, que poderiam confiar na justiça brasileira, visto que os comerciantes de outras nações não sofriam injustiça na administração da lei” (Arnoldo Wald, artigo citado).

Finalmente, em 31 de dezembro do mesmo ano de 1844, o Imperador baixou resolução, de acordo com a consulta do Conselho de Estado de 10 de outubro, mandando remeter os processos pendentes aos respectivos

juizes e cartórios da Corte e províncias (Roberto Macedo, ob. cit., pág. 88; Lenine Nequete, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*, tomo I, nota 10, pág. 29).

A N E X O

Verbete Inglezes no Esboço de Hum Dicionario Juridico, Theoretico e Practico, de Joaquim José Caetano Pereira e Souza — Lisboa, 1825.

Inglezes são os naturaes de Inglaterra. Foraõ-lhes concedidos os privilegios dos Genevezes, e dos mais Mercadores Estrangeiros por Cartas de 10 de Agosto de 1400, de 29 de Outubro de 1450, de 28 de Março de 1552, e Carta Régia de 6 de Abril de 1833. Foi-lhes permittido no Art. 7 do Tratado de Paz de Westminster de 10 de Julho de 1654 o ter hum Juiz Conservador para todas as suas Causas; e pela Lei de 20 de Outubro de 1656 se cumprio este artigo creando-se o lugar de Juiz Conservador para o dito fim. Aos Holandezes foi concedido gozar os mesmos privilegios acordados aos Inglezes no Art. 3. do Tratado de Haia de 1661. Na concessão posterior não se derogou o privilegio dos Inglezes já adquirido; e por isso os Holandezes só pôdem gozar do seu privilegio contra os vassallos Portuguezes, ou contra os das outras Nações; porém não contra os Inglezes por não haver expressa derogação do privilegio a estes concedidos. Pelo Assento de 8 de Abril de 1634 se declarou que o privilegio dos Inglezes não se entende derogado por outro posterior, e que prefere ao do Tabaco. E pelo Alvará de 16 de Setembro de 1665 se declarou mais que o dito privilegio tinha lugar, ainda concorrendo com Privilegiados que tenhaõ privilegios incorporados em Direito, e Moedeiros, e outros; e se mandou que as suas Appellações se terminassem em quatro mezes. Por Alvará de 3 de Agosto de 1708 se ordenou que nenhuma pessoa tirasse de casa, e poder dos Inglezes a seus filhos menores contra vontade de seus Pais com o pretexto de os fazer Catholicos; salvo tendo elles já idade de escolher Religião. Permittio-se-lhes levarem o paõ ao Terreiro para allí o venderem sem se lhe taxar o preço. Decreto de 28 de Janeiro de 1707. Não são obrigados a pagar a Corretores contra sua vontade. Alvará de 27 de Janeiro de 1661. Concedeo-se-lhes pela Provisão de 4 de Julho de 1657 que os seus Navios fossem reputados como Portuguezes para não pagarem direitos hindo de Lisboa para as Ilhas dos Açores, e Conquistas pertencentes á Corõa de Portugal. Não são executados sem mandado do seu Conservador. Decreto de 23 de Agosto de 1667. Tem privilegio de Apontadoria passiva em virtude dos Tratados. Decreto de 27 de Dezembro de 1796. São isentos da contribuição do maneo. Alvará de 7 de Maio de 1708. Provisão de 3 de Agosto de 1699. O privilegio do foro dos Inglezes tem lugar nas Causas de força nova. Assento de 6 de Março de 1782, tomado sobre a Ord. Iiv. 3. tit. 48. e sobre o Alvará de 16 de Setembro de 1665. Assento de 15 de Fevereiro de 1790. Mandou-se pelo Decreto de 12 de Novembro de 1698 que se decidisse em Relação se o privilegio dos Inglezes preferia ao dos Moedeiros, e aos mais incorporados em Direito; e pelo Decreto de 5 de Fevereiro de 1699 se declarou que aquelle preferia a este. Veja-se o Assento de 8 de Abril de 1634, e Alvarás de 16 de Setembro de 1665, e de 7 de Abril de 1685. Os Inglezes só estão sujeitos aos Compromissos, que se fazem por accordo da maior parte dos Credores, e não ás Moratorias de Graça. Alvará. de 9 de Outubro de 1706. Assento de 16 de Fevereiro de 1799. Veja-se o Alvará de 14 de Março de 1780. Tendo demanda com Francezes, que são igualmente privilegiados devem seguir o foro do Réo. Alvará de 7 de abril de 1635. E seu privilegio por ser mas antigo prefere ao dos Holandezes; e quando algum individuo daquella Nação litiga com algum desta, ou aquelle seja Author, ou Réo deve demandar, ou ser demandado no Juizo da Conservatoria Britanica. Decreto de 22 de Abril de 1792. Foi creado por Alvará de 4 de Maio de 1808 hum Conservador para os Inglezes no Rio de Janeiro. Nenhum Inglez pôde ser prezo sem mandado do seu Conservador, excepto em fragante delicto. Art. 13 do Tratado de Pazes celebrado em Westminster aos 13 de Julho de 1654. Decreto de 23 de Agosto de 1667. Declarou-se pela Resolução de 12 de Novembro de 1726 que a arrecadação da fazenda de hum Inglez falecido na Ilha da Madeira pertencia ao Juizo dos Defundos, e não o seu Consul. Os Inglezes só tem neste Reino o privilegio do foro; e a decisão das Causas, e a execução das Sentenças devem ser reguladas pelas Leis do Paiz em que se achaõ. Resolução de Consulta da Meza do Desembargo do Paço de 14 de Junho de 1785. Julgáraõ-se invalidos os termos que tinhaõ assignado de pagarem direitos pelas fazendas reexportadas no anno de 1807, pelo Decreto de 17 de Abril de 1809.

Direitos da personalidade: aspectos gerais

FÁBIO MARIA DE MATTIA

Professor Livre-Docente do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO:

I — *Noções gerais sobre os direitos da personalidade*

1. Origem dos direitos da personalidade.
2. Conceito dos direitos da personalidade.
3. Terminologia dos direitos da personalidade.
4. Ubiquação dos direitos da personalidade ou sua posição sistemática.
5. Natureza jurídica dos direitos da personalidade.
6. Caracteres dos direitos da personalidade.

II — *Os direitos da personalidade em espécie*

1. O problema da especificação dos direitos da personalidade:
 - a) Na legislação estrangeira;
 - b) Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto nº 634).
2. Classificação do Prof. Rubens Limongi França.
3. Sanção dos direitos da personalidade.

I — *Noções gerais sobre os direitos da personalidade*

1. *Origem dos direitos da personalidade*

Localiza-se a elaboração da teoria dos direitos da personalidade na reação surgida contra o domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo.

A teoria contratualista supôs a existência de um Estado perante o qual os indivíduos depunham sua liberdade em troca da proteção que dele receberiam, o que gerou a categoria dos direitos inatos.

A Escola Jusnaturalista e a Revolução Francesa consagraram os direitos fundamentais e essenciais do indivíduo, sendo certo que o reconhecimento daqueles decorria do fato de sua condição de indivíduo. A Revolução Francesa, através da Declaração dos Direitos do Indivíduo e do Cidadão, de 1789, reduziu tais direitos aos seguintes: igualdade, liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão. Os revolucionários de 1789 pretenderam, com a vigência destes direitos, liquidar o velho sistema feudal e abrir uma nova era para a humanidade. Esta era caracterizar-se-ia pela liberdade e igualdade de todos os homens perante a lei.

No direito moderno, a Carta de São Francisco, de 1948, é a consagração dos direitos da personalidade pelo direito internacional.

Hoje fala-se nos direitos humanos de fundo econômico e social.

A proteção concedida aos direitos humanos é uma indicação do índice do progresso cultural e moral de um povo.

Durante a elaboração do Código Civil alemão de 1900, os direitos da personalidade foram reconhecidos, e o § 823 resguarda quatro bens da personalidade: a *vida*, o *corpo*, a *saúde* e a *liberdade*. A estes se acrescentaram os direitos à honra e ao nome, totalizando seis direitos da personalidade.

Modernamente a estes se juntaram o direito à própria imagem, direito sobre a voz humana, direito à própria intimidade.

Os Códigos Civis italiano e português, os projetos de Código Civil da França e do Brasil regulam os direitos da personalidade.

Daí a lição de Von Thur de que "el cuerpo y la vida, la libertad, el honor etc. son objeto cuya protección constituye el problema fundamental de todo orden jurídico". (1)

Daí Alberto Trabucchi falar em direitos essenciais originários ou inatos porque se pressupõe existam antes do reconhecimento jurídico. O direito objetivo teria como escopo principal garanti-los através de uma tutela de modo cada vez mais perfeito, sendo certo que a afirmação desses direitos gerou, no decorrer dos tempos, os grandes movimentos políticos que refletiram, grandemente, nas legislações. (2)

2. *Conceito dos direitos da personalidade*

Rubens Limongi França os define da seguinte maneira: "Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os di-

(1) VON THUR, Andreas. *Derecho Civil*. Buenos Aires, Editorial DEPALMA, 1946, vol. I, pág. 187.

(2) TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Tredicesima edizione riveduta, Padova, CEDAM, 1962, pág. 91.

versos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos". (3)

Simón Carrejo afirma "en el lenguaje jurídico actual la expresión "derechos de la personalidad" tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la *preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses*. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho; sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales".

E conclui: "puede decirse que los derechos de la personalidad son los derechos subjetivos de carácter privado y no patrimonial, primordiales y absolutos através de los cuales el ordenamiento reconoce y tutela los intereses básicos e inherentes a la persona en si misma considerada". (4)

Orlando Gomes afirma que "sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como *direitos absolutos*, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos." (5)

3. Terminologia dos direitos da personalidade

Os especialistas alemães, na segunda metade do século XIX, cognominaram os direitos da personalidade como "Individualrechte", "Personalitätsrechte", "Individualitätsrechte" e "Personlichkeitsrechte".

Outras denominações usadas são: "Direitos essenciais ou fundamentais da pessoa", "Direitos da própria pessoa", "Direitos de Estado", "Direitos personalíssimos". (6)

Uma denominação bem antiga é a de direitos inatos utilizada pela Escola do Direito Natural.

Arturo Valencia Zea os chamou de "derechos de personalidad o humanos".

A expressão consagrada é a "direitos da personalidade" (7) ou então "direitos privados da personalidade".

(3) FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, vol. I, 3ª edição revista, pág. 403.

(4) CARREJO, Simón. *Derecho Civil*. Bogotá, Editorial THEMIS, 1972, tomo I, págs. 299 e 300.

(5) GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio, Edição Forense, 1965, 2ª edição, págs. 131 e 132.

(6) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 404.

(7) ZEA, Arturo Valencia. *Derecho Civil*. Bogotá, Editorial THEMIS, tomo I, Parte General y Personas, sexta edición, págs. 456 e segs.

Simón Carrejo afirma que a expressão “direitos da personalidade” é aceita na doutrina da atualidade por “ser más compreensiva”.

O Prof. Rubens Limongi França, ao adotar “direitos da personalidade”, invoca o fato de ser expressão consagrada há quase um século enquanto que a expressão direitos privados da personalidade “apresenta, em certas circunstâncias, a vantagem de frisar o aspecto privado desses direitos, uma vez que, até a sua definição pelos juristas alemães, só se lhes reconhecia a tutela pública, através do Direito Constitucional e do Direito Penal”.⁽⁸⁾

Arturo Valencia Zea lembra que, a partir da declaração universal dos direitos feita pela Carta de São Francisco, de 1948, introduziu-se a expressão “direitos humanos”. Contudo, após salientar preferir as expressões “direitos humanos” ou “direito da personalidade” por serem mais conhecidas no mundo latino, esclarece que à primeira vista tem-se a impressão de que os direitos humanos a que se refere a Carta das Nações Unidas (São Francisco, 1948) são diferentes dos direitos da personalidade como são estudados pelo Direito Civil. Mas, trata-se de erro, pois os direitos da personalidade introduziram-se no pensamento jurídico quando da proclamação dos direitos do homem por ocasião da Revolução Francesa, em 1789, desenvolveram-se por obra da doutrina até a proclamação da Carta das Nações Unidas de 1948.

Ressalta que há autores que afirmam que os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que, quando falamos dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sobre o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.

Arturo Valencia Zea sustenta que os direitos humanos são os mesmos direitos da personalidade. E justifica sua posição, pois, *em primeiro lugar* qualquer direito subjetivo protege-se não apenas contra os atentados dos demais, mas, também, contra os atentados efetuados pelo Estado, e em *segundo lugar* carece de sentido dar um nome a um direito quando se relaciona com o Estado e um nome diferente quando se refere às demais pessoas.⁽⁹⁾

Ainda nesta oportunidade devemos realçar o aparecimento dos direitos humanos de tipo econômico e social e que objetivam dar nova roupagem aos velhos direitos.

Orlando Gomes também distingue os direitos humanos dos direitos da personalidade.

(8) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 404.

(9) ZEA, Arturo Valencia. Ob. cit., págs. 255 e 256.

Afirma que alguns direitos da personalidade são os próprios direitos do homem encarados sob outra perspectiva. Como direitos do homem, são direitos públicos, como direitos da personalidade, são direitos privados. Os direitos individuais são atribuídos, na esfera política, para proteger a personalidade contra o arbítrio do Estado, enquanto a esses mesmos direitos, na esfera privada, se concede a proteção para resguardá-los de atentados a que estão expostos pela ação inconsiderada de outro indivíduo. Assim, o *direito à liberdade* pode ser violado por abuso do poder público como pela ação de um particular. Nesta perspectiva, isto é, como direito sujeito a atentados de outros homens, é direito civil, direito da personalidade. Quando, pois, a lei civil o assegura, disciplinando-lhe os aspectos na órbita privada, não está a reproduzir disposições da Constituição, que o garante em outros termos. Mas, sem dúvida, a proteção dispensada no círculo do direito privado reafirma e completa a política de preservação da dignidade da pessoa humana. ⁽¹⁰⁾

Alex Weill, após indicar os direitos públicos como aqueles que resultam da qualidade de indivíduo, tais como o direito à vida, à liberdade, à honra, à liberdade de consciência, de palavra etc., assevera que tais direitos são chamados públicos, pois exercem-se nas relações entre os indivíduos e os agentes do Estado. Quando concernem às relações entre particulares, constituem os direitos inerentes à personalidade e cabe ao Direito Civil sancionar toda e qualquer violação a esse respeito dos direitos de terceiro. ⁽¹¹⁾

Lembra Jean Carbonnier que existem certas prerrogativas reconhecidas a todo cidadão pelo simples fato do nascimento, espécies de direitos do homem, mas no plano do direito privado, por serem direitos do homem oponíveis a outros homens, pois a teoria civilista dos direitos fundamentais da pessoa humana abrange o campo das relações entre particulares. ⁽¹²⁾

4. *Posição sistemática dos direitos da personalidade*

Inicialmente os direitos da personalidade só eram tratados sob o aspecto do Direito Público, o que revela a importância destes direitos.

Mas a tutela dos direitos subjetivos não poderia ser completa com a regulamentação dos direitos essenciais dos indivíduos apenas no campo do Direito Público.

Ensina Rubens Limongi França que “não obstante, essa tutela pública resulta insuficiente, pois muitos direitos da personalidade, como certos aspectos do direito sobre o próprio corpo, ou o direito à imagem, devido à excessiva gravidade das normas de Direito Público, aí não encontram lugar. Por outro lado, as lesões ao direito, como à honra e ao recato, só encontram sanção, provado o dolo específico do responsável”. ⁽¹³⁾

(10) GOMES, Orlando. Ob. cit., pág. 133.

(11) WEILL, Alex. *Droit Civil*. Paris, Dalloz, 1968, I, pág. 167.

(12) CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Paris, Presses Universitaires de France, 1969, I, pág. 246.

(13) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., págs. 404 e 405.

E justifica a existência do tratamento da matéria no campo do Direito Privado da seguinte maneira. "Daí o desenvolvimento da análise jurídica no sentido de definir os aspectos privados da personalidade e as conseqüentes sanções de natureza civil, quer no que concerne à proibição dos atos lesivos, quer no setor do ressarcimento dos danos causados com fundamento na responsabilidade civil."⁽¹⁴⁾

Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que esta autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo.

Pela importância devem ser tratados num livro expressamente reservado nos Códigos Civis.

A maioria, porém, dos códigos que regulamentam a matéria opta pela inclusão num capítulo da parte geral (Código Civil Alemão, Código Suíço, Código Civil Português, Projeto de Código Civil Brasileiro de 1975) ou no Livro das Pessoas (ex.: Código Civil Italiano).

Muito interessante a sugestão do Prof. Rubens Limongi França no sentido da matéria ser desenvolvida na parte especial do Código Civil, antes do livro dos Direitos de Família, juntamente com os chamados institutos de proteção à personalidade, a saber: tutela, curatela e, sob certos aspectos, a adoção e a legitimação adotiva.

5. *Natureza jurídica dos direitos da personalidade*

Os direitos da personalidade integram a categoria dos direitos subjetivos.

Os sistemas jurídicos atuais garantem a todo ser humano certos bens jurídicos em decorrência do simples fato de sua existência. Trata-se de direitos inerentes à própria pessoa humana e constituem prerrogativas ou faculdades que permitem a cada ser humano o desenvolvimento de suas aptidões e energias tanto físicas como espirituais, que constituem o conteúdo essencial da personalidade.⁽¹⁵⁾

O fato de se tratar de uma categoria jurídica distinta das tradicionais foi bem apreendido por Moacyr de Oliveira quando ressaltou que "nela o homem é simultaneamente sujeito e objeto de direito, recaindo o exercício deste em bens morais ou físicos. Somos senhores de nossa vida: liberdade, honra e outros atributos do estado natural da pessoa, mas nem assim há de ficar ao arbítrio de cada um fazer de si o que bem entende. Seria negar uma condição basilar do aperfeiçoamento do homem: a vida em sociedade. A lei condena de modo geral todo abuso do direito".⁽¹⁶⁾

(14) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 405.

(15) ZEA, Arturo Valencia. Ob. cit., pág. 254.

(16) OLIVEIRA, Moacyr de. *Evolução dos Direitos da Personalidade*. In *Rev. dos Tribunais*, vol. 402, págs. 29 e seguintes.

Contudo, há autores que refutam o enquadramento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos ou direitos privados da personalidade.

As razões invocadas são as seguintes: 1) Não se pode admitir a existência de "direitos sobre a própria pessoa". Isto porque levaria a pessoa a desempenhar dois papéis contraditórios: ser, ao mesmo tempo sujeito e objeto. Se na antiguidade era possível que a personalidade fosse um objeto (escravidão), hoje não será possível. Por outro lado, alega-se que os bens da personalidade não são direitos subjetivos, pois não podem separar-se do homem de quem derivam para serem representados como entidades independentes da pessoa, a qual constitui um todo orgânico. Daí a existência de autores que consideram os direitos da personalidade simplesmente como *bens jurídicos* que recebem a proteção legal contra atentados de terceiros.

Mas estas duas objeções não podem prevalecer, sendo certo que a doutrina mais atualizada considera os bens da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos.⁽¹⁷⁾

As razões em abono deste ponto de vista são as seguintes:

a) o fato de os direitos humanos ou da personalidade não poderem separar-se do homem de quem são provenientes não indica que não possam ser qualificados como direitos, se quanto ao essencial neles exsurgem as características encontráveis nos outros direitos. O direito subjetivo representa, de um lado, um *poder de nossa vontade* e, de outro lado, implica no *dever jurídico* de respeitar aquele poder por parte dos outros.⁽¹⁸⁾ Ao dizermos que temos um direito sobre nossa vida, saúde, corpo, liberdade, honra etc., estamos afirmando um poder de nossa vontade sobre essa vida, corpo, saúde etc., e cujo respeito se impõe aos outros;

b) a vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre o mundo exterior (direitos patrimoniais, direitos familiares), mas, também, sobre a própria realidade antropológica do ser humano. Cada qual é o próprio guia de sua vida, corpo, honra etc. e demais atributos e energias que emanam da personalidade;

c) quanto à objeção de que no direito moderno a pessoa não pode ser objeto de direitos, devemos assinalar que não estamos reproduzindo a velha regra romana de que uma pessoa podia ser objeto de propriedade por parte de outra pessoa. Mas é a própria pessoa *que, ao exercer a função de sujeito de direitos subjetivos, converte em objeto alguns dos atributos ou bens dela própria*. Além disso, o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, se-

(17) PASSARELLI, Francisco Santoro. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, pág. 39.

(18) ZEA, Arturo Valencia. Ob. cit., pág. 457.

não realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (honra, liberdade etc.).

Campogrande afirma que “sujeito de direitos é todo homem considerado como entidade física e moral, enquanto que o objeto de cada um dos direitos sobre a própria pessoa consiste em uma manifestação determinada da personalidade humana, física ou moral... Como sujeito, o homem opera com todas suas faculdades físicas e morais, indistintamente; como objeto, funciona o próprio homem, porém limitando-se a uma parte especial de sua personalidade”.⁽¹⁹⁾

2) Outro aspecto importante que deve ser abordado na natureza jurídica dos direitos da personalidade é o fato de alguns autores admitirem que, ao invés de vários direitos da personalidade, apenas existe um direito geral e abstrato da pessoa, o que implica na proteção de seus atributos e pressupostos. Nipperdey afirma existir um *derecho general de la personalidad* (allgemeine Personenlichkeitsrecht) que se encaminha para a conservação, inviolabilidade, dignidade e livre desenvolvimento da individualidade. Os direitos à vida, honra etc. não são senão partes integrantes essenciais daquele direito geral. Trata-se de um *direito-fonte* (Quellenrecht) de um *direito matriz fundamental* (Muttergrundrecht).

Em fins do século XIX, parte da doutrina alemã, com Gierke e Kohler em particular, pronunciou-se a favor do reconhecimento de um *direito geral da personalidade*.

Mas, após a promulgação do BGB, o Tribunal do Império decidiu que o reconhecimento de um direito subjetivo geral da personalidade não tem lugar no sistema positivo do Direito Civil Alemão. O citado tribunal confirmou sua jurisprudência em várias decisões posteriores, em particular no litígio suscitado pela publicação da correspondência íntima de Nietzsche.

A Constituição Federal Alemã de 1949 levou a Corte Federal de Justiça a abandonar esta jurisprudência, pois a Constituição proclama no art. 1º, 1ª alínea, que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo o poder do Estado”.

O art. 2º, alínea 1ª, consagra em primeiro lugar, entre os direitos fundamentais, que nos termos do art. 1º, alínea 3ª, “obrigam o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, a título de direito diretamente aplicável, o *direito de cada um ao livre desenvolvimento de sua personalidade*”. A Corte Federal de Justiça da Alemanha retirou destes textos, no acórdão Schacht, a conseqüência de que existe, nas relações particulares, um direito geral à personalidade, que ela define como “o direito de um particular, contra outro particular, ao respeito de sua dignidade de homem e ao desenvolvimento de sua personalidade individual”.⁽²⁰⁾

(19) ZEA, Arturo Valencia. Ob. cit., pág. 458.

(20) KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité — aspects théoriques et pratiques. In *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, pág. 486.

Regra parecida é a do art. 28, alínea 1^a, do Código Civil Suíço, segundo a qual: "aquele que sofre uma lesão ilícita em seus direitos pessoais pode pedir ao juiz que a faça cessar".

Este artigo inspirou o art. 165 da Comissão de Reforma do Código Civil Francês: "toute atteinte illicite à la personnalité donne à celui qui la subit le droit de demander qu'il y soit mis fin, sans préjudice de la responsabilité qui peut en résulter pour son auteur".

O art. 12 do Projeto Brasileiro de Código Civil de 1975 prevê esse direito geral da personalidade ao estatuir: "Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

Após a análise dos opositores, Arturo Valencia Zea conclui que a tese que encontra guarida na doutrina é a que considera a personalidade em si, a qual é considerada uma categoria jurídica, o suporte dos direitos subjetivos.⁽²¹⁾

Pierre Kayser considera que a noção de direito da personalidade, ao invés de ser incompatível com a noção de direito subjetivo, nada mais é do que uma aplicação do direito subjetivo. Mas lembra que os direitos da personalidade, para serem qualificados como categoria particular dos direitos subjetivos, devem apresentar características próprias que os distingam dos demais direitos subjetivos.⁽²²⁾

Outro aspecto importante a ser tratado na natureza jurídica dos direitos da personalidade é saber se apenas aqueles direitos previstos no ordenamento são aceitos, ou seja, se os direitos da personalidade são direitos de natureza positiva.

O Professor Rubens Limongi França, ao tratar do assunto, estabeleceu a posição cientificamente correta. Admite que, além dos direitos privados da personalidade definidos em lei, outros há, reconhecidos pelo costume e pelo direito científico. E exemplifica com o direito ao nome, o direito à imagem, o direito moral do escritor. Conclui asseverando que o fundamento próximo da sua sanção é realmente a extratificação no direito consuetudinário ou nas conclusões da ciência jurídica. Mas o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras o direito natural.⁽²³⁾

A escola do Direito Natural proclama a existência dos direitos inatos de que o homem é titular. Há autores que se insurgem contra o fundamento de direito natural como os ligados à escola positivista que fazem decorrer a personalidade não da realidade psicofísica do homem, mas da sua concepção jurídico-normativa.⁽²⁴⁾

(21) ZEA, Arturo Valencia. Ob. cit., pág. 459.

(22) KAYSER, Pierre. Ob. cit., pág. 454.

(23) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 406.

(24) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio, Edição Forense, 1966, volume I, 2.^a edição, pág. 142, nota 7.

Nós consideramos que o direito natural é o fundamento primeiro dos direitos da personalidade segundo a lição do Prof. Rubens Limongi França.

6. Caracteres dos direitos da personalidade

Os caracteres dos direitos da personalidade desde logo elevam esta categoria para uma posição mais destacada em relação aos demais direitos e num grau que sobrepaira aos demais direitos, justamente, porque concerne a direitos essenciais ou fundamentais do indivíduo.

Os autores variam na indicação dos caracteres.

Para Simón Carrejo são em número de cinco: 1) intransmissibilidade; 2) indisponibilidade; 3) irrenunciabilidade; 4) inexpropriabilidade; e 5) ilimitação.

Para Arturo Valencia Zea são: 1) trata-se de direitos absolutos; 2) pertencem a todas as pessoas e configuram-se com o nascimento destas; 3) a maioria dos direitos da personalidade são bens que estão fora do comércio; e 4) não são suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Para o Prof. Antônio Chaves a doutrina reconhece as seguintes características: a) são direitos *originários ou inatos*, por se adquirirem pelo simples nascimento; b) são, em princípio, *direitos subjetivos privados*, correspondendo aos indivíduos como simples seres humanos; c) são *absolutos* ou de *exclusão*, tendo em vista sua oponibilidade *erga omnes*; d) são *personais*, ou melhor, *extrapatrimoniais*; e) são *intransmissíveis* e não suscetíveis de disposição pelo titular; f) são *irrenunciáveis* e *imprescritíveis*.⁽²⁵⁾

Adriano de Cupis fala em intransmissibilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade.⁽²⁶⁾

Jean Carbonnier indica como traços comuns dos direitos da personalidade: 1) são direitos gerais, pois todas as pessoas deles são dotadas; 2) são *extrapatrimoniais*; e 3) são *direitos absolutos*.⁽²⁷⁾

Alberto Trabucchi indica os seguintes caracteres: 1) *direitos não patrimoniais*; 2) *direitos absolutos*; 3) *direitos inalienáveis*; 4) *direitos intransmissíveis*; 5) *direitos imprescritíveis*; e 6) *direitos irrenunciáveis*.⁽²⁸⁾

De acordo com a lição de Arturo Valencia Zea, os caracteres dos direitos da personalidade são em número de quatro: 1) trata-se de *direitos absolutos*; 2) pertencem a todas as pessoas e configuram-se com o nascimento destas; 3) a maioria dos direitos da personalidade são *bens*

(25) CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil*. São Paulo, co-edição José Bushatsky Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 1972, pág. 168.

(26) CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa, Livraria Morais Editora, 1961, págs. 44 e segs.

(27) CARBONNIER, Jean. Ob. cit., pág. 247.

(28) TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., pág. 92.

que estão fora do comércio; e 4) não são suscetíveis de avaliação em dinheiro.

Quanto ao primeiro caráter devemos afirmar que são direitos absolutos porque o seu respeito se impõe a todos; cada qual deve respeitar a vida, o corpo, a honra etc. das demais pessoas. Seu respeito impõe-se ao próprio Estado, que deve exigí-lo e garanti-lo. Ainda devemos lembrar que a própria pessoa do titular dos direitos humanos ou da personalidade tem o dever jurídico essencial de respeitá-los.

Nisto diferenciam-se dos demais direitos, porque uma pessoa pode não querer conservar seu direito de propriedade, seus créditos etc. Por outro lado, toda pessoa está obrigada a conservar e respeitar seus próprios direitos humanos, no sentido de que ninguém pode atentar contra sua vida, seu corpo, sua saúde, sua honra etc. Pode-se dizer que estes direitos partem da pessoa configurados como um poder de *vontade* e regressam à mesma em sua condição de um *dever essencial de conservação*.⁽²⁹⁾

Quanto à segunda característica, deve ser explicitado que os direitos da personalidade pertencem a toda e qualquer pessoa e começam a existir desde o seu nascimento. Não exigem outro requisito para existir senão a própria existência da pessoa à qual aderem. A maioria destes direitos terminam com a morte do titular (a vida, a saúde, a integridade física), mas outros prolongam seus efeitos além da vida da pessoa como, por exemplo, a honra, pois ninguém pode atacar a honra das pessoas falecidas.

Ao analisar este caráter, Arturo Valencia Zea contesta que o direito moral do autor ou do inventor possa ser considerado direito da personalidade, porque o direito moral do autor ou do inventor só existe quando se configurar um ato de criação ou de invenção, em razão do que não é peculiar a todo ser humano.⁽³⁰⁾

Rubens Limongi França em sua classificação coloca o direito moral de autor como direito da personalidade, deixando o direito patrimonial de autor para ser desenvolvido em outra categoria jurídica.⁽³¹⁾

Com relação ao terceiro e quarto caracteres, a maioria dos direitos humanos ou da personalidade encontram-se fora de comércio ou não são suscetíveis de serem avaliados em dinheiro. Ninguém pode dispor de sua vida, de seu corpo ou das partes integrantes do mesmo, de sua honra, nome etc.

Contudo, alguns direitos têm conteúdo patrimonial, como se dá com o direito à imagem, direito sobre a voz humana.

Apesar de os direitos da personalidade serem extrapatrimoniais, quando forem desrespeitados, a reparação pode traduzir-se em montante em dinheiro vez que muitos direitos da personalidade geram entradas econômicas. Como exemplo, em caso de lesão à honra, pode-se configurar

(29) ZEA, Arturo Valencia. Ob. cit., págs. 459 e 460.

(30) ZEA, Arturo Valencia. Ob. cit., pág. 460.

(31) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 412.

uma falência ou insolvência de um comerciante honrado, sendo, pois, justo que o autor desta lesão restabeleça o prejudicado no estado anterior.

Passemos à análise dos caracteres indicados por Simón Carrejo em número de cinco: 1) intransmissibilidade; 2) indisponibilidade; 3) irrenunciabilidade; 4) inexpropriabilidade; e 5) ilimitação.

Quanto à *intransmissibilidade* devemos ressaltar que a personalidade compreende os bens mais importantes do homem, e seus atributos pertencem, também, ao indivíduo sem que possa transferi-los porque são inerentes à pessoa humana. Caso fosse admissível sua transmissão, perderiam sua razão de ser. Os direitos da personalidade são inseparáveis da pessoa em razão do que é inconcebível que a vida, a liberdade, a integridade etc. possam transferir-se da esfera jurídica de um indivíduo para a de outro porque isto implicaria em sua própria desnaturação e iria contra a natureza das coisas. Os negócios jurídicos que selariam tal transferência seriam nulos por lhes faltar causa e objeto.⁽³²⁾

A segunda característica é a *indisponibilidade* que decorre do seu caráter intransmissível, ou seja, falta-lhes a faculdade de disposição do particular. O titular dos direitos da personalidade apenas tem o direito de usá-los e gozá-los. Não se pode, pois, substituir o titular no uso e gozo porque os direitos da personalidade pressupõem exclusividade.

Os direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e indisponíveis, classificam-se entre os direitos que não conferem a seu titular um domínio integral, pois atuam em uma esfera mais restrita do que a comum, a corrente em outras categorias de direitos.

Como a personalidade não pode ser alienada, do mesmo modo não é possível dispor dos atributos que ela atribui ao particular.⁽³³⁾

A terceira característica é a *irrenunciabilidade*. Se não é possível dispor dos direitos da personalidade, então, também, não é possível renunciar a eles, pois a renúncia equipara-se a uma forma de disposição e exige capacidade dispositiva por parte do renunciante.

Existe uma íntima relação entre as três características estudadas — intransmissibilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade — porque ninguém pode ser despojado de seus direitos da personalidade, nem a autonomia privada atuar no sentido de afastar-se deles ou aliená-los.

As normas jurídicas que garantem a existência e a atuação dos direitos da personalidade são de ordem pública, não podendo ser derogadas pelos particulares, assim uma hipotética vontade de renúncia careceria de qualquer efeito jurídico.

A quarta característica concerne à *inexpropriabilidade* porque os direitos da personalidade não se submetem à desapropriação forçada em decorrência de sua intransmissibilidade. O sujeito ativo não pode mudar-

(32) CARREJO, Simón. Ob. cit., pág. 302.

(33) CARREJO, Simón. Ob. cit., pág. 303.

se conforme a vontade do titular ainda que por determinação estatal. O caráter essencial destes direitos impede que mesmo o Estado possa despojar o indivíduo deles.

Somente os direitos patrimoniais são transmissíveis.

O último caráter, a *ilimitação*, porque os direitos da personalidade são ilimitados no tempo, pois apresentam caráter vitalício: se a personalidade se inicia com o nascimento e termina com a morte, o mesmo sucede com os direitos da personalidade que acompanham o indivíduo durante toda sua vida. ⁽³⁴⁾

Esta última característica pode, também, ser designada de *imprescritibilidade*, pois o decurso do tempo permanece como inerte no que concerne ao eventual desinteresse do titular do direito da personalidade quanto ao seu exercício, pois não se extinguem pelo não uso ou por falta de proteção dos mesmos.

Adriano de Cupis desenvolve os caracteres dos direitos da personalidade numa seção sob a denominação "Disciplina geral dos direitos da personalidade". ⁽³⁵⁾

O projeto brasileiro de Código Civil de 1975 determina, no art. 11, que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

O art. 81 do Código Civil Português determina que toda limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.

II — *Dos direitos da personalidade em espécie*

1) *O problema da especificação dos direitos da personalidade*

A) *Na legislação estrangeira*

Como ensina Rubens Limongi França, "a despeito de um século de sua definição doutrinária, os direitos privados da personalidade ainda não se encontram, em nossos dias, em meio à legislação dos povos cultos, num grau de evolução, que se possa dizer definitivo ou acabado." ⁽³⁶⁾

O Código Civil Português de 1865, nos artigos 359 e seguintes, revela uma importante sistematização dos direitos da personalidade que serve como ponto de partida para a ordenação legislativa das medidas de proteção da pessoa humana na órbita privada. ⁽³⁷⁾

Admite esse código a existência de cinco categorias dos direitos da personalidade: 1º) o direito de existência; 2º) o direito de liberdade;

(34) CARREJO, Simón. Ob. cit., págs. 303 e 304.

(35) CUPIS, Adriano de. Ob. cit., págs. 45 a 61.

(36) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 407.

(37) GOMES, Orlando. Ob. cit., pág. 132.

3º) o direito de associação; 4º) o direito de apropriação; e 5º) o direito de defesa. Apenas a 4ª categoria não constitui direito da personalidade.

Orlando Gomes ressalta que o Código Civil Português de 1865 empresta larga significação ao direito de existência, compreendendo nessa expressão, não só o direito à vida e à integridade física do homem, mas, também, o seu bom nome e reputação, em que consiste sua dignidade moral. (38)

Lembra Rubens Limongi França que o primeiro diploma a tratar, especificamente, de um direito privado da personalidade foi a lei romana, sobre o direito ao nome, de 18 de março de 1895. (39)

O Código Alemão de 1900, no seu § 823, enuncia quatro direitos da personalidade: à vida, ao corpo (integridade corporal), à saúde e à liberdade, mas regula também o direito à honra e ao nome (art. 12).

Em seguida, temos o Código Civil Suíço de 1907, regulamentando o direito ao nome nos artigos 29 e 30.

Mas o Código Civil Italiano de 1942 desempenhou um importante papel, pois serviu e continua servindo de modelo a muitas legislações. Historicamente, é o primeiro código a tratar dos direitos da personalidade em vários artigos desde o direito sobre o próprio corpo (art. 5º) e o direito à imagem (art. 10), como regulamenta o direito ao nome sob várias facetas, o direito ao nome (art. 6º), a tutela do direito ao nome (art. 7º), a tutela do direito ao nome, por razões familiares (art. 8º) e o direito ao pseudônimo (art. 9º).

É necessário ressaltar a importância dos comentadores do Código Civil Italiano de 1942 na divulgação dos direitos da personalidade a ponto de, ainda hoje, servir de centro de irradiação dos lineamentos da teoria dos direitos da personalidade.

O Código Civil Português de 1966, no livro I, parte geral, no título II, ao tratar das relações jurídicas, insere no capítulo das pessoas singulares uma seção (II) destinada aos direitos da personalidade.

O artigo 70 é regra geral sobre os direitos da personalidade.

(Tutela geral da personalidade)

1 — A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

2 — Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida.

O artigo 71 cuida da ofensa a pessoas já falecidas. O artigo 72 regulamenta o direito ao nome, o 73, a legitimidade para propor ações

(38) GOMES, Orlando. Ob. cit., pág. 132.

(39) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 407.

relativas à defesa do nome, e o artigo 74 protege o pseudônimo. Os artigos 75, 76 e 77 estatuem regras sobre cartas missivas confidenciais, publicação de cartas confidenciais, memórias familiares e outros escritos confidenciais e cartas missivas não confidenciais. O artigo 79 concerne ao direito à imagem. O artigo 80 regula o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. O artigo 81 encerra a seção com uma regra geral sobre a limitação voluntária dos direitos da personalidade. (40)

O anteprojeto de Código Civil Francês regulamenta a matéria de maneira mais pormenorizada que o Código Civil Italiano, sendo certo que serviu de base para o projeto Orlando Gomes e este para o atual projeto de Código Civil de 1975. O direito ao nome foi objeto de vinte artigos no anteprojeto de Código Civil Francês.

Na França deve-se destacar a importante elaboração pretoriana dos direitos da personalidade.

A riqueza de julgados possibilitou uma estruturação de vários dos direitos da personalidade, entre eles, o direito à intimidade, o direito à imagem, o direito ao nome, às cartas missivas, à honra e o direito moral de autor.

Em obra recente Raymond Lindon analisa com base na jurisprudência a evolução de vários dos direitos da personalidade. (41)

Na conclusão de seu livro Raymond Lindon chama a atenção para dois aspectos relevantes. Em primeiro lugar, que em França, a despeito da falta de lei sobre os direitos da personalidade, foi feita uma construção jurisprudencial admirável com suas originalidades, nuances e seu caráter funcional que se apresenta tão harmoniosa quanto certos castelos renascentistas. E, em segundo lugar, que os imperativos psicológicos de um humanismo profundo e evoluído inspiraram felizmente a escolha e a adaptação das técnicas jurídicas. (42)

B) *Projeto de Código Civil de 1975*

O projeto de Código Civil de 1975, com relação aos direitos da personalidade, é inferior ao Projeto Orlando Gomes, pois, ao invés de partir deste e minuciosamente a regulamentação dos direitos da personalidade, inexplicavelmente não utiliza sequer todos os artigos do Projeto Orlando Gomes, o que só pode ser objeto de críticas.

O capítulo II do título I da parte geral do projeto de 1975 cuida, seguidamente, dos artigos 11 a 20, dos direitos da personalidade.

O Projeto Orlando Gomes, com mais técnica, desenvolve em capítulos separados os direitos da personalidade e o direito ao nome que é regulamentado em sete artigos.

(40) Consultar sobre o assunto — *Código Civil anotado*, pelos professores Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, vol. I, Coimbra Editora Limitada, 1967, págs. 54 a 61.

(41) LINDON, Raymond. *Une création prétorienne: les droits de la personnalité*. Paris, Dalloz, 1974.

(42) LINDON, Raymond. *Ob. cit.*, pág. 361.

Já o projeto de Código Civil de 1975 não teve esta preocupação sistêmica, regulamentando inclusive, em quatro dos dez artigos, o direito ao nome, tudo sob a rubrica dos direitos da personalidade.

Fazendo um cotejo entre o Código Civil Português e o projeto brasileiro de 1975, notamos desde logo que este não aborda a relevante matéria relativa às cartas missivas que aquele agasalhou em quatro artigos.

O artigo 20 do projeto fala, é verdade, em divulgação de escritos e em publicação, contudo é um tratamento muito genérico da matéria.

Num capítulo sobre direito ao segredo, poderiam ter sido reproduzidos tais artigos do Código Civil Português complementando-os.

Por outro lado, o artigo 20 é o fundamento legal do direito à imagem e pela sua importância poderia o codificador ter regulamentado o instituto em vários artigos usando o artigo 79 do Código Civil Português e esmiuçando o conteúdo de tal direito da personalidade.

O projeto de Código Civil não regulamenta o direito à intimidade, matéria que se desenvolveu muito, ultimamente, e que tem sido objeto de julgados nos EUA, França e Itália, além de ter sido previsto no artigo 80 do Código Civil Português.

Quanto ao direito ao nome, falta um artigo sobre a alteração do nome (artigo 39 do projeto Orlando Gomes) sobre regulamentação do nome da mulher casada (artigo 40 do mesmo projeto) etc.

O capítulo inicia-se com uma regra que enuncia os caracteres dos direitos da personalidade, é o artigo 11 que diz:

“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias.”

Vemos que o artigo 11 enuncia três dos principais caracteres dos direitos da personalidade.

O artigo 12 é o reconhecimento de uma regra geral de tutela dos direitos da personalidade. Com este artigo poderão ser reconhecidos os direitos da personalidade que não estão regulamentados nos artigos seguintes, mas que ainda poderão se concretizar.

Os artigos 13, 14 e 15 do projeto de Código Civil de 1975 concernem aos direitos à integridade física.

O parágrafo único do artigo 13 fala em lei especial admitindo os atos de disposição do próprio corpo ainda quando importarem diminuição permanente da integridade física quando se destinar a transplante.

Os transplantes estão regulamentados entre nós pela Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968, que dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver, para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências.

Salvo exigência médica e excetuada a hipótese de transplante, são proibidos os atos de disposição do próprio corpo quando importarem diminuição permanente da integridade física ou contrariarem os bons costumes.

A bibliografia sobre transplantes é rica e entre outros podemos citar os trabalhos de Javier Lozano y Romen (43), João Gualberto de Oliveira (44), Miguel Reale Júnior (45) e publicação pelo editor Giuffrè das atas de reuniões organizadas pelo "Istituto per la documentazione e gli studi legislativi". (46)

O artigo 13 do projeto de 1975 equivale ao artigo 29 do projeto Orlando Gomes, antecedido pela rubrica "Atos de disposição do próprio corpo".

O artigo 14 do projeto de 1975 corresponde ao artigo 30 do projeto Orlando Gomes sob a rubrica de "Disposição do cadáver".

O artigo 15 do projeto de 1975 equivale ao artigo 32 do projeto Orlando Gomes que aparece sob a rubrica de "Recusa ao tratamento médico".

A reforma do Código Civil Brasileiro exige uma regulamentação minuciosa dos direitos da personalidade.

A jurisprudência nessa matéria, entre nós, é muito pobre. Assim sendo, não há possibilidade de, através de construção pretoriana, fazer valer os direitos da personalidade.

Nossa posição é muito diferente da da França onde, apesar da falta de dispositivos legais sobre os direitos da personalidade, a construção pretoriana satisfaz grandemente.

2) *Classificação do Prof. Rubens Limongi França*

Após criticar as especificações formuladas, indica uma certa falta de critério na distribuição da matéria, o que, evidentemente, dificulta o seu desenvolvimento na legislação como na doutrina.

Assinala que, a despeito do traço comum de todos esses direitos, consubstanciados no fato de serem todos direitos privados da personalidade, é bem de ver, correspondem eles a *aspectos determinados* dessa personalidade, de tal forma que é de mister sejam inicialmente agrupados *de acordo com os aspectos a que cada um concerne*.

Ressalta que esses aspectos fundamentalmente são três: o físico, o intelectual e o moral, devendo-se, pois, classificar em: 1º) direito à integridade física; 2º) direito à integridade intelectual; e 3º) direito à integridade moral.

Salienta que esses direitos não são estanques, mas pelo contrário, por vezes participam de mais de um grupo; como o direito à imagem, que para o Prof. Rubens Limongi França é tanto de natureza moral co-

(43) ROMEN, Javier Lozano y. *Autonomia del transplante humano*. México, 1969.

(44) OLIVEIRA, João Gualberto de. *O transplante de órgãos humanos à luz do direito*. São Paulo, 1970.

(45) JÚNIOR, Miguel Reale. *Aspectos legais dos transplantes*.

(46) Vários autores. *Il trapianto degli organi umani e il diritto*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

mo física. Não obstante, assentada esta base, os direitos da personalidade podem ser especificados dentro de uma classificação correspondente à sua natureza dominante. (47)

A classificação dos direitos da personalidade será a seguinte:

I — *Direito à integridade física*

- 1) Direito à vida e aos alimentos.
- 2) Direito sobre o próprio corpo vivo.
- 3) Direito sobre o próprio corpo morto.
- 4) Direito sobre o corpo alheio vivo.
- 5) Direito sobre o corpo alheio morto.
- 6) Direito sobre partes separadas do corpo vivo.
- 7) Direito sobre partes separadas do corpo morto.

II — *Direito à integridade intelectual*

- 1) Direito à liberdade de pensamento.
- 2) Direito pessoal de autor científico.
- 3) Direito pessoal de autor artístico.
- 4) Direito pessoal de inventor.

III — *Direito à integridade moral*

- 1) Direito à liberdade civil, política e religiosa.
- 2) Direito à honra.
- 3) Direito à honorificência.
- 4) Direito ao recato.
- 5) Direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional.
- 6) Direito à imagem.
- 7) Direito à identidade pessoal, familiar e social. (48)

Indubitavelmente cabe ao Prof. Rubens Limongi França um papel pioneiro na estrutura da especificação e classificação dos direitos da personalidade.

A classificação proposta é a mais científica dentre as que foram sugeridas.

Em trabalho recente (1971) Pierre Kayser, que reuniu o que há de mais recente sobre o assunto, acaba formulando uma classificação inaceitável. Para ele o único modo de se classificar está em dividir os direitos da personalidade em: 1) direitos da personalidade comparáveis aos direitos reais (direito ao nome e direito ao próprio corpo vivo ou morto); 2) direitos de personalidade comparáveis aos direitos de crédito (direito ao respeito da vida particular, englobando o direito ao segredo das cartas confidenciais e o direito da pessoa sobre a própria imagem); e 3) caráter particular do direito moral do autor e do inventor.

(47) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., pág. 411.

(48) FRANÇA, Rubens Limongi. Ob. cit., págs. 411 e 412.

Foi levado a esta classificação pela preocupação de permitir o enquadramento de novos direitos da personalidade que, certamente, vão se configurando. Não aceita a classificação em direitos à integridade física e à integridade moral, pois há alguns direitos que se enquadrariam ao mesmo tempo nas duas categorias, como se dá com o direito à identidade pessoal.

Em decorrência disso, formula a sua classificação considerando-a superior por não ser possível classificar certos direitos da personalidade quanto a seu objeto. (49)

O Prof. Rubens Limongi França superou tal perplexidade de Pierre Kayser com sua classificação dos direitos da personalidade em três categorias: 1) os direitos à integridade física; 2) direitos à integridade intelectual; e 3) direitos à integridade moral.

Com isso, mais uma vez, seu espírito de grande sistematizador trouxe uma grande contribuição num assunto que ainda posteriormente à publicação do 1º volume de seu *Manual de Direito Civil* gera controvérsias.

III — Sanção dos direitos da personalidade

A matéria foi resumida nos seguintes termos pelo Prof. Rubens Limongi França:

“A sanção pode ser pública e privada.

A natureza pública é a tradicional e apresenta duas feições: a constitucional e a penal. A constitucional se verifica através de institutos como o *habeas corpus*, destinado à garantia da liberdade de ir e vir. A penal se exterioriza na definição de certos crimes como a injúria, a calúnia, a difamação, o ultraje ao culto etc. A sanção privada até bem recentemente se vinha restringindo ao ressarcimento pela responsabilidade civil. Essa, porém, não é uma tutela dos direitos da personalidade, sob o seu aspecto privado, nem se vinha revelando suficientemente para propiciar-lhe a devida garantia.

Assim, a doutrina, a jurisprudência e, ultimamente, a própria legislação dos povos cultos, evoluíram no sentido de reconhecer ações específicas, de natureza negatória e declaratória, destinadas a negar e a afirmar a existência *in casu* dos diversos direitos da personalidade.

Por outro lado, a consagração, que tende a universalizar-se, do ressarcimento por *dano moral* vem completar, em definitivo, a tutela privada de tais direitos.” (50)

Os direitos da personalidade, para serem realmente protegidos, não podem ter sua sanção limitada à aplicação da responsabilidade civil. Mesmo porque a estipulação do dano moral nem sempre é fácil.

Aliás, seria conveniente incluir na lei uma indenização mínima a ser aplicada em caso de desrespeito aos direitos da personalidade. Havendo

(49) KAYSER, Pierre. Ob. cit., págs. 457 e segs.

(50) Sobre o assunto consultar também: CARBONNIER, Jean. Ob. cit., pág. 246.

possibilidade, o prejudicado pleitearia quantia maior dependendo da comprovação do *quantum* do seu dano moral. Entre nós, analogicamente, pode ser aplicado o artigo 84 do Código Nacional de Telecomunicações, Lei nº 4.117, de 27-8-1962, que fixa a reparação a ser feita pelo réu em sessenta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Portanto, a sanção dos direitos da personalidade deve ser feita, por um lado, através de medidas cautelares que determinem a imediata suspensão dos atos que desrespeitem os direitos da personalidade. Em seguida, haveria a propositura de ação principal que irá declarar ou negar a existência do direito da personalidade.

Esta ação declaratória poderia ser proposta cumulativamente com ação ordinária de perdas e danos a fim de ser o lesado ressarcido em seu dano patrimonial ou apenas moral. Sobre as sanções dos direitos da personalidade, consultar o trabalho de Pierre Kayser. ⁽⁵¹⁾

(51) KAYSER, Pierre. Ob. cit., págs. 500 à 509.

BIBLIOGRAFIA

1. CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. I. Paris, Presses Universitaires de France, 1969.
2. CARREJO, Simón. *Derecho Civil*. Bogotá, Editorial Themis, 1972, tomo I.
3. CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil*. São Paulo, co-edição José Bushatsky Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 1972, Parte Geral, vol. 3.
4. DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da personalidade*. Lisboa, Livraria Morais Editora, 1961.
5. FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, vol. I, 3ª edição revista.
6. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio, Edição Forense, 2ª edição, 1965, e artigos publicados nos volumes 206 e 216 da Revista Forense.
7. KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité — Aspects théoriques et pratiques. *In Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, págs. 445-509.
8. LINDON, Raymond. *Une création prétorienne: Les droits de la personnalité*. Paris, Dalloz, 1974.
9. OLIVEIRA, João Gualberto de. *O transplante de órgãos humanos à luz do Direito*. São Paulo, 1972.
10. OLIVEIRA, Moacyr de. Evolução dos direitos da personalidade. *In Revista dos Tribunais*, volume 402.
11. PASSARELLI, Francesco Santoro. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.
12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio, Edição Forense, volume I, 2ª edição, 1966.
13. REALE JÚNIOR, Miguel. *Aspectos legais dos transplantes*.
14. ROMEN, Javier Lozano y. *Autonomia del transplante humano*. México, 1969.
15. THUR, Andreas Von. *Derecho Civil*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1946, volume I.
16. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1962, tredicesima edizione.
17. VARELA, João de Matos Antunes e LIMA, Fernando Andrade Pires de. *Código Civil anotado*. Coimbra, Editora Limitada, 1967, vol. I.
18. VARIOS AUTORES. *Il trapianto degli organi umani e il Diritto*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.
19. WEILL, Alex. *Droit Civil*. Paris, Dalloz, 1968, I.
20. ZEA, Arturo Valencia. *Derecho Civil*. Bogotá, Editorial Themis, tomo I, Parte General y Personas, 1974, sexta edición.

REPROGRAFIA

Desafio da reprografia à proteção do Direito do Autor

Prof. ANTÔNIO CHAVES

Presidente do Instituto Interamericano de Direito de Autor (IIDA), Membro da Comissão Jurídica e de Legislação da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC).

SUMÁRIO

Introdução

A reprografia de má fé: um problema de concorrência desleal

A reprografia de boa fé: o problema no âmbito interno

Encaminhamento da solução do problema

Licença legal, licença obrigatória, licença global

Quem vai receber os pagamentos

As recomendações do Grupo de Trabalho reunido em Paris de 2 a 4 de maio de 1973

Acordo sueco sobre a fotocópia nas escolas

Exceções à regra do pagamento

Solução no âmbito internacional

Conclusão

Tese apresentada à Primeira Conferência Continental de Direito Autoral e Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Autoral, no dia 8-8-1977, na Faculdade de Direito da USP.

Introdução

A popularização dos aparelhos gravadores de sons e a difusão cada vez maior de reprodutores fotostáticos de trabalhos manuscritos, impressos, datilografados etc., lança um verdadeiro desafio a uma das prerrogativas fundamentais do criador intelectual: aquela que diz respeito à autorização de multiplicar os exemplares das suas obras.

É o problema da reprografia. Para um incomensurável número de pessoas, fada benéfica, que, com um toque da sua varinha mágica, hoje substituída por um prosaico botão de um abençoado aparelho reprodutor de cópias ou gravador de sons, multiplica as obras em um número ilimitado de exemplares; para os autores, intérpretes, executantes e empresários, hidra, polvo, monstro hiante, vampiro que lhes suga o sangue dia a dia, pior do que isso, retira-lhes os proventos que antes da invenção desses, para eles diabólicos, aparelhos, fluíam muito mais espontaneamente para os seus bolsos.

As exigências do ensino, da pesquisa e da cultura, ao ritmo trepidante da vida moderna, que não permite sequer um momento de pausa para verificar se existe, quem é, onde está o titular do direito de autor, tornam cada vez mais utópico e distante o dogma, até há poucos anos indiscutível, da exigência do consentimento do autor a qualquer aproveitamento de sua obra.

Como conciliar os interesses do criador e os da coletividade?

Aí está, sem dúvida, um verdadeiro teste, não apenas para as legislações internas de cada país, como também para as grandes convenções internacionais, que já não podem ignorar o problema, verdadeira pedra-de-toque das concepções teóricas e da aplicação prática dos princípios, encruzilhada, ponto de encontro de todas as construções científicas e legislativas, colocando frente a frente conceitos antigos como os do consentimento do autor e do intuito de lucro, e novos, como os da licença obrigatória e da licença global.

A fotocópia não autorizada, como é geralmente praticada, consiste na reprodução não permitida de trabalho alheio, correspondendo, pois, a um verdadeiro locupletamento.

Tem-se salientado, com efeito, não haver razão para que apenas os autores e os editores devam suportar o ônus dessa evolução, tanto mais quanto ninguém lembraria de discutir a necessidade de pagar os aparelhos e o papel utilizados.

A reprografia, acentua G. O. Campiglia, **Guia Gráfico de Comunicação Audiovisual**, 1969, compreende a atividade reprodutora de originais, a partir de uma matriz, "para produzir a duplicação, a multiplicação até um determinado limite de tiragem e dentro das limitadas possibilidades tecnológicas, se comparadas com outros processos industriais mais preocupados com padrões diversos. É sempre uma atividade-meio".

Nela se incluem conhecidas máquinas de escritório: duplicadores simples, a álcool ou gelatinas, mimeógrafos de estêncil ou de **offset**, máquinas fotocopiadoras úmidas, químicas e secas, termográficas, eletrográficas e xerográficas. E também "a microfilmagem de documentos e sua leitura, ampliação e duplicação". Quando se procuram grandes tiragens, já se entra no campo da indústria gráfica.

Citando-o, faz ver José Nabantino Ramos — **Jornalismo. Dicionário enciclopédico**. São Paulo, Ibrasa, 1970 — como é útil no arquivo do jornal:

"Primeiramente, para facilitar a guarda de documentos volumosos, por meio de microfilmagem. E depois, para atender a redatores interessados em cópias de documentos ali guardados. Ao invés de ficarem vinculados ao documento, que não deve sair do arquivo, munem-se de cópia que passa a ser deles e lhes permite mais fácil e melhor utilização."

A expressão pode, no entanto, ser usada num sentido mais amplo, abrangendo também toda e qualquer modalidade que permita a reprodução indiscriminada de sons.

Não há, praticamente, hoje em dia quem (estudante, pesquisador, bibliotecário, profissional liberal, arquivista, encarregado de empresa ou simples curioso) não tenha se valido de seus préstimos.

Sem dúvida alguma, é, na maioria dos casos, perfeitamente legítima e lícita a cópia de documentos, atos, contratos, papéis particulares, peças que não estejam cobertas pelo direito de autor, como obras caídas em domínio público, leis, decretos, portarias.

Mas permanece um grande número de cópias de obras impressas, fotografias, desenhos ou obras musicais, feitas indiscriminadamente, por simplicidade, por ausência de adequada regulamentação legal, por ignorância de se estarem violando direitos, causando sérios prejuízos aos autores e aos industriais das artes gráficas e de gravações musicais.

É tão corrente a prática que muitíssimas pessoas se surpreenderão de saber que cometem uma violação de direitos, tornando necessária uma campanha de conscientização e de instrução, pois a maioria, tomando conhecimento do fato, não se recusará a pagar um pequeno suplemento no preço para evitar qualquer increpação, mesmo no seu foro íntimo.

Não há de ser difícil convencer que a difusão de semelhante prática é um dos motivos que levou à atual crise da imprensa, do livro e do disco no mundo inteiro, e que, a não se encontrar um meio para diminuir os prejuízos por essa forma sofridos, continuará o progressivo declínio das publicações, até reduzir-se de modo alarmante a possibilidade de comunicação por essa forma.

O ponto fundamental será o reconhecimento da **necessidade** de se proceder à cobrança pela utilização de qualquer texto mediante aparelho

de fotocópia, consignando-se expressamente as exceções que a regra comporta.

Virá em seguida o **como** e cedo ou tarde há de se chegar ao único caminho plausível: a licença obrigatória ou a licença legal, preconizada em novembro de 1973 pelo Dr. T. Limperg, em colaboração com o Sr. Cl. Joubert, no **rapport** apresentado à Comissão Jurídica e de Legislação da **Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs** (CISAC).

E ainda, **quem** irá se encarregar da cobrança e de proceder à distribuição tanto quanto possível eqüitativa das quantias arrecadadas, o que só será possível através da constituição de uma entidade que centralize a responsabilidade de tão relevante interesse público.

O trabalho realizado pelos especialistas a respeito da matéria já é vultoso.

Mas nunca será demais chamar a atenção dos homens de responsabilidade e do público em geral para um problema que exige, mais do que simpatia e boa vontade, cooperação de todos para uma solução adequada.

A reprografia de má fé: um problema de concorrência desleal

Para proceder com método, façamos uma alusão sumária ao caso mais grave, ao caso patológico da reprografia de má fé, com intuito preconcebido e deliberado de aproveitar-se do trabalho alheio, para retirar lucro ilícito.

Tanto nas gravações musicais como nas reproduções gráficas, o fenômeno é o mesmo: multiplicações clandestinas a que se dedicam pessoas desonestas que não pagam ninguém, estabelecendo, por essa forma, uma concorrência altamente lesiva.

Bem se percebe a vantagem que leva quem, tomando um disco de grande aceitação, tira uma cópia da frente e do verso da capa, multiplica aos milhares o envelope, manda prensar outros tantos discos, e vende-os, sem que a maioria dos compradores consiga notar qualquer diferença.

Noticiava a imprensa no dia 12-7-1974 ter a Associação da Indústria do Disco dos Estados Unidos calculado que cerca de cinco milhões de discos falsos foram ali vendidos nos últimos dois anos, causando prejuízos de mais de 15 milhões de dólares aos industriais norte-americanos do som, que também se queixam das falsificações nas fitas gravadas.

Proporcionalmente, não são menos expressivos os dados relativos ao Brasil. A Sociedade Brasileira de Intérpretes e Produtores de Fonogramas, SOCINPRO, calcula que, em 1973, a produção anual de cassetes gravados no Brasil atingiu a casa dos dois milhões de cópias, quase o dobro do ano de 1972, que foi de um milhão e duzentos mil unidades, tendo sido,

porém, produzidas umas 500.000 cópias adicionais por "gravadoras fantasma", estimando os prejuízos em quase quatro milhões de cruzeiros.

Além do imediato e vultoso detrimento que, por essa forma, sofrem os industriais, sentem os efeitos de uma reação em cadeia, decorrente da injusta imputação que lhes é feita da má qualidade do seu produto, repercutindo negativamente em suas vendas futuras.

Na verdade, somente quando consumidores mais exigentes devolvem os discos é que as falsificações são descobertas.

Embora mais raramente, o mesmo fenômeno ocorre com relação às obras gráficas, mediante a multiplicação não autorizada, por fotolito ou sistemas análogos, de livros inteiros. Promovem-se, assim, verdadeiras edições clandestinas, não para uso próprio, como ainda permite a lei da maioria dos países, em dispositivos que também precisam ser revistos, mas com o objetivo manifesto da venda dos exemplares reproduzidos illicitamente, atentado dos mais graves ao direito de autor, atingindo tanto seu patrimônio moral como econômico.

Ao autor, de fato, assiste, em primeiro lugar, o direito de conceder ou não permissão para a publicação da obra, e, ainda, depois de por essa forma divulgada, o de outorgar outras tantas autorizações quantos sejam os modos de ulterior aproveitamento, total ou mesmo parcial.

Por isso mesmo cinde-se naturalmente o direito de autor em duas fases bem distintas: a anterior e a posterior à sua publicação.

Enquanto a obra não for publicada, tem o seu criador o direito de inédito, isto é, de não divulgá-la, de não dá-la à publicidade, que pode ser prematura, inconveniente, inoportuna ou, simplesmente, contrária à sua vontade ou ao seu interesse.

Uma vez publicada, colocada, portanto, à disposição do público em geral, é concedida ao adquirente de cada exemplar unicamente a prerrogativa de usá-la para proveito próprio, não se admitindo qualquer ulterior utilização, seja por que modo for, sem ordem prévia, para cada uma das modalidades através das quais venha a obra a ser colocada em contato com um público ulterior. Nos termos da Lei francesa nº 57.298, de 11-3-1957, art. 48, "o contrato de edição é o contrato pelo qual o autor de uma obra intelectual ou seus cessionários e sucessores cedem, em condições determinadas, a uma pessoa chamada editor o direito de fabricar ou de mandar confeccionar numerosos exemplares da obra, com a incumbência de garantir a sua publicação e difusão".

Trata-se de um contrato nominado, de caráter cogente, com características próprias, integrado pela existência de dois elementos essenciais, o moral, ou intelectual, e o econômico. Esses dois elementos, assim que se aperfeiçoa um convênio editorial, ficam dissociados: o autor conserva

um direito moral sobre a sua obra, o editor obtém um direito exclusivo de exploração pecuniária, em troca do pagamento desses direitos.

O mesmo princípio prevalece com relação à gravação de músicas e cantos, que, todavia, diz respeito não só ao autor e ao empresário, como aos artistas intérpretes e executantes.

Ninguém poderá retirar licitamente de uma obra impressa ou gravada qualquer aproveitamento ulterior sem o necessário consentimento de quem de direito.

Muito clara, nesse sentido, a lição de Walter Lauterbourg, **Du contrat d'édition**, 1915, pág. 43, segundo a qual tudo o que não tiver sido estipulado num contrato fica dele excluído. Em virtude do caráter exclusivo por excelência do direito de autor, mantém o criador intelectual, salvo indicação expressa, cada um dos diversos direitos relacionados à sua pessoa.

Tão importante é a determinação do conteúdo do contrato de edição que todas as legislações exigem a indicação dos elementos fundamentais, devendo o contrato, segundo texto elaborado em fevereiro de 1973, pela **Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs**, CISAC, sob o título **Du Droit d'Auteurs en Matière d'Édition**, fixar a data da publicação da obra, assim como o número de exemplares da primeira tiragem, e prever que as reedições sejam notificadas ao autor com a indicação de suas tiragens, acentuando, no item 1, licença de edição:

“A conclusão de um contrato de edição não acarreta a cessão do direito de autor sobre a obra que faz parte de um contrato; investe somente o editor, em condições determinadas, de uma licença (autorização) de imprimir, publicar e vender a dita obra. Doutra parte, toda prerrogativa de ordem patrimonial de direito de autor não explicitamente cedida reputa-se permanecer propriedade do autor.”

Mas a recíproca também é verdadeira: se o editor abusar do seu direito de imprimir um número de exemplares superior ao que havia sido contratado, maior ainda será a violação do autor que consinta num suplemento xerocópico da edição com intuito lucrativo. Estaria não apenas violando a letra e o espírito do contrato assinado, como ainda envolveria o aproveitamento do trabalho de composição tipográfica realizado pelo editor, ou a feitura do disco pela gravadora.

É aspecto que não tem sido sempre lembrado o de que, ligado como está um autor a um contrato de edição, nem ele mesmo, sem consentimento expresso do empresário, poderia permitir a multiplicação dos exemplares da sua obra por xerocópia ou sistema equivalente.

Se as próprias partes contratantes estivessem cometendo ilícito civil, e até mesmo penal, violando o contrato, por lançarem mão, pelo menos em parte, de direitos alheios, facilmente se compreenderia que mais grave ainda seria a situação de quem, completamente estranho à

avença, sem possibilidade de se basear em qualquer prerrogativa legal ou contratual, viesse a multiplicar os exemplares de uma obra impressa ou gravada, e a colocá-la no comércio.

Na definição de Jean Rault — **Le contrat d'édition en droit français**, Paris, Dalloz, 1927, pág. 130 —, contrato de edição é aquele pelo qual o autor de uma obra literária ou artística confere a um editor o direito exclusivo de reproduzir a obra numa forma e mediante processos técnicos determinados, num número ilimitado ou fixado de exemplares, que se tornam sua propriedade com o encargo, por parte do editor, de proceder à reprodução mediante a fixação uniforme, material e duradoura da obra e de difundir junto ao público os exemplares assim mecanicamente obtidos.

A editora mandou compor o livro, rever as provas e acompanhou, com zelo e carinho, o trabalho de impressão, pagando linotipistas, paginadores, encadernadores etc.

O mesmo se passou com a gravadora de discos, cuja atividade exige a atuação de toda uma equipe de técnicos, de sensibilidade apuradíssima e uma aparelhagem delicada e custosa, para satisfazer as exigências cada vez mais acentuadas do público.

Enfrentam ambas despesas de administração, gerência, distribuição, propaganda, lançando, finalmente, a obra no mercado por um custo em geral elevado.

Realizado o trabalho de composição, impressão ou gravação, os recursos da técnica permitem, mediante filmagens, fotocópias e recalques, a sua ulterior reprodução e multiplicação por preço irrisório, muitas vezes inferior ao exigido pela composição original, como revela a simples consideração de que fica dispensada a colaboração de tantos auxiliares indispensáveis para a confecção primeira.

Uma edição ou uma gravação não autorizada atinge, pois, profundamente o interesse de ambas as partes contratantes e dificulta enormemente a possibilidade da fiscalização do pagamento dos direitos autorais.

Se não se tem a mínima idéia se foi de três, cinco, mil ou mais exemplares, como se saberá até que ponto foi lesado o direito?

De quem, como, exigir prestação de contas? Como reprimir abusos? Como evitar os graves prejuízos que daí resultam aos patrimônios material e moral do autor e dos artistas intérpretes e executantes e do empresário?

O problema não afeta apenas esses interessados diretos, como o público em geral, que nunca compactuaria com um ato desonesto, e o próprio Estado. Além, com efeito, em não poder exercer os poderes de

fiscalização que lhe são próprios, como, por exemplo, a censura, além de sofrer uma verdadeira sangria, sob o ponto de vista fiscal, pela evasão de uma importante fonte de receitas, é ainda frontalmente desafiado por um recrudescimento de ações criminosas, que é sua função específica reprimir, estabelecendo-se um círculo vicioso, decorrente do fato da facilidade e do barateamento do produto induzir a um incremento da atividade ilícita.

Existirá, por parte do industrial, algum direito, independente do autor ou do executor da obra, que o coloque em condições de não admitir que, sem o seu consentimento, deixe a sua contribuição de receber o mesmo acatamento e o mesmo respeito que deve ser dispensado a todo trabalho, a toda propriedade?

A resposta só pode ser positiva, pois aí também temos o mesmo fundamento da repulsa ao locupletamento ilícito, a mesma hipótese de enriquecimento sem causa, ou, mais caracteristicamente, enriquecimento **ilícito**, como tal entendido aquele que é alcançado mediante empobrecimento de outrem, e **Injusto**, por não estar fundado numa operação honesta.

Legítima, assim, a ação **in rem verso**, cujo objetivo é promover a restituição da coisa ou vantagem ilicitamente obtida, ou a indenização correspondente ao valor indevidamente apropriado.

Mas semelhante utilização não autorizada, sem despesas, sem sacrifício, sem desembolso, sem retribuição da operosidade alheia, estabelecendo astuta correspondência com aproveitamento ilegítimo do trabalho desenvolvido pela empresa lesada, configura, também, às escâncaras, manobra de concorrência desleal, com todas as suas conseqüências de natureza civil e mesmo penal.

A concorrência, no sentido de disputa, porfia, emulação, é benéfica e estimulante da inteligência, da aplicação e da prosperidade individual e coletiva, um fator de progresso cultural e econômico.

Mas o desagradável qualificativo **desleal**, exprimindo má fé, traição, aleivosia, desvirtua, subverte, polui, tanto assim que não hesitam todos os códigos penais em qualificar como crime a concorrência desleal, que punem severamente.

Podemos conceituá-la como todo ato realizado de má fé, com o fito de desviar clientela e conseqüentes lucros, em proveito próprio ou alheio, mediante artifícios ou ardis, ou qualquer meio contrário aos bons usos comerciais e à correção profissional, aptos a estabelecer confusão, em detrimento de concorrentes do mesmo ramo de atividade, com intenção de prejudicar, obtendo, assim, vantagens ilícitas.

A multiplicação de obra tipográfica ou musical de outrem nem seria, a rigor, concorrência desleal, tão claramente configura apropriação in-

débita, usurpação completa, caso de gravidade tão extremada que raramente ocorre com relação a uma inteira obra gráfica.

Adelina Peyrache — **La concorrenza illecita nell'industria e nel commercio**, Milão, Rocca, 1915 — referindo-se ao fato da usurpação total descarada, do nome ou da firma alheia, consigna ser, evidentemente, caso pouco freqüente:

“Quando se verifica, as circunstâncias que o acompanham geralmente realizam também os extremos de um crime previsto pelo Código Penal, ou como trapaça, ou como fraude comercial: e então o próprio fato não pode dar lugar a divergência também pelo que diz respeito à aplicação da lei sobre marcas.”

Torquato Carlo Giannini — **La concorrenza sleale**, Nápoles, Marghieri — reivindicava, já em 1898, uma repressão pelos tribunais dos fatos de verdadeira concorrência desleal, em medida equânime e proporcional ao prejuízo, lamentando certa benevolência injustificada que freqüentemente ocorre:

“Às vezes, chegou mesmo a acontecer que a controvérsia não tenha sido tomada suficientemente a sério, como que se se tratasse de uma questão elegante, sim, mas não mais do que acadêmica. Não raramente, os prejuízos ocasionados pela concorrência desleal são todavia muito relevantes, e deveria constituir estrita obrigação de justiça reprimir de maneira eficaz determinadas manobras que diminuem o fruto de honesta operosidade.”

“Recorrendo a manipulações enganadoras”, adita Simon, reproduzido nas primeiras páginas do **Tratado** de Charles Chenevard: “o concorrente desonesto não peca somente contra o co-contratante, ao qual ele vende a sua mercadoria, mas também contra todos os concorrentes lesados pelo seu dolo; ele lança, diz Köhher, um peso falso na balança das relações de negócios, e obtém assim uma vantagem ilícita sobre aqueles que não tomam como contrapeso senão prestações de um valor real. A perda material ocasionada ao indivíduo por um ato que engana o público em seu conjunto desaparece em segundo plano na presença do perigo constante que correm a honestidade e a confiança, e que ameça desmoralizar as relações de negócios e reduzi-las finalmente à impotência.”

Verificado que a publicação não autorizada de qualquer obra constitui violação das mais graves dos direitos de autor e de empresários, o passo inicial será o estabelecimento de punições rigorosas para crimes de tão fácil execução e de tão insegura repressão. Punições de alguns meses de detenção, principalmente quando deixam ao juiz opção de multas simplesmente ridículas, estão longe de intimidar os contraventores, como revela o aumento alarmante de seu número.

A reprografia de boa fé: o problema no âmbito interno

A menção à reprografia de má fé foi propositadamente sumária: caracterizando um abuso no âmbito civil e um crime na esfera penal, bem ou mal encontrará um remédio mais ou menos correspondente à sua gravidade.

O que nos interessa são os casos em que essa intenção maliciosa de tirar vantagens mediante aproveitamento do trabalho alheio ou de prejudicar os legítimos titulares do direito não se apresente como objetivo fundamental que, no entanto, é ocasionado talvez de maneira mais grave ainda.

O fato é que os dispositivos perfeitamente válidos no começo do século têm que sofrer a adaptação indispensável exigida pelo surto de técnicas que naquela ocasião não existiam. Pressupunham a cópia feita à mão, por um outro interessado, que tivesse a pachorra de empregar horas e horas num trabalho que essa mesma contingência devia limitar a alguns raros abnegados.

É claro que não podem permanecer válidos diante das técnicas que, em poucos segundos, permitem a fotocópia de dezenas de páginas. O abuso não pode dizer respeito mais unicamente a cada um dos usuários, mas ao público tomado como um todo frente ao autor, ao artista e ao empresário.

Sem necessidade de recorrer a grandes vôos de imaginação, podemos calcular que, neste momento, milhares de indivíduos, numa grande cidade, num país, podem estar retirando cópias de páginas de um mesmo livro, justamente as fundamentais, aquelas que constituem o cerne do trabalho. Como não reconhecer que, devido a essa facilidade, milhares de pessoas, justamente aquelas que, em outras condições, constituiriam o mercado certo para a colocação da "mercadoria", livro ou disco, deixarão de adquirir os exemplares correspondentes?

Não será difícil perceber que, nesse caso, os prejuízos serão, para o autor, para o artista e para o empresário mais sensíveis ainda do que os decorrentes de uma inteira edição clandestina. Esta só ocorre com os livros e os discos que já alcançaram grande sucesso: aquela pode até mesmo sufocar uma obra tão logo publicada, impedindo que venha a obter uma segunda edição, quando não o próprio livre escoamento da primeira.

O problema precisa ser urgentemente abordado, não apenas sob o ponto de vista interno, de cada país, como, também, sob o internacional.

Diz respeito, em primeiro lugar, às reproduções que, não colocadas livremente no comércio, são distribuídas com intuito de lucro, embora indireto, a um círculo restrito de interessados, ocasionando, evidentemente, prejuízo para os autores das obras que foram utilizadas.

É o que ocorre, por exemplo, com as apostilas multiplicadas pelos administradores de uma escola ou um curso — e existem tantos! — para serem distribuídas aos seus alunos, com transcrição sem-cerimoniosa de páginas e páginas de elaboração alheia.

Temos, sem dúvida, aí, um caso de violação expressa, que a lei francesa de 11-3-1957 não titubeia em considerar reprodução ilícita, desde que feita sem consentimento do autor, não se enquadrando numa das exceções previstas em lei.

Acentua Robert Plaisant — no fascículo 13 do **Juris classeur de la propriété littéraire et artistique**. Paris, Ed. Techniques — que o uso da obra feito pelo interessado não importa ao autor, cujo direito é absoluto, não podendo a gratuidade da utilização, portanto, fazer exceção ao direito de propriedade literária e artística.

Aponta algumas dificuldades que se apresentam em matéria de reprodução privada, isto é, feita por um particular para seu uso pessoal, e chega ao ponto fundamental fazendo ver que, a rigor, não deveria ser autorizada, a não ser na medida em que não possa fazer concorrência ao autor.

Deve ter-se repetido em outros países o que ocorreu no Brasil. Não considerava o art. 666, nº XVI, do Código Civil, ofensa ao direito de autor a cópia, feita à mão, em um exemplar, destinado exclusivamente ao uso do copiadador.

A nova Lei nº 5.988, de 14-12-1973, pensou ter resolvido o problema decorrente da multiplicação dos sistemas xerox e análogos, limitando-se a não considerar ofensa aos direitos do autor, art. 49, “II — a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”.

Mas já é chegado o tempo de submeter a uma revisão, ou melhor, eliminar completamente essa absurda idéia do “intuito de lucro”, que jamais foi considerada na regulamentação de qualquer outra atividade humana a não ser a do autor.

Encaminhamento da solução do problema

Fazem muito bem os governos dinâmicos e progressistas em colocar o desenvolvimento da cultura e a popularização das artes como metas prioritárias.

Cuidem, porém, de organizá-los com recursos próprios e adequados, provendo mesmo aos pagamentos que julgarem necessários com o erário, não à custa exclusiva dos autores e dos artistas — cuja própria condição exige ajuda e rejeita involuntários financiamentos.

Tem toda razão o especialista citado ao concluir, quanto a essa parte, que semelhante condescendência legal deve ser aplicada de maneira

particularmente restritiva nos casos de reprodução pelos novos meios técnicos de que se dispõe atualmente: fotocópia, microfilme.

Colocar como princípio que qualquer pessoa tem o direito de reproduzir uma obra integral ou parcialmente para finalidades privadas é abrir caminho a múltiplos abusos. O direito ao uso privado deveria ser regulado sobre bases análogas às admitidas em matéria de citação.

Th. Limperg, em colaboração com Claude Joubert, redigiram o aludido **rapport — La reproduction par reprographie d'oeuvres protégées par le droit d'auteur** — destinado a formular um certo número de regras práticas e concretas, que poderiam servir para encaminhar a incorporação nas leis nacionais dos fundamentais princípios em matéria da proteção dos direitos autorais na reprografia.

“O princípio fundamental inerente a toda regulamentação é que a reprodução das obras, sejam quais forem sua maneira e sua forma, é submetida ao direito exclusivo de autorização dos autores.”

Partindo desse ponto, deduzem os eminentes especialistas regra de princípio, a ser empregada em todos os casos em que não tenha lugar o exercício do direito de autorizar ou de proibir: a de que o respeito aos interesses legítimos dos autores exige uma justa remuneração, outorgada em contrapartida da reprodução pelas técnicas de reprografia das suas obras protegidas pelo direito de autor, devendo os casos particulares serem considerados como exceções que não se impõem aos Estados.

Mas não será, então, permitida a reprografia? E o fenômeno, a que assistimos diariamente, cada vez mais disseminado, da proliferação de páginas e mais páginas, as mais importantes, quando não de volumes inteiros, pelos xerox e sistemas similares?

Depois de conceituarem a reprografia como compreendendo todo o sistema, método ou técnica de fotografia ou análogo à fotografia, reconhecendo a impraticabilidade de qualquer proibição genérica de semelhante multiplicação, propõem seja admitido reproduzir por reprografia, sem prévia autorização do autor ou de seus cessionários ou sucessores, uma obra já publicada, com a condição, todavia, de que **quem esteja qualificado** para realizar semelhante reprodução:

a) respeite os direitos morais do autor, e

b) pague ao autor ou aos titulares dos seus direitos uma remuneração equitativa.

Admitem que semelhante regra introduz na matéria o princípio da licença obrigatória ou da licença legal, contra as quais, com justa razão, muitas objeções têm sido levantadas.

Licença legal, licença obrigatória, licença global

Convém abriremos um parêntesis para lembrarmos o sistema, desde há muito tempo em uso em alguns países, da denominada licença legal, que visa a facilitar o acesso à cultura com abstração do consentimento do titular do direito de autor, para o aproveitamento de obra sua anteriormente divulgada, contanto que a divulgação se processe pelo mesmo sistema, mediante remuneração e completa salvaguarda dos seus direitos morais; exige a reprografia um desdobramento e uma complementação.

Tendo em vista a incerteza da terminologia nesta matéria, propõe Robert Plaisant que se entenda:

— **por uma licença legal:** a autorização legal de explorar, sob uma forma qualquer, uma obra entregue ao público, sob reserva do direito ao respeito, contra uma retribuição fixada pelo juiz ou qualquer outro organismo, em falta de acordo;

— **por licença obrigatória:** autorização legal de utilizar uma obra pela única forma pela qual ela foi entregue ao público, nas mesmas condições em que o autor já consentiu no seu aproveitamento.

Verifica-se que a licença obrigatória é uma extensão de um contrato preexistente, e a licença legal um título inteiramente novo, em virtude do qual a obra pode ser utilizada.

A primeira leva, portanto, ao direito exclusivo, uma ofensa menos grave que a segunda.

Apresenta os seguintes exemplos: quando um autor faz representar uma peça, existe licença legal se for permitido a um posto de radiodifusão retirar desta peça uma adaptação radiofônica; quando um autor faz representar uma peça, existe licença obrigatória se é permitido a um outro teatro representar esta mesma peça nas mesmas condições que haviam sido concedidas pelo autor na primeira vez.

Fechado o parêntesis, voltemos ao problema da reprodução indiscriminada de obras gráficas, plásticas e musicais.

Não é fácil encontrar solução para o problema, devido, principalmente, à falta de estatísticas das obras reproduzidas, dos livros cujas páginas com mais freqüência tenham sido xerocopiadas, qual o número das mesmas, qual o objetivo da cópia.

Daí nossa convicção de que o ponto de partida não pode ser outro senão tornar obrigatória a formalidade de um pedido de fotocópia, por escrito, uniformizado mediante impresso, com indicações da obra, do autor, da edição e das páginas requeridas.

Se fosse possível evitar a fotocópia desse formulário, o pagamento já poderia ser feito antecipadamente, pelas empresas multiplicadoras, na

aquisição desses impressos, em blocos, proporcionando-se até mesmo descontos para grandes quantidades.

Quem se poupa do trabalho de transcrever, mediante custo insignificante, páginas e páginas, não pode furtar-se ao cuidado de apontar esses poucos dados fundamentais, que corresponderão, para os efeitos do cálculo e pagamento dos direitos autorais, às planilhas das execuções musicais.

Serão colecionados pelo encarregado da máquina e encaminhados, periodicamente, a quem de direito, para as anotações necessárias, permitindo essa modalidade o cômputo da retribuição a ser paga, nos casos em que é devida, a verificação se os autores ou outros titulares de direito são nacionais ou estrangeiros etc., facilitando estatísticas e pagamentos correspondentes.

A biblioteca ou encarregado de **xerox** que não estiver em condições de fazer pessoalmente ou incumbir alguém de movimentar um trabalho dessa natureza não é digno de continuar nessa atividade, e deveria ser proibido de continuar copiando qualquer trabalho que desse margem ao pagamento de direitos autorais.

Invocarão, por certo, o princípio da liberdade do trabalho, principalmente quando for de caráter profissional.

Ninguém lha contesta: mas o certo é que semelhante liberdade não pode ser exercida em prejuízo de interesses legítimos.

E o pequeno serviço que deles se pretende, a contribuição insignificante que se lhes exige, compensarão, sem dúvida, de muito, o trabalho, as despesas e os aborrecimentos que poderão ter, não apenas no que diz respeito à rigorosa fiscalização que será necessário estabelecer de sua atividade, como, também, das ações judiciais que fatalmente deverão enfrentar por violação de direitos autorais.

Já começam, com efeito, a aparecer precedentes internacionais.

O exemplar de maio de 1974 do FBH, **Fichero Bibliográfico Hispano-americano**, de Buenos Aires, faz referência a dois.

No primeiro, reproduz notícia divulgada pelo STM — (**Scientific, technical & medical publishers**), Letter 21 — de que Barbara Ringer, chefiando a delegação norte-americana nas reuniões de Paris, de dezembro de 1973, relativas à propriedade intelectual, informou que o Tribunal de Apelações, por maioria de 4 a 3, revogando decisão anterior, sustentou que as fotocópias realizadas por duas bibliotecas médicas governamentais não constituíam, em determinadas circunstâncias, uma violação de direitos autorais.

Baseou-se em oito pontos fundamentais:

1. Tais bibliotecas são instituições sem finalidade lucrativa, com dedicação exclusiva ao desenvolvimento e difusão da ciência médica. Tanto a biblioteca como o usuário (solicitante) consideram a tarefa da duplicação, exclusivamente objetivando o progresso científico, "prescindindo totalmente de qualquer benefício econômico que pudesse ser obtido da reprodução".
2. As bibliotecas tinham estabelecido estritas limitações à duplicação de material, demonstrando, assim, seu reconhecimento e respeito pelos direitos dos titulares da propriedade intelectual.
3. A fotocópia em bibliotecas vinha-se desenvolvendo desde a adoção da Lei de Propriedade Intelectual, do ano de 1909.
4. A ciência médica ver-se-ia gravemente afetada se se pusesse fim a este sistema de fotocópia em bibliotecas.
5. Não se havia apresentado prova alguma que demonstrasse, de modo satisfatório para o tribunal, que as fotocópias tivessem causado prejuízos econômicos ao autor.
6. O tribunal manifestou incerteza, diante dos termos da Lei de Propriedade Intelectual de 1909, se a palavra "cópia" significa o mesmo que "reprodução reprográfica" ou "fotocópias", e se, por outra parte, cabe aplicá-la a publicações periódicas.
7. A solução deste problema deve provir do Congresso, por meio de uma legislação adequada, e não dos tribunais, por via jurisprudencial.
8. É vigorante em outros países a prática da reprodução fotográfica, especialmente quanto ao uso "leal e justo" nas bibliotecas.

Barbara Ringer qualificou de fraco o argumento sob nº 3, manifestando ter o caso suscitado total confusão no direito de autor dos Estados Unidos.

O mesmo exemplar traz notícia bem mais auspiciosa: uma decisão de 28 de janeiro de 1974, da Terceira Câmara de tribunal francês de segunda instância, em ação movida por três editores — **Armand Colin, Entreprise Moderne d'Édition y Masson** — com o apoio do Sindicato Nacional da Edição, contra o Centro Nacional de Investigação Científica, reconheceu ter este estado copiando artigos aparecidos em publicações periódicas "em sua substância intelectual" e "em sua apresentação e disposição original", violando, portanto, os direitos autorais.

De acordo com o art. 41, alínea 2, da lei francesa de 1957, não pode o autor proibir "cópias ou reproduções que se destinem estritamente ao uso privado de quem as realize e que não estejam destinadas a uma utilização coletiva".

São, pois, três os requisitos a serem satisfeitos para que a disposição, segundo o tribunal, possa encontrar aplicação:

1. Deve referir-se a cópias ou reproduções de trabalhos publicados.
2. A reprodução deve ser efetuada por quem deva utilizá-la.
3. As cópias realizadas devem reservar-se estritamente ao uso privado de quem as realize e em caso algum poderão ser utilizadas em forma coletiva.

Quanto aos dois primeiros pontos, manifestou o tribunal que não podia, por certo, ter sido intenção do legislador de 1957 proibir a reprodução de trabalhos utilizando as novas tecnologias que deveriam desenvolver-se no futuro, não se podendo, portanto, culpar o CNRS por fornecer fotocópias. Isto, sem embargo, não tem a ver com a questão se o CNRS difundiu ou não em forma pública ou de alguma maneira coletiva os documentos que possui, nem se o mero mecanismo material usado para a entrega de tais cópias representa, na realidade, uma violação da propriedade intelectual, aspecto a seguir examinado.

Quanto a dever a reprodução ser efetuada pelo usuário, é o cliente do CNRS o que tira a cópia e não o pessoal desta entidade, mesmo quando todo o processo se realiza sem qualquer verificação e por parte de quem quer que o solicite, no local e com os equipamentos do CNRS, sendo fator determinante o elemento intelectual e não os meios materiais de reprodução.

Que tais meios sejam postos à disposição dos usuários não é de *per se* um fato censurável — decidiu o tribunal —, mas poder-se-ia objetar que o cliente empregasse os documentos ministrados em forma contrária à lei, sempre que o CNRS não tivesse adotado, no momento de fornecer as fotocópias, todas as cautelas necessárias para impedir essa violação das disposições legais. Nesse caso hipotético, o CNRS seria, em certa medida, cúmplice do delito.

No que diz respeito ao terceiro ponto, a autorização ao CNRS de “facilitar a investigação científica”, segundo o decreto de sua constituição, o habilitaria a fornecer fotocópias a quem quer que justifique estar trabalhando em tais investigações, seja que se trate de um particular, de um diretor de uma empresa ou uma instituição pública, sem interessar que suas atividades sejam individuais ou compartilhadas.

Sem embargo, os poderes do CNRS, embora amplos, não são ilimitados e, em consequência, a entrega não controlada de fotocópias, em contradição com o que estabelece o decreto de 9-12-1959, se opõe à letra e ao espírito do art. 41 (2) da lei.

A proliferação de cópias, resultado direto deste fornecimento incontrollado, equivale à disseminação pública de reproduções de obras protegidas, o que constitui uma infração.

O tribunal definiu este modo de proceder como um "comportamento ilícito em virtude do qual cabe uma severa censura ao CNRS". Justamente porque esta instituição goza de uma situação de privilégio que difere da do direito comum, deve atuar com certa discricção, em vez de fazer ostentação de seus serviços como se fosse uma empresa comercial comum, empregando práticas de comercialização destinadas a atrair clientes.

Quanto ao fornecimento de cópias múltiplas de um mesmo artigo, decidiu o tribunal que isso podia dar lugar à presunção de que não estavam destinadas à utilização privada de quem tirava a cópia, mas para serem empregadas por um certo número de pessoas, "o que parece contradizer o disposto no art. 41 (2)", mas, acrescentou, "seria excessivo generalizar que é ilícita qualquer entrega de cópias múltiplas, posto que a investigação científica constitui um esforço coletivo e o cientista que solicita cópias pode bem assumir a representação de sua "equipe" e "cabe considerar, neste caso, que o CNRS está legalmente autorizado a fornecer a quantidade de cópias que essa equipe requeira".

Não obstante, se a quantidade de exemplares solicitada excede de muito as necessidades de um grupo de investigadores, as circunstâncias serão muito diferentes e o CNRS poderia ser, então, cúmplice na "utilização coletiva" ilícita, ao fornecer os meios materiais para a mesma.

André Geranton, em comentário datado de 4 de fevereiro de 1974, citado pelo mesmo exemplar do SBH, depois de assinalar que se na realidade a lei tivesse concedido ao CNRS a posição privilegiada desmedida que resulta da decisão, o decreto que define as funções desse organismo o diria com clareza, o que está longe de ocorrer, duvida, por isso, que o tribunal de apelação confirme semelhante privilégio.

No que diz respeito às condições 1 e 2, consigna André Geranton que nenhuma organização ou empresa está autorizada a fornecer a um terceiro cópia do trabalho de um autor sem a prévia autorização deste. Qualquer outra decisão significa "ponderar, de acordo com a informação recebida, a natureza lícita ou ilícita das reproduções dependendo de sua quantidade, a forma pela qual distribuem e a publicidade que recebem".

Finalmente, o Ministério de Educação Pública e as empresas comerciais e industriais que fazem uso das técnicas de reprodução, pelo menos em igual medida que o CNRS, não gozam do privilégio que o tribunal confere ao mencionado organismo.

É claro que a jurisprudência, em todos os países, só pode sedimentar-se no sentido da proclamação da ilicitude da fotocópia indiscriminada de textos protegidos pelo direito de autor ou pela prerrogativa industrial de quem realizou o primeiro trabalho de impressão ou gravação.

Quem vai receber os pagamentos

Assentado esse ponto, verifica-se que não apenas interessa ao próprio solicitante da fotocópia ficar quite com a lei, mas muito mais ao proprie-

tário ou concessionário do uso do aparelho não cometer o ilícito de xerocópias não autorizadas, o que só pode ser demonstrado através do documento mencionado.

Teremos, então, o elemento básico, que permitirá proceder ao cálculo da parte que deve ser atribuída tanto ao autor como ao artista intérprete e executante, e, ainda, ao empresário, na base de uma percentagem a ser calculada na conformidade do preço do livro, da gravação ou a um preço básico, vigente no momento da consulta e das páginas fotocopiadas.

Com base nele, determinar-se-á o critério a ser seguido, de acordo com a lei interna de cada país, pagando-se, quando possível, cada autor pelo número total das páginas fotocopiadas de cada obra, ou seguindo-se o sistema de amostragem, ou outro qualquer, se existir ou for imaginado, que permita simplificar o processo e reduzir o preço de custo.

A partir daí será necessário atribuir a alguém a função de fiscalizar, arrecadar e distribuir os proventos auferidos: uma pessoa jurídica para tal fim constituída, que deve ser única, formada por representantes de autores, de artistas, de editores, de gravadores, de empresas jornalísticas etc., de bibliotecas e de proprietários ou concessionários de aparelhos multiplicadores, que poderão compor seu Conselho Fiscal, mas que jamais deveriam fazer parte de sua diretoria.

A entidade, que não deverá ter intuito de lucro, não deverá consumir, para as despesas de administração, percentagem que exceda um limite razoável, inicialmente, digamos de 15%, que deverá ir progressivamente reduzindo, até chegar ao limite zero, devendo ser, nos primeiros tempos, subvencionada pelos cofres públicos, atendendo ao interesse geral que apresenta.

Não será utópica a proposição, se considerarmos a necessidade de estabelecer uma reserva de uma percentagem, digamos, de 10% do montante correspondente a cada xerocopiada, para pagamento dos direitos dos autores e dos empresários, a ser recolhido a um fundo especial para tal fim constituído, a exemplo do que já fez a Dinamarca, exclusivamente para os naturais do país.

Embora com método de arrecadação diferente, a Suécia seguiu-lhe o exemplo, destinando-se o fundo, em ambos os casos, a estabelecer uma compensação aos autores e tradutores pelo empréstimo e outros usos de suas obras em bibliotecas e discotecas públicas, usos esses que contribuem grandemente para que mingüe cada vez mais a arrecadação direta dos autores e dos artistas.

Demonstram Th. Limperg e Cl. Joubert que o problema pode ser resolvido satisfatoriamente.

Quanto à salvaguarda dos direitos morais do autor, nem se admite qualquer discussão: **en aucun cas, ne peut être mis en cause.**

No que diz respeito à indispensabilidade de se pagar ao autor ou aos seus sucessores ou cessionários uma remuneração eqüitativa, depois de proporem a dispensa do pagamento da remuneração por parte das organizações e instituições sem finalidade lucrativa, que explorem ou mantenham um serviço de biblioteca ou documentação, para: 1) as microcópias que confeccionem por seus próprios meios ou equipamento; 2) para a duplicata em forma original; 3) para as reproduções reprográficas em formato original, nas condições que especificam, insistem que mesmo que tais reproduções sejam feitas excepcionalmente sem a remuneração devida ao titular do direito de autor, jamais poderão **être remises à des tiers sans le consentement du titulaire du droit d'auteur, à moins que cette remise n'ait lieu pour les besoins d'une procédure judiciaire ou administrative.**

Nem sequer as autoridades governamentais e administrativas podem reivindicar para elas mesmas uma dispensa geral: **elles devraient, bien au contraire, donner le bon exemple.**

O que é que pretendem os autores, os artistas, os editores e os gravadores?

Substancialmente, uma retribuição eqüitativa pela utilização de suas obras.

Se até poucos anos a sua aquiescência era considerada indispensável, caso por caso, a facilidade, a rapidez e a multiplicação dos meios pelos quais se opera a multiplicação tornam impraticável o sistema. Terão que abrir mão da possibilidade de regatear o preço ou de obter melhores condições, obtendo, em troca, a segurança de que receberão um pagamento não inferior ao que é comumente aceito pelas obras congêneres, redundando a facilidade que são obrigados a conceder na multiplicação dos proventos que, de resto, por outra forma não receberiam.

Mas para que a cada um dos autores e dos artistas intérpretes executores seja concedida a oportunidade de evitar que fiquem prejudicados na percepção dos proventos que lhes são devidos pela utilização indiscriminada dos seus trabalhos frente ao público, deverão, juntamente com os editores e os gravadores, unir-se numa entidade que os represente, encarregada do recolhimento dos pagamentos e da entrega do respectivo montante a quem de direito.

Com efeito, a simples consideração de que pode haver milhares de pessoas, nas mais diversificadas e distantes localidades, desejosas de obter cópias de algumas páginas de um livro, de uma revista, de um jornal, torna patente a impraticabilidade de obterem todas as informações sobre o autor, se está vivo, onde reside, se deixou sucessores, se transmitiu seus direitos a cessionários, quais são, onde se encontram etc., patenteia a impraticabilidade do velho sistema.

Mesmo que soubessem todos de seu paradeiro, seu telefone tilintaria 100 vezes por dia, e precisaria pagar um secretário para responder a todas as cartas pedindo autorização.

Evidentemente, o pedido de licença, caso por caso, precisa ser substituído por expediente mais simples, mais racional, que opera, mediante os poderes conferidos pelos interessados, coletivamente considerados, a uma entidade a ser constituída para tal fim, que os represente em todos os estabelecimentos que ponham em funcionamento aparelhos reprográficos.

Mas o direito de associação não é livre? Não poderão, um ou muitos autores ou editores, recusar a aderir a essa entidade?

Sem dúvida. Mas estarão contrariando seus próprios interesses, pois terão que defender pessoalmente, ou por outra pessoa ou entidade, seus direitos, fazendo aquela verificação, aparelho por aparelho, da eventual violação de suas prerrogativas, que é praticamente impossível para cada um, isoladamente, com resultados insignificantes e com enorme prejuízo para a ação que possa ser desenvolvida coletivamente.

A Conferência Geral da UNESCO, em sua 177ª sessão, que teve lugar no dia 17-7-1972, em Paris, tomou resolução reproduzida no **Bulletin**, vol. VII, nºs 2/3, 1973, págs. 25 e segs., encarecendo a oportunidade de adotar uma regulamentação internacional relativa à reprodução fotográfica de obras protegidas pelo direito de autor, transcrevendo, entre outros documentos expressivos, um relatório sobre a utilidade dessa regulamentação internacional.

O art. IV, alínea I, da Convenção Universal, reconhece, na conformidade da recomendação de Washington, "os direitos fundamentais que asseguram a proteção dos interesses patrimoniais do autor; entre outros, o direito exclusivo de reprodução. Em virtude do art. 9º, da revisão de Estocolmo de 1967, ficou reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitirem a reprodução das mencionadas obras em certos casos especiais, desde que não ocasione ofensa ao aproveitamento normal da obra, nem ocasione um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Com base no referido estudo de Th. Limperg e de Claude Joubert, foi redigido um projeto de declaração de princípios relativos à reprografia de obras protegidas pelo direito de autor, distribuído no mês de novembro de 1973, em que a Comissão Jurídica e de Legislação da Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs (CISAC) fixa diretrizes a que toda regulamentação da reprografia de obras protegidas pelo direito de autor deve responder:

"1. Na conformidade dos arts. 9.1 da Convenção de Berna e IV bis da Convenção Universal do Direito de Autor, o princípio fundamental inerente a toda regulamentação é aquele de acordo com o qual a reprodução das obras, de qualquer maneira e sob qualquer forma que seja, fica submetida ao direito exclusivo de permissão de seus autores.

2. Na hipótese em que a legislação nacional desejaria colocar certos limites a este "direito de reprodução", os casos especiais em que tais limites venham a ser aplicados devem ser definidos de maneira precisa.

3. Limitação ou exceção alguma a essa prerrogativa do autor deve ser consentida se for prejudicial a um aproveitamento normal da obra ou se provocar um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

4. Limitações ou exceções eventuais ao direito exclusivo de reprodução jamais poderão ser aplicadas a obras não publicadas."

Entre outras considerações interessantíssimas, mas que, infelizmente, alongariam em demasia a presente explanação, aborda, com lucidez e equilíbrio, o ponto mais delicado da questão, ao considerar que os autores, para recobrem sua empresa numa situação que ameaça escapar à sua influência e a fim de aproveitarem os desenvolvimentos técnicos, em lugar de serem privados de rendas consideráveis e de verem esgotadas suas possibilidades de publicação, solapadas, como são, pelas práticas ilegais difíceis de baldar, deveriam permitir a cada interessado reproduzir por reprografia, sem autorização prévia, uma obra já publicada, desde que obedidas as duas únicas e fundamentais já aludidas condições: respeito aos direitos morais e pagamento devido, sob reserva das exceções mencionadas.

Como estabelecer semelhante remuneração eqüitativa?

Não vê a comissão, nem outra solução existe senão aquela que deve ser o resultado de livres negociações entre autores e usuários, podendo, em falta de acordo, vir a ser objeto de uma decisão por parte dos poderes públicos.

E se essas duas regrinhas, tão simples, tão elementares, tão intuitivas, não forem respeitadas?

Teremos, então, todas as conseqüências, mesmo de natureza penal, de uma flagrante violação da propriedade autoral e industrial, a ser reprimida com toda energia, se não quisermos abrir outra porteira para a livre entrada da desonestidade também nesse setor.

As recomendações do Grupo de Trabalho reunido em Paris de 2 a 4 de maio de 1973

Reconhecendo, entre outras coisas, corresponder à legislação nacional estabelecer as disposições necessárias para regulamentar a reprodução reprográfica das obras protegidas pelo direito de autor, que, na situação atual, pode ir em detrimento não somente desse direito, como da própria criação de obras intelectuais, tal Grupo de Trabalho, reunido

sob os auspícios conjuntos da UNESCO e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, enunciou oito princípios recomendados para serem levados em conta pela legislação nacional, que delimitam, com precisão, as lindes jurídicas do problema:

“1. Como regra geral, os interesses legítimos dos autores exigem que se abone uma remuneração eqüitativa pela reprodução reprográfica de suas obras protegidas pelo direito de autor, e os casos particulares a seguir indicados devem ser considerados como exceções que não obrigam os Estados.

2. Os particulares têm liberdade para fazer, para seu uso pessoal, cópias em um exemplar único de um só artigo de um número de uma publicação periódica ou de uma parte razoável de qualquer outra obra protegida pelo direito de autor. A legislação nacional deverá excluir a possibilidade de que se realizem cópias múltiplas, embora uma a uma, ou que se reproduzam de qualquer outro modo obras em forma tal que prejudique seu aproveitamento normal.

3. Toda biblioteca ou centro de documentação poderá facilitar a um particular qualquer reprodução reprográfica autorizada na conformidade do disposto no parágrafo 2º A legislação nacional poderá limitar essa possibilidade aos investigadores. A legislação nacional poderá dispor que essas reproduções reprográficas sejam objeto de uma licença de caráter global segundo o previsto no parágrafo 4º A legislação nacional deverá excluir a possibilidade de que se realizem cópias múltiplas, embora uma a uma, ou que se reproduzam de qualquer outro modo obras em forma tal que se prejudique seu aproveitamento normal.

4. O pessoal docente dos estabelecimentos de ensino de qualquer grau deverá ser autorizado a fazer um número limitado de reproduções reprográficas de obras protegidas pelo direito de autor, exclusivamente com finalidades de ensino, em virtude de uma licença de caráter global negociada entre as autoridades docentes e uma organização qualificada representante dos autores e dos editores. Todo autor poderá retirar sua obra do regime dessa licença, mas nesse caso proteger-se-á o usuário contra toda possível ação judicial e poderá fazer cópia sem prévio pedido. Quando a organização não represente todos os titulares de direito de autor sobre as obras que devam reproduzir-se, o sistema de licença de caráter global poderá ser complementado mediante um sistema de licença obrigatória em virtude do qual pagar-se-á uma remuneração aos titulares interessados nas mesmas condições que as convencionadas com a organização.

5. Poderão aplicar-se também às administrações públicas, às organizações e às empresas comerciais os mesmos tipos de sistemas previstos no parágrafo 4º

6. Reconhece-se que os países em desenvolvimento têm necessidades especiais e que, dentro dos limites fixados pelas convenções sobre direito de autor não estão obrigados por elas a abonar uma remuneração em todos os casos mencionados, nem ao mesmo nível que o previsto nos parágrafos 4º e 5º Sem deixar de reconhecer que um sistema de licença de caráter global constitui um objetivo desejável, seria necessário que os países em desenvolvimento ajustassem suas disposições legislativas referentes à reprodução reprográfica em função de suas necessidades particulares.

7. A reprodução reprográfica compreende todo sistema ou técnica que permita realizar reproduções em fac-simile de qualquer forma ou tamanho.

8. Na opinião do Grupo de Trabalho, é possível e conveniente estabelecer um instrumento internacional, em forma de recomendação aos Estados que sigam as orientações indicadas."

O Presidente do Grupo de Trabalho, Sr. Torwald Hesser, magistrado da Corte Suprema da Suécia, reconheceu que a rubrica relativa às empresas comerciais deveriam ampliar-se, a fim de incluir as administrações públicas, e sugeriu que no conceito se compreendam também as grandes sociedades sem finalidades lucrativas.

A seu ver, um sistema de licença global pode estabelecer-se num país primeiro mediante um contrato negociado entre, de um lado, uma sociedade nacional de autores e de editores, e, de outro, uma ou várias grandes organizações públicas, tenham ou não finalidades lucrativas.

Isto constituiria um ponto de partida para estabelecer um sistema de licenças globais no país e, mais tarde, poderiam integrar-se no mesmo as empresas de menor importância.

Complementou o Prof. Amtz que, em todos os países onde existam grandes empresas comerciais, deveriam estas agrupar-se em federações nacionais. Por essa forma, na negociação de acordos de licenças globais, não deveria resultar demasiado difícil encontrar a organização adequada com a qual negociar.

Acordo sueco sobre a fotocópia nas escolas

Pelos subsídios valiosíssimos que poderão proporcionar, merecem ser transcritas algumas das cláusulas do acordo subscrito a 5 de março de 1973, relativo às reproduções gráficas e fotográficas nos estabelecimentos docentes entre o Estado sueco e as seguintes entidades: Associação de Autores Suecos, Associação de Autores de Livros Escolares, Associação de Editores Suecos, Associação de Editores de Periódicos Suecos, Associação de Diretores de Periódicos Suecos, Sindicato de Jornalistas Suecos, Associação da Imprensa Periódica Sueca, Associação Nacional

de Periodistas, Associação de Produtores de Imagens, Associação de Fotógrafos Suecos, Clube de Fotógrafos de Imprensa, Organização Nacional de Artistas, Associação de Desenhistas Comerciais Suecos, Associação de Compositores Suecos, Associação de Autores Suecos de Literatura Popular, Associação Sueca de Editores de Música, Sociedade Sueca de Radiodifusão e Sociedade Sueca de Direitos de Execução.

O art. 1º dá as definições de escola, obra, texto, titular do direito, página de cópia e diapositivo em cor, e indica como deve ser considerada a página.

O art. 2º delimita o alcance do acordo: aplicar-se-á às reproduções gráficas, fotográficas ou análogas de obras, ou de parte de obras, realizadas por um mestre ou professor, ou a seu pedido, objetivando suas próprias atividades pedagógicas, independentemente do fato da cópia ter-se produzido com o material da escola ou de qualquer outro modo, dando por suposto às organizações, o art. 4º, que nenhum professor fará nem mandará fazer, aos fins da atividade profissional na escola, reproduções, mesmo autorizadas por lei, para uso pessoal, à margem das disposições do acordo.

A qualquer professor ficará sempre facultado, pelo art. 5º, fazer ou mandar fazer até três cópias de uma obra, ou de uma parte de uma obra, para suas próprias atividades pedagógicas, sem permissão especial do titular do direito de autor, e, pelo art. 6º, mais de três cópias de uma obra ou de uma parte da mesma, sem permissão especial, na medida em que seja necessário aos fins de suas próprias atividades pedagógicas durante um semestre civil, a fim de completar os que possam ser considerados como meios de ensino normalmente disponíveis num estabelecimento docente, excluída, porém, normalmente, a possibilidade de fazer ou mandar fazer mais de 100 cópias (art. 7º).

O art. 8º interpreta o sentido do disposto no art. 6º, indicando que, normalmente, um professor não deverá fazer nem mandar fazer páginas de cópia de publicações que a própria escola poderia adquirir a um preço não superior a três coroas suecas, nem páginas de cópia que representem mais do equivalente à metade, nem mais de 20 páginas de um texto.

O art. 10 manda abonar, pelo Estado, uma remuneração pela reprodução nos casos seguintes:

1. Diapositivos em cores realizados pelo professor ou a pedido deste com material da escola ou do departamento central de meios audiovisuais, ou por qualquer outro processo a expensas da administração pública.

2. Reprodução na conformidade do disposto no art. 6º

Prevê ainda o dispositivo que, durante cada um dos anos em que se aplique o acordo, se abonará uma remuneração de 50.000 coroas suecas

na aplicação do primeiro parágrafo para cada série completa de cinco milhões de páginas de cópia realizadas nas escolas suecas durante o período mencionado, a serem computadas de acordo com o critério estabelecido pelo art. 11.

Pelo art. 14, as organizações se comprometem a estimular constantemente todos os titulares dos direitos de autor a dar seu consentimento, seja individualmente, seja por meio de uma das organizações que façam parte do acordo — para que se reproduzam, em virtude do mesmo, todas as obras de que se trata, compromisso esse válido também com relação a todos os titulares desses direitos que não sejam membros de uma das organizações que façam parte do acordo.

Para a realização desse trabalho, centralizando todas as funções correspondentes, é imprescindível a constituição de uma entidade sem fins lucrativos, que na Suécia recebeu o nome de **Bonus**, à qual, pelo art. 19, o Estado comprometeu-se a entregar uma remuneração de 750.000 coroas suecas em julho de 1973, em atenção às reproduções de obras, ou de partes de obras, efetuadas com anterioridade.

Exceções à regra do pagamento

Deverão, todavia, refletir-se no âmbito da reprografia determinadas exceções já consagradas no domínio do direito de autor.

A mesma Comissão Jurídica e de Legislação da **Confédération Internationale de Sociétés d'Auteurs et Compositeurs** elaborou, em novembro de 1973, um projeto de declaração de princípios concernentes à reprografia de obras protegidas pelos direitos de autor, tão completo, que não resta senão segui-lo nas reservas que considera poderem ser admitidas e que propõe sejam limitadas da seguinte maneira:

I. Será dispensado do pagamento da remuneração prevista qualquer particular que, para seu exercício, seu estudo ou seu uso pessoal, confeccionou por seus próprios meios ou com seu próprio equipamento uma cópia única de um escrito legalmente protegido.

II. Ficarão dispensados do pagamento da remuneração prevista as organizações e instituições, sem finalidade lucrativa, que explorem ou mantenham um serviço de biblioteca ou de documentação para as microcópias de obras protegidas que lhes pertençam ou de partes destas obras que confeccionem com seus próprios meios ou equipamentos objetivando a conservação destas obras, ou quando a edição esteja esgotada, desde que tais microcópias não possam ser obtidas do editor.

III. Ficarão dispensadas do pagamento da remuneração prevista as organizações e instituições sem finalidade lucrativa que explorem ou mantenham um serviço de biblioteca ou de documentação, para as duplicatas em forma original de obras que

lhes pertençam ou de partes destas obras, que confeccionem por seus próprios meios ou equipamentos, sob condição:

a) que um prazo razoável seja deixado ao titular do direito de autor:

1 — para manifestar sua intenção quanto à autorização de reproduzir ou quanto a uma reedição;

2 — para proceder a uma nova edição, se essa é sua intenção;

b) que haja certeza de que a edição está realmente esgotada;

c) que o número de exemplares que serão reproduzidos a partir da microcópia não exceda o número de exemplares que se encontram nas coleções e que devam ser substituídos para finalidades de conservação.

IV. Ficarão dispensadas do pagamento da remuneração prevista as organizações e instituições sem finalidade lucrativa que explorem ou mantenham um serviço de biblioteca ou de documentação para as reproduções reprográficas em formato original que elas confeccionem por seus próprios meios ou equipamentos e que são necessárias para a substituição das páginas mutiladas ou em falta de certas obras, revistas ou periódicos que façam parte de suas coleções, desde que estas reproduções não excedam de um artigo de periódico ou uma porção razoável de um livro. Ocorrerá o mesmo quando elas procedam, com a mesma finalidade, a qualquer outra reprodução respeitando as condições acima previstas no caso de conservação das obras, sob reserva de que não sejam feitas cópias em maior número do que o normalmente mantido pela biblioteca de que se trata para obras do mesmo gênero.

V. As reproduções levadas a efeito sem pagamento de uma remuneração ao titular do direito de autor não poderão ser entregues a terceiros sem o consentimento do titular de direito de autor, a menos que essa entrega tenha lugar para responder às necessidades de um processo judiciário ou administrativo."

O acordo sueco sobre a fotocópia nas escolas, de 5-3-1973, oferece várias sugestões que poderiam ser aproveitadas, como a enumeração feita em seu apêndice **A — do material que dá direito à remuneração**: 1) periódicos; 2) revistas; 3) literatura em livros ou em forma análoga; 4) textos especializados em livros ou em forma análoga; 5) livros de exercícios (ou equivalentes); 6) outros meios de ensino impressos; 7) fotografias; 8) outras ilustrações; 9) partituras musicais; 10) textos diversos; — **bem como do que não dá esse direito**: 11) documentação produzida de um modo artesanal; 12) documentos oficiais ou de outra classe que não constituem objeto de direito de autor.

Também merece ser mencionado que, para fins contábeis, manda calcular cada página de cópia de partitura musical como cinco páginas, cada página de cópia de um periódico como três, e cada diapositivo em cor composta em mais de 50% de ilustrações como 30 páginas de cópia.

Não parece, no entanto, deva ser acolhido o critério, mesmo levando em conta que é restrito às obras escolares, que autoriza a livre cópia dos textos que não custe mais de um mínimo, no caso, três coroas. O fundamento alegado é o de que justamente os que menos retribuição podem proporcionar aos autores, são os que trariam dificuldades relativas à contabilidade, a possíveis dúvidas quanto ao verdadeiro preço da obra, à variabilidade na conformidade com a elevação do custo de vida etc.

Solução no âmbito internacional

A regulamentação dos problemas novos que o avanço da tecnologia vai oferecendo em matéria de direito de autor costumava, até há poucos decênios, apresentar-se antes ao legislador interno dos países mais adiantados, para depois de devidamente assentada passar para os dispositivos das grandes convenções internacionais.

O processo está, no entanto, sofrendo uma auspiciosa evolução.

Tão logo surge um novo problema, às vezes antes mesmo de encontrar solução adequada no âmbito interno, passa a constituir preocupação por parte dos redatores e dos responsáveis pelo funcionamento das grandes convenções.

Após amplos estudos e debates, para os quais são convocados os maiores especialistas, ou são traçadas recomendações orientadoras, ou são desde logo inscritas nas Convenções regras fundamentais que, por essa forma, passam a comprometer os signatários em normas genéricas que são obrigados a inserir, mais cedo ou mais tarde, na regulamentação correspondente da sua legislação interna que, por essa forma, apresenta uma uniformidade de critérios que só pode redundar em benefício de todos.

O problema da reprodução fotográfica tem constituído preocupação revelada pela Conferência Geral da UNESCO em várias sessões.

Assim, em sua 16ª reunião, estudou os aspectos técnicos e legais da matéria, adiando para a 17ª sessão, que teve lugar no dia 17 de julho de 1972, em Paris, a decisão da conveniência de aprovar uma regulamentação internacional da reprodução fotográfica das obras protegidas pelo direito de autor.

Procedeu o Diretor-Geral a um estudo sobre a matéria, bem como sobre o alcance que poderia ter essa regulamentação, e sobre a atitude que conviria adotar a respeito, atendendo à recomendação que lhe foi feita de preparar um relatório preliminar expondo o estado do problema e o provável alcance da regulamentação proposta, acompanhado

de um anteprojeto do instrumento previsto. Tais documentos seriam submetidos aos Estados-Membros para que fizessem observações e, na conformidade das respostas recebidas, seria preparado um informe definitivo, contendo os textos revistos.

Como nem a Convenção Universal do Direito de Autor revista em Paris em data de 24-7-71, nem a Ata de Paris do Convênio de Berna contém disposições especiais, conservam todo o seu valor os argumentos expostos a respeito da utilidade e oportunidade de adotar uma regulamentação internacional. Tanto nos Estados Unidos da América como na França, haviam sido movidos processos judiciais para conseguir que cessassem nas empresas as reproduções não autorizadas, por fotocópia, de obras ou de uma parte delas, o que mostra a necessidade e urgência de estipular disposições capazes de conciliar os interesses dos autores e dos editores com os da investigação da documentação e dos usuários.

Lembrou que o comitê de peritos que se reuniu em Paris de 1 a 5 de julho de 1968, considerando que a reprodução fotográfica tende a tornar-se um processo extremamente simples, rápido e pouco dispendioso, em virtude do desenvolvimento do aperfeiçoamento do material que o permite, emitiu recomendações relativas a quatro pontos fundamentais:

1. Reproduções fotográficas feitas para fins estritamente pessoais do copista. Caso em que se dispensa autorização prévia e pagamento de direitos de autor, desde que a reprodução seja feita pelo próprio usuário e exclusivamente para ele, sem possibilidade de encarregar do trabalho uma empresa de fotocópias. Pretendeu, por essa forma, o comitê de peritos eliminar a possibilidade de encarregar do trabalho uma empresa de fotocópias, porque, nesse caso, se a cópia pudesse ficar reservada ao uso pessoal de qualquer interessado, a pessoa física ou jurídica que a fizesse se dedicaria a uma atividade profissional, comumente comercial, ao trabalhar para uma quantidade indeterminada de clientes, e, por essa forma, atuaria como intermediário, do mesmo modo que um editor.

Assinala que os estudos posteriores não poderão deixar de levar em conta as soluções que tenham aparecido a respeito na ordem nacional, reproduzindo o art. 54 (2) de uma lei da República Federal da Alemanha, de 9 de setembro de 1965, que obriga, caso a reprodução se destine a finalidades comerciais, que tem direito de proceder à reprodução, a pagar ao autor uma remuneração equitativa. Menciona ainda o acordo básico que continua em vigor, relativo à fotocópia de artigos e outros escritos publicados num periódico, dando margem às empresas a escolher entre quatro fórmulas que possibilitam o pagamento de direitos de autor.

Outra solução poderia ser um sistema parecido com o elaborado na mesma República para os magnetofones e magnetoscópios, consistindo, essencialmente, num direito de autor "pago na fonte". O fabricante ou importador de aparelhos pagará por direitos de autor uma quantidade que não pode exceder 5% do preço de venda a uma sociedade de gestão habilitada a distribuir entre os titulares de direito as somas pagas.

2. Reproduções fotográficas feitas pelas bibliotecas. O informe distingue entre as bibliotecas sem fins lucrativos e as que estão animadas por intuito de lucro.

Quanto às primeiras, separa o interesse relativo à conservação das coleções, principalmente de diários ou periódicos, ou de livros cuja edição possivelmente se esgote, e de proporcionar cópias a terceiros que as solicitem.

É invocada a Recomendação nº 6, que prevê a reprodução fotográfica não em forma de microcópia, cuja leitura não é fácil para os usuários da biblioteca, mas no mesmo formato do original, apontando as várias condições exigidas para proteger os direitos dos autores e dos editores:

— que se reconheça um prazo razoável ao titular do direito de autor: 1. para dar a conhecer sua intenção no que se refere a autorizar a reprodução ou a reedição; 2. para fazer uma nova edição, caso se lhe proponha;

— que haja plena certeza de que a edição está realmente esgotada;

— que o número de exemplares que a biblioteca poderia reproduzir da microcópia não seja superior ao número de exemplares existentes no depósito e que deveriam ser substituídos com fins de conservação; não obstante, as microcópias somente poderão ser utilizadas para serem reproduzidas por terceiros dentro dos limites e nas condições estabelecidas para o uso pessoal.

3. Reproduções fotográficas feitas a pedido de terceiros. Observa o informe, inspirado pelos arts. 7º e 15 da Lei do Reino Unido, de 5 de novembro de 1965, ser fácil imaginar que os autores e editores tenham manifestado grandes temores com relação às cópias proporcionadas a pedido de terceiros, porque a falta do desejo de lucro não impede que o número de cópias chegue a um total elevado, mesmo em se tratando de um só artigo ou de um só livro.

Recomendou, não obstante o Comitê (Recomendação nº 3), que as bibliotecas sem finalidade lucrativa sejam autorizadas a proporcionar, sem pagar direitos de autor, um exemplar por usuário, sempre que esse exemplar não contenha mais de um artigo no caso de uma publicação periódica ou, se se tratar de um livro, não exceda de uma parte razoável da obra.

Por constituírem entidades independentes, diferentemente do que ocorre com as páginas de um livro, semelhante autorização não poderia ser estendida às obras cinematográficas, às obras fotográficas isoladas ou às pinturas, nem tampouco às obras cuja índole justificasse semelhante exclusão. Estabeleceu-se, no entanto, uma reserva que autoriza, em caso de necessidade, a reprodução fotográfica dessas obras “quando figurem como ilustração de um texto impresso”.

4. Reproduções fotográficas feitas por bibliotecas que objetivam finalidades lucrativas. Nessa matéria, ainda não definitivamente sedi-

mentada e de reduzida importância entre nós, recomenda o comitê de peritos que seja em todos os casos respeitado o direito de autor, admitindo-se entendimentos por meio de acordos coletivos ou profissionais, ou por intermédio de um regime de licença legal.

Conclusão

É esse o desafio da regulamentação legal da reprodução reprográfica.

Problema sutil, delicado, complexo, a exigir tanto mais cuidado quanto insignificante é o valor pecuniário de tantas centenas de milhares de violações que diariamente se cometem, cada vez que uma página protegida pelo direito de autor é fotocopiada ilegalmente.

Que interesse prático — perguntar-se-á — poderá ter a reprodução de duas páginas de um livro que custa o preço unitário de Cr\$ 50?

Se o livro for de 200 páginas, essas duas, fotocopiadas, não representam apenas cinco centavos? Não será eventualmente maior o custo da página do talão-recibo que estamos propondo?

Há que considerar que o prejuízo para o autor, o artista, o editor e o gravador não consiste no valor dessas duas páginas, mas na circunstância de que o interessado, muito provavelmente, vai deixar de comprar o livro inteiro ou o disco musical correspondente à gravação que realiza pessoalmente; há que considerar que, de qualquer maneira, pequena ou grande a importância, é um procedimento ilícito, uma violação da lei penal que estaremos procurando evitar.

Mas o que é mais importante é que vale aqui a velha imagem das pequeninas gotas que vertem de uma fenda de uma montanha, uma a uma, escorrendo pelo solo, encontrando outras vertentes, até formarem um regato, um córrego, um afluente, um ribeiro, um rio majestoso como o Amazonas!

Assim também aqueles poucos centavos que, de qualquer modo, sempre representariam a satisfação a que fazem jus o autor, o artista e o empresário, vão se unir a outros tantos quantos forem outros interessados na cópia dessas ou de outras páginas do mesmo livro, se lembramos que são em número incalculável os que procedem por essa forma, constituindo uma caudal imensa de injustamente beneficiados, paralela a outra de injustamente prejudicados, havemos de convir que é da mais elementar justiça dar um remédio à situação, remédio esse perfeitamente lógico e coerente, pois dá a cada qual uma compensação proporcional ao prejuízo sofrido e à aceitação da sua obra.

O primeiro passo será a criação, em cada país, de uma entidade que, sem finalidade de lucro, se proponha levar adiante tal empreendimento, para que possam os criadores, os intelectuais, os artistas, os cultores dos bens do espírito, com menos preocupação no que diz respeito ao produto material de seu trabalho, continuar produzindo as obras que encantam, deleitam e instruem, isto é, as obras mais importantes que à criatura humana seja dado produzir!

Reforma da Justiça e correção monetária

ARNOLDO WALD

Um dos graves problemas que tem entravado o bom funcionamento da Justiça decorre da ausência de normas legais adequadas para garantir o credor contra os efeitos da depreciação da moeda. Assim, numa época em que os juros anuais cobrados pelos bancos alcançam cerca de 50% ao ano, o que se explica com uma inflação superior a 40%, o devedor moroso somente está sujeito nos processos judiciais ao pagamento de juros de 6% ao ano, na falta de convenção das partes, e ao teto de 12% no caso de existir cláusula contratual sobre a matéria. Assim sendo, somente pagar os seus débitos no momento da execução da sen-

tença judicial, tornou-se uma forma de enriquecimento sem causa, para o réu, e de empobrecimento, para o credor, ensejando, outrossim, a multiplicação dos feitos na Justiça, pois ao devedor não mais interessa obter a vitória na causa, mas simplesmente ganhar tempo.

A proliferação dos feitos leva, por sua vez, ao congestionamento da Justiça, criando-se um círculo vicioso dentro do qual a multiplicação dos processos torna os julgamentos cada vez mais tardios e essa própria demora encoraja os devedores a recorrer ao Poder Judiciário para se beneficiarem dos efeitos de uma legislação cuja premissa básica foi a estabilidade do poder aquisitivo da moeda.

O reconhecimento da existência dessa situação não é fato recente e, ainda em 1975, no **Diagnóstico**, que elaborou sobre a nossa Justiça o Supremo Tribunal Federal, documento que teria servido de base à Reforma Judiciária, foi salientado que se impunha a generalização da correção monetária para evitar a plethora de processos e impedir que o demandante vencedor obtenha “reparação incompleta e desvaliosa, pela indispensável demora da demanda, com benefício do litigante sem razão”. E concluiu a nossa mais alta Corte que “essa evidente falha na aplicação da Justiça cumpre ser prontamente eliminada”.

Os efeitos benéficos da aplicação da correção monetária em relação ao descongestionamento da Justiça já foram, aliás, comprovados quando a lei determinou a incidência dos índices de revalorização no caso de mora no pagamento dos débitos fiscais. Pouco tempo após o advento da Lei n.º 4.357, de 16-7-1964, que determinou a correção dos tributos, que não tinham sido pagos oportunamente, as Varas da Fazenda verificaram uma ampla diminuição do seu movimento, sendo incontestável que o mencionado diploma legal funcionou como grande catalizador da pontualidade tributária.

Não há dúvida que algumas leis especiais como as referentes aos débitos fiscais, à locação, à desapropriação e às vendas de imóveis dentro do sistema financeiro habitacional resolveram as dificuldades existentes em campos específicos, deixando, todavia, as demais relações jurídicas na dependência de construções jurisprudenciais que, por mais e corajosas que possam ser, se apresentam sempre com certa lentidão. Efetivamente, elas dependem da sedimentação das teses jurídicas, que decorre da reiteração de julgamentos no mesmo sentido para consagrar

progressivamente a tese vitoriosa da revalorização dos créditos em áreas sempre mais extensas. Para criar o consenso jurisprudencial e conciliar a sensibilidade das novas gerações de juizes com o natural conservadorismo dos magistrados mais antigos, ainda impregnados pela “ilusão da moeda estável”, foi necessário decompor o problema da correção em vários momentos.

Na realidade, os tribunais foram admitindo a correção nos casos em que a injustiça aparecia de modo mais ostensivo, como os de alimentos, de expropriação e de responsabilidade civil por danos pessoais. Algumas vezes, foram feitas distinções cujos fundamentos jurídicos poderiam parecer discutíveis, mas que correspondiam ao senso de justiça dos magistrados. Assim, durante certo tempo prevaleceu nos tribunais uma distinção entre a reparação de danos pessoais e de danos materiais, para atribuir a correção aos primeiros e negá-los aos segundos, porque somente em relação à lesão, à integridade da pessoa — e não no tocante ao seu patrimônio — ocorria o consenso dos juizes na matéria, sem prejuízo dos votos vencidos, que tentavam abrir novos caminhos.

Paralelamente, as convenções das partes sobre a revalorização de créditos foram consideradas válidas, tanto no campo das locações, como das vendas e, finalmente, nas relações das instituições financeiras com os seus mutuários, especialmente após o pronunciamento, na matéria, do Banco Central. A própria analogia e a equidade foram invocadas pelo Supremo Tribunal Federal para garantir a correção em favor daqueles que obtinham a devolução de débitos fiscais indevidamente pagos. No campo da responsabilidade civil, a evolução foi longa, mas acabou levando os tribunais, liderados pela Suprema Corte, a admitir a revalorização dos créditos tanto em relação aos danos pessoais, como aos materiais, no campo delitual e contratual. Uma fase importante da cristalização jurisprudencial concluiu-se no fim do ano passado, quando o Supremo Tribunal Federal traduziu entre as suas Súmulas, as de n.º 596, excluindo a incidência da lei de usura em relação às instituições financeiras, n.º 562, mandando corrigir os danos materiais decorrentes de atos ilícitos, e n.º 561, consagrando a possibilidade de ocorrência de sucessivas correções na indenização por expropriação, no caso de mora do expropriante.

Entre os critérios aplicados na discussão jurisprudencial para admitir ou excluir a correção, um dos mais lembrados foi a distinção en-

tre dívidas de valor e dívidas de dinheiro. Quanto às dívidas de valor, as soluções jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal já deram uma solução final que atende aos anseios do País e se concilia com o espírito das normas legais vigentes. Resta, agora, examinar o tratamento das dívidas de dinheiro, numa fase altamente inflacionária da vida do País.

Recentemente, uma decisão do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confirmando, por unanimidade, decisão da Câmara isolada, determinou a correção monetária de dívida decorrente de cheque sem fundos. Situação análoga, aliás, já tinha sido anteriormente examinada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, num caso de endosso irregular de cheques, tendo concluído a Segunda Turma da mais alta Corte pela incidência da correção monetária. Verificamos, assim, que mais um passo está sendo realizado, já agora, no sentido de aplicar a correção monetária nas próprias dívidas de dinheiro, desde que se tenha configurado a mora do devedor. De fato, se toda lesão de direito deve ser reparada integralmente, mediante a restauração do credor no *statu quo antes*, ou seja, na situação em que se encontraria se a obrigação tivesse sido cumprida atempadamente, impõe-se a correção em todos os casos de mora, pouco importando a natureza da dívida (de dinheiro ou de valor) ou a sua origem contratual ou extracontratual. É tão somente com essa incidência que a distribuição da justiça atenderá aos princípios morais que devem imperar na sociedade, evitando-se que o crime e a morosidade possam enriquecer o devedor impontual.

A generalização dessa tese que se encontrava implícita nos acórdãos dos tribunais, mas que, só agora, está sendo consagrada em termos claros e inequívocos pelas decisões mais recentes, constitui um importante fator para o descongestionamento e a rapidificação da nossa Justiça. O Governo Federal tem afirmado, por diversas vezes, a sua intenção de garantir a correção monetária aos credores das entidades de direito público e, em particular, aos empreiteiros. Em vez de medidas casuísticas, impõe-se, no caso, uma norma geral que faça incidir a revalorização dos créditos em todas as hipóteses de mora, transformando em direito de todos o que hoje constitui o privilégio de alguns. Desaparecerá, assim, o prêmio que a legislação vigente atribui, inconsciente e involuntariamente, ao devedor moroso e um passo importante terá sido feito em favor da eficiência da Reforma Judiciária, da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas e da própria moralidade na vida empresarial.

A cláusula C. I. F.

Professor OTTO GIL

Faculdade de Direito Cândido Mendes
— Rio de Janeiro.

SUMARIO:

Conceito: Custo — Seguro e Frete.

Uso Comercial registrado no Brasil e na Chambre de Commerce Internationale.

A Cláusula C. I. F., utilizada, a princípio, nas vendas marítimas, está hoje generalizada, sendo aplicada no transporte aéreo e terrestre.

Na Cláusula C. I. F., a transmissão de propriedade de mercadoria vendida se realiza no porto de embarque.

Os riscos de transporte correm por conta do comprador.

A cláusula C. I. F. significa que, nas vendas comerciais em que o comprador e o vendedor não são domiciliados na mesma praça, cabe ao vendedor incumbir-se de expedir a coisa vendida, fazendo o seguro, em nome do comprador.

Nessas vendas, inclui-se no preço da coisa vendida, o seu custo, acrescido das despesas de seguro (por conta e proveito do comprador), mas o frete, também pago pelo vendedor que opera, nesse tipo de vendas à distância, como mandatário do comprador. (Waldemar Ferreira — **Tratado de Direito Comercial** — vol. 10, pág. 128, nº 2.158).

Não há lei que regule entre nós essas obrigações do vendedor.

Trata-se de um velho uso comercial, em que a sigla C.I.F. é abreviatura das palavras inglesas *cost, insurance, freight*, que os franceses utilizam com a abreviatura C.A.F., dos vocábulos *coût, assurance et fret*.

No Brasil, as vendas com a cláusula C.I.F. obedecem a um antigo uso mercantil, desses a que já se referia o antigo “Regulamento 737”, de 1850, quando declarava, no seu art. 2.º, que os usos comerciais constituíam legislação comercial complementar.

Esses usos resultavam de prática constante e uniforme, passavam a integrar as relações comerciais, como bem assinala, a propósito, Rubens Requião, na 4ª ed. do seu **Curso de Direito Comercial**, págs. 24/25.

O registro desses usos é de competência das juntas comerciais, segundo disposição expressa do art. 50 da Lei n.º 4.726, de 13 de julho de 1965, e de seu regulamento, Dec. n.º 57.651, de 19-1-66, podendo tais usos, assim registrados, ser convertidos em norma de direito positivo, por proposta do Departamento Nacional do Registro do Comércio: art. 4.º da Lei n.º 4.726, de 13-7-65.

Ao contrário da lei (que basta invocar em juízo), o litigante que alegar **direito consuetudinário** terá que provar-lhe o teor e a vigência, tal como determina o vigente **Código de Processo Civil**, no seu art. 337.

Essa prova far-se-á, como é óbvio, mediante oferecimento, ao juízo, da certidão autêntica do registro do uso na junta comercial, a menos que o juiz, tendo conhecimento da existência do uso, dispense a sua prova e resolva aplicá-lo (Rubens Requião, ob. cit., pág. 25).

Sentido e alcance da cláusula C.I.F. com relação aos direitos e obrigações do comprador

Não padece dúvida que a cláusula C.I.F. quer dizer que o vendedor — antes de embarcar a mercadoria — deve fazer o respectivo seguro, à conta e a favor do comprador, e que, no preço da mercadoria, se incluem não só o seguro, como também o frete.

Houve, porém, quem suscitasse polêmica a respeito da responsabilidade do comprador, pelo pagamento do preço ajustado, sob a alegação de que, perecendo a mercadoria em viagem, a tradição ainda não se havia operado em favor do comprador e que este, via de consequência, não estava obrigado a pagar o preço.

Era como se se dissesse que a tradição da mercadoria, nas vendas com a cláusula C.I.F. somente se verificaria "no porto do destino", onde então, "cessaria a responsabilidade do vendedor com a descarga da mercadoria".

Nada mais desarrazoado. A tradição de mercadoria, nas vendas C.I.F. se opera no porto do embarque. Posta a mercadoria a bordo, considera-se entregue e de livre disposição do comprador, em cujo patrimônio se integra.

Autorizada, como sempre, é a lição de J. X. Carvalho de Mendonça que, no vol. VI do seu *Tratado de Direito Comercial*, depois de referir-se ao acordo entre a American Chamber of Commerce for Brazil e a Federação das Associações Comerciais do Brasil, se manifesta no sentido de que, nas vendas C.I.F., a tradição se opera no porto de embarque. No mesmo sentido, Waldemar Ferreira, no vol. 10, págs. 128/129, do seu *Tratado de Direito Comercial*.

O Prof. Ernesto Leme, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, na sua conhecida monografia sobre a "Cláusula C.I.F.", depois de se referir ao registro do uso nas nossas praças comerciais, escreve:

"Na venda C.I.F., como na venda F.O.B., a tradição se opera no porto de embarque. Posta a mercadoria a bordo, considera-se ela entregue. Os riscos passam para o comprador" (pág. 40).

E, adiante, à página 41, sob o nº 48:

"A vantagem maior, num e noutro contrato, foi, quiçá, proporcionar ao adquirente a disponibilidade da mercadoria embarcada, antes mesmo de sua chegada ao porto do destino. Intensificaram-se as relações comerciais. Protegeu o importador contra os riscos da oscilação contrária e do valor dos próprios efeitos negociados."

Em monografia que escreveu sobre "A cláusula C.I.F.", nos contratos de compra e venda mercantil, o Prof. Adolfo Devoto Valente, da Bahia, chegou às mesmas conclusões de Ernesto Leme, J. X. Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira, assim expressando o seu pensamento:

"... a cláusula C.I.F., quando existente nos contratos de compra e venda de uma praça para outra, em nada modifica a natureza do contrato que, em face do nosso Código Comercial, art. 191, fica perfeito e acabado, desde o momento em que os contratantes acordaram na cousa, no preço e nas condições do contrato; e, desta forma, que os riscos advindos aos efeitos comprados, desde o momento em que o contrato ficou fechado, correm por conta do comprador, que os fez segurar, unicamente, para sua garantia."

No mesmo sentido, se manifestam, entre outros, Silva Costa, em artigo publicado na Revista Jurídica de Rodrigo Octavio e o Prof. Rubem Braga, da Faculdade de Direito de Niterói — RJ, na sua monografia sobre “A Cláusula C.I.F.” E, para encerrar a citação de alguns autores nacionais que se ocuparam do assunto, vale transcrever a opinião do Ministro Bento de Faria, quando Procurador-Geral da República, e inserta no vol. II dos seus doutos Pareceres. Diz Bento de Faria, depois de definir a cláusula C.I.F.:

“... a venda assim feita significa que, no ajustado preço da mercadoria, estão incluídos, além do custo, o seguro feito pelo vendedor, por conta e em benefício do comprador, e o frete, também pago pelo vendedor, para ser de tudo reembolsado por quem compra ao pagar a fatura respectiva.

Em tal caso, a transição da propriedade da mercadoria, isto é, a sua entrega ao comprador, pelo vendedor, se considera feita pelo fato da entrega a bordo no porto de embarque com o seguro e o frete pagos.

Todos os riscos do transporte, que de então em diante correr a mercadoria vendida, por tal forma, serão por conta do adquirente.

Esta é a lição da doutrina”, conclui S. Ex^a (Pareceres, vol. II, pág. 527).

É, realmente, essa a doutrina dos melhores escritores e comercialistas nacionais e estrangeiros. Entre estes últimos, basta-nos citar os autores dos dois trabalhos mais conhecidos sobre a matéria:

Winkelmolen, escritor belga, no seu trabalho sobre *Les principes de la vente C.I.F.*, no qual, nas páginas 18 a 29, depois de acentuar que se trata de contrato puramente consensual, pois que a venda se considera perfeita pelo simples concurso de vantagens do comprador e do vendedor, acrescenta, à página 28:

“Le majorité des auteurs et la jurisprudence affirme, avec raison, nous semble-t-il, que la marchandise est livrée au port d'embarquement lors de la mise à bord.”

Jean Renard, na sua monografia sobre *La vente C.A.F. en droit français*, acentua que, na venda C.I.F. (C.A.F., francês), os riscos da viagem estão a cargo do comprador, ao invés de incumbir ao vendedor, como até aqui era a regra, e conclui:

“Ce renversement dans l'attribution des risques est ce qui frappe le plus les esprits, ce que les tribunaux s'attachent le mieux à mettre en évidence.”

No Rio de Janeiro, desde 1922, ficou assentado, conforme se colhe da publicação feita no Relatório da Associação Comercial do Rio de Janeiro, daquele ano, que, tanto na cláusula C.I.F. como na cláusula F.O.B., a tradição se opera no porto de embarque da mercadoria, desde onde os riscos começam a correr por conta do comprador, assento que, em 1932, se reafirmou, por acordo com a American Chamber of Commerce for Brazil, segundo tudo consta do Relatório da Associação Comercial do Rio de Janeiro, nos anos de 1922 a 1932.

Aliás, a *Chambre de Commerce Internationale*, registrando os termos comerciais dos principais países do mundo, numa publicação especial, registra, com referência ao Brasil, o significado das vendas C.I.F. e F.O.B. como operando a tradição no porto de embarque da mercadoria. É o que consta da aludida publicação, fls. 41 a 44.

Nas praças de São Paulo e Santos, onde, recentemente, se processou o assentamento de seus usos e costumes, ficou expressamente assentado, quanto à cláusula C.I.F.:

“que todas e quaisquer perdas ou avarias da mercadoria a bordo do navio no porto de embarque, correm por conta do comprador”.

Com referência à F.O.B. se consignou o registro desse mesmo uso, conforme se colhe da publicação oficial desses assentamentos, a fls. 10.

É a opinião de Clóvis Bevilacqua, *in verbis*:

“Aceita a cláusula C.I.F., a mercadoria, desde que foi entregue ao condutor, no porto de embarque, é propriedade do comprador, e, desde então, o vendedor não tem mais direito sobre ela.”
In Revista de Crítica Judiciária, vol. IX, pág. 60.

Autores espanhóis modernos também entendem que a tradição se opera no porto de embarque, “desde el instante del embarque se considera hecha la transmisión real y efectiva de la mercancia al comprador”. (*Gamechogicochea — Trat. de Der. Mercantil Español — V — pág. 296*).

Irrelevante, para o Brasil, a discussão que se travou na França a respeito do momento da transferência da propriedade da mercadoria, nas vendas C.I.F., eis que temos uso regularmente registrado que aceita, tranqüilamente, que a transmissão de propriedade se dá no porto de embarque, desde que o vendedor, como mandatário do comprador, faz o seguro da mercadoria e lhe envia os conhecimentos do embarque e a apólice do seguro.

Na própria França, aliás, renomados autores como Crémieu (*L'individualisation de la marchandise dans la vente C.A.F.*) considerou que “o caráter essencial da venda C.I.F. é ser uma venda com entrega no porto de embarque, o que significa a imediata transferência de propriedade e dos riscos desde o momento em que a mercadoria é posta a bordo”.

No mesmo sentido: Ripert, *Droit Maritime*, tomo II, nº 1934; Borrecasse, *Traité de Droit Commercial Maritime*, Paris, 1923, nº 738 e THALLER, *Traité Elémentaire de Droit Commercial*, Paris 1931 — I — nº 1022.

A jurisprudência de nossos tribunais também tem aceito que a tradição da coisa vendida sob a cláusula C.I.F. se opera no porto de embarque e, assim, já se manifestou, a propósito do direito de retenção pretendida pelo vendedor, em caso de falência do comprador, antes de haver este recebido a mercadoria. É a conhecida questão sobre a *Stoppage in transitu* que chegou até o Supremo Tribunal Federal.

Com o desenvolvimento do tráfego aéreo, tem sido a questão posta, também, com relação ao transporte aéreo. Mas sempre com o mesmo tratamento dos usos e costumes registrados no Brasil e alhures, ou seja, de que, na venda C.I.F., a tradição da mercadoria se opera no lugar de embarque. Posta a mercadoria à disposição do comprador, viaja a mesma por sua conta e risco. Mas a sua livre disposição, eis que pactuada a venda com a referida cláusula, o embarque de mercadoria faz com que ela passe ao patrimônio do comprador.

BIBLIOGRAFIA

MENDONÇA, J. X. Carvalho de, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* — 1ª ed., vol. VI, págs. 770 e seguintes.

FERREIRA, Waldemar Martins, *Tratado de Direito Comercial* — vol. 10º, págs. 128/129.

LEME, Ernesto, *Cláusula C.I.F.*

VALENTE, Adolfo Devoto, *A Cláusula C.I.F. nos contratos de compra e venda mercantil.*

BRAGA, Rubem, *A Cláusula C.I.F.*

FARIA, Bento de, *Pareceres do Procurador-Geral da República* — vol. II, pág. 527.

BEVILÁQUA, Clovis, *In Revista de Crítica Judiciária* — vol. IX, pág. 60.

WINKELMOLEN, *Les principes de la vente C.I.F.* Bruxelles. 1926, págs. 18 a 29.

RENARD, Jean, *La vente C.A.F. en droit français*, pág. 13.

MENENDEZ, Aurelino, *La venta C.I.F.*, Madrid, 1955.

KENNEDY, *Contracts of sale C.I.F.*, London, 1928.

BELLOT, *Traité théorique et pratique de la vente C.A.F.*, Paris, 1949.

CARAZZUTI, Francisco, *La cláusula C.I.F.*, Bologne, 1969.

RUBINO, "La compra vendita", *in Trat. di Diritto Civile e Commerciale*, Diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, pág. 556.

GIL, Otto, "A compra e venda mercantil com as cláusulas C.I.F. e F.O.B.", *Parecer sobre tese apresentada no Congresso Jurídico Nacional, de 1943*, *in Boletim Semanal da Associação Comercial do Rio de Janeiro*, 10 nov. 1943.

REQUILÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, 4ª Edição, Saraiva, São Paulo.

Apontamentos sobre a reforma do divórcio na França

CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO

SUMÁRIO :

- I — Introdução
- II — Disposições comuns a todos os casos de divórcio: simplificação do processo de divórcio — Competência
- III — Inovações no processo de divórcio
- IV — Conseqüências do divórcio
- V — Direitos e deveres do pai e da mãe
- VI — Da prestação compensatória
- VII — O nome da mulher após o divórcio
- VIII — Breves considerações sobre os diversos casos de divórcio
 - O divórcio por mútuo consentimento
Procedimento
 - O divórcio pedido por um dos cônjuges e aceito por outro
Procedimento
 - O divórcio por rompimento de vida em comum
Procedimento
 - O divórcio por culpa de um dos cônjuges
Procedimento
- IX — Separação de corpos
- X — Conseqüências da separação de corpos
- XI — Regime matrimonial
- XII — Da conversão em divórcio

I — INTRODUÇÃO

A nova lei sobre o divórcio na França foi adotada pelo Parlamento em junho de 1975, promulgada em 11 de junho do mesmo ano (publicada no *Diário Oficial* francês em 12 de junho de 1975), entrando em vigor a partir de 1º de janeiro de 1976. (Lei nº 617)

O divórcio em França era regido pela lei Naquet, de 27 de julho de 1844.

Eram causas de divórcio: adultério, condenação a pena aflictiva e infamante de um dos cônjuges, sevícias e injúria grave. Essa lei considerava o divórcio uma sanção destinada a punir o cônjuge culpado. Possibilitava aos cônjuges a simulação em comum acordo, a confecção de cartas injuriosas e o concurso de falsas testemunhas para a obtenção do divórcio.

A nova lei parte do princípio de que somente aos cônjuges cabe decidir se querem ou não viver juntos, realçando que não se deve obrigá-los à coabitação, já que não mais pretendem a união, autorizando, portanto, o divórcio por mútuo consentimento.

É previsto ainda o divórcio por ausência de vida em comum. E, finalmente, a lei francesa continua prevendo o divórcio em casos de violação grave e reiterada por um dos cônjuges dos deveres e obrigações decorrentes do casamento, tornando impossível a vida em comum.

II — DISPOSIÇÕES COMUNS A TODOS OS CASOS DE DIVÓRCIO: SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO DE DIVÓRCIO — COMPETÊNCIA

A nova lei simplificou o processo de divórcio, dando realce, sobretudo, às suas conseqüências, tais como, a guarda de filhos, pensão alimentícia etc.

Nos três casos de divórcio acima apontados, a maior preocupação do legislador foi a de simplificar as normas processuais, tendo em vista torná-las menos formais e, conseqüentemente, tornando menos longa a demanda.

O processo de divórcio dura de quatro a doze meses.

O tribunal de grande instância do lugar onde reside a família é competente para decidir sobre o divórcio e suas conseqüências. Tendo os cônjuges residências distintas, a competência pertencerá ao tribunal do lugar onde residem o cônjuge e os filhos menores.

Em cada tribunal de instância é designado um ou mais juizes para assuntos patrimoniais. A esses juizes compete:

1º — acompanhar os processos de divórcio e de separação de corpos;

2º — dirimir, mediante procedimento simples e rápido, incidentes decorrentes do divórcio e guarda de filhos, pensões alimentícias etc.

III — INOVAÇÕES NO PROCESSO DE DIVÓRCIO

Desde o pedido de divórcio, os cônjuges devem apresentar indicações completas concernentes a sua afiliação junto aos órgãos previdenciários: seguro-doença, locações familiares, seguro-velhice, a fim de facilitar, em seguida, o que vai ser estipulado quanto às pensões alimentícias.

Foi estabelecida por lei uma entrevista social, efetuada principalmente para melhor informar ao juiz sobre a situação dos filhos. Os cônjuges são comunicados a respeito e poderão pedir um complemento de entrevista ou uma carta-entrevista.

O cônjuge que não obtiver a guarda provisória dos filhos poderá apresentar, até a decisão definitiva, um projeto detalhado dos meios de que poderá dispor para assegurar a manutenção e a educação dos filhos se a guarda lhe for conferida.

Essa medida diz respeito, sobretudo, aos pais que desejarem obter a guarda de um ou mais filhos após o divórcio.

A justificação do divórcio será feita, destarte, mediante produção de um simples extrato do julgamento, não comportando os seus motivos, levando apenas em conta, sobretudo, a discricção e o apaziguamento, segundo os termos da lei.

IV — CONSEQUÊNCIAS DO DIVÓRCIO

O juiz tem o poder discricionário de confiar a guarda dos filhos ao cônjuge que lhe parecer com maior aptidão para educá-lo, ou a qualquer outra pessoa ou instituição se assim entender. Os interesses da criança hão de preponderar sobre os demais. A fim de munir-se de melhores dados, antes de qualquer decisão, o juiz poderá ordenar uma entrevista social, cujo relatório é comunicado aos pais que podem, separadamente, discuti-lo. A decisão do juiz somente faz coisa julgada

formal, podendo, conseqüentemente, ser modificada a qualquer momento, desde que novos fatos tenham surgido.

V — DIREITOS E DEVERES DO PAI E DA MÃE

O cônjuge privado da guarda dos filhos tem assegurado o direito de visita.

É dever do pai ou da mãe, privado da guarda do filho, prestar alimentos.

Ao cônjuge que tem a guarda caberá a vigilância e educação do filho.

Fixada a pensão alimentícia pelo juiz, esta poderá ser corrigida. Será devida mesmo após a maioridade do filho, até que este conclua os seus estudos, ou quando se tratar de dependente notório.

VI — DA PRESTAÇÃO COMPENSATÓRIA

A prestação compensatória consiste em uma pensão ou capital pago ao outro cônjuge, para reparar materialmente as conseqüências que o fim do casamento acarreta.

A prestação compensatória é estipulada *à forfait*. Sua manutenção é determinada de acordo com as necessidades daquele que a recebe e da situação econômica daquele que a presta. Salvo casos excepcionais, não poderá ser revista.

Essa prestação pode ser expressa em dinheiro e, nesse caso, o capital será de acordo com as necessidades do cônjuge, em três depósitos anuais. Inexistindo capital, a prestação toma a forma de renda. Ela é *indexée*. Com a morte do devedor, o encargo da renda passa a seus herdeiros.

Pode ser também prestada com bens de qualquer natureza (móveis ou imóveis), dos quais o beneficiário terá a fruição, ou ainda rendas sobre valores de produção.

A prestação compensatória não poderá ser concedida ao cônjuge que deu causa ao divórcio, por culpa, ou no caso de divórcio por abandono do lar.

VII — O NOME DA MULHER APOS O DIVÓRCIO

A mulher divorciada retoma, em princípio, o nome de solteira. Se o marido permitir que use o seu sobrenome, poderá conservá-lo.

Poderá, ainda, conservar o sobrenome do marido em caso de divórcio por rompimento de vida em comum, pronunciado a pedido do marido, ou até mesmo em todos os outros casos, mediante autorização do juiz, se a mulher justificar que há interesse particular para ela própria ou dos filhos.

VIII — BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIVERSOS CASOS DE DIVÓRCIO

O divórcio por mútuo consentimento

Aqui, trata-se de divórcio requerido quer por ambos os cônjuges, quer por um deles e aceito pelo outro.

O divórcio por mútuo consentimento a pedido de ambos os cônjuges pode ser requerido no curso dos seis primeiros meses de casamento.

Em caso de divórcio por mútuo consentimento, não há necessidade de os cônjuges, se o pedido for conjunto, darem a conhecer sua causa. Devem somente submeter uma “convenção” à aprovação do juiz. Essa convenção deverá conter disposições concernentes às conseqüências do divórcio: guarda dos filhos, moradia, partilha de bens adquiridos na constância do casamento, montante da pensão alimentícia etc.

Procedimento

O pedido pode ser apresentado quer por advogado comum, quer pelos respectivos advogados dos cônjuges.

O juiz examina o pedido de divórcio com os cônjuges, separadamente. Em seguida, ouve os dois conjuntamente, chamando, logo após, os advogados.

Deve o magistrado verificar se o projeto temporário de convenção, que os cônjuges estabeleceram para vigorar durante o procedimento do divórcio, respeita, em seu todo, o interesse dos filhos e o deles próprios, após o que homologará a convenção. Examina em seguida o projeto definitivo de convenção e poderá propor modificações.

Após um prazo mínimo de três meses, os cônjuges devem voltar perante o juiz para tornar seguro que pretendem, realmente, o divórcio, possibilitando-lhe, assim, homologar a convenção definitiva e decretar o divórcio.

O divórcio pedido por um dos cônjuges e aceito pelo outro

Um dos cônjuges pode pedir o divórcio, tendo em vista fatos que tornam intolerável a vida em comum.

Procedimento

O cônjuge interessado deverá apresentar um requerimento, acompanhado de um memorial, onde relata os fatos que o levam a pedir o divórcio. Nesse memorial, o cônjuge deverá descrever objetivamente a situação conjugal, evitando qualificar os fatos, omitindo a imputação destes a um ou outro.

O outro cônjuge é cientificado desse memorial. Se este o rejeitar, quer expressamente, quer tacitamente, a instância será sobrestada.

Caso um dos cônjuges aceite as alegações que lhe são imputadas pelo outro, são convocados pelo juiz para assuntos matrimoniais para uma audiência de conciliação. Não havendo conciliação, o juiz dá a sentença, estabelecendo que os cônjuges reconheceram que a vida em comum já não mais é possível.

Deverá o juiz julgar, se for o caso, medidas provisórias para a residência separada dos cônjuges, guarda de filhos, o montante da pensão alimentícia.

Os cônjuges ou um deles deve, então, provocar o tribunal para que este decrete o divórcio e se manifeste sobre os seus efeitos. É de se ressaltar que o motivo do divórcio já foi preestabelecido pelo juiz de assuntos matrimoniais.

O divórcio por rompimento de vida em comum

O pedido de divórcio por motivo de rompimento de vida em comum poderá ser formulado por um dos cônjuges quando vivem separados de fato há seis anos ou quando as faculdades mentais de um deles há seis anos encontram-se gravemente alteradas, de modo que façam inexistir qualquer comunidade de vida entre eles, tudo indicando que esta não será reconstituída. Neste último caso, o juiz pode rejeitar *ex officio*

o pedido se o divórcio vier a acarretar conseqüências graves na doença do outro cônjuge.

O cônjuge que pedir o divórcio por rompimento de vida em comum deverá suportar os encargos dele decorrentes.

O juiz poderá exigir do cônjuge garantias a esse respeito, como, por exemplo, depósito recaindo sobre renda.

Se o outro cônjuge estabelecer que o divórcio teria, quer para ele — tendo em vista, sobretudo, sua idade e a duração do casamento —, quer para os filhos, conseqüências materiais e morais de excepcional gravidade, o juiz poderá rejeitar o pedido.

Procedimento

O cônjuge autor da ação apresenta ao juiz pedido, expondo, minuciosamente, como asseguraria, durante e após o divórcio, suas obrigações para com o outro cônjuge e os filhos.

O juiz deve proceder a uma tentativa de conciliação. Não havendo conciliação, decidirá se há medidas provisórias a serem observadas durante a instância e autorizará ao autor citar o outro cônjuge para que compareça ao tribunal.

Quanto a este é que o divórcio será ou não decretado.

Em se tratando de pedido fundado em doença mental do cônjuge, o tribunal só poderá decidir após relatório médico firmado por três peritos médicos oficiais.

O divórcio por culpa de um dos cônjuges

Era a única modalidade de divórcio, existente até então na lei francesa, baseando-se um dos cônjuges na violação grave ou renovada dos deveres e obrigações do casamento, que tornassem intolerável a vida em comum, bem como em condenação criminal.

Procedimento

O cônjuge apresenta petição ao juiz, e este convoca marido e mulher para uma tentativa de conciliação. Inexistindo conciliação, ou se um dos cônjuges estiver ausente, o juiz poderá decidir por uma nova tentativa de conciliação ou autorizar o cônjuge, que apresentou o pedido, a citar o outro perante o tribunal.

Em ambos os casos, o juiz poderá ordenar medidas provisórias necessárias, dizendo respeito à residência separada dos cônjuges, à guarda dos filhos, ao montante da pensão alimentícia etc.

O tribunal, então, examinará o pedido de um ou ambos os cônjuges, podendo estes requerer sejam omitidos no julgamento os motivos do divórcio, tendo em vista a discricção e o apaziguamento.

IX — SEPARAÇÃO DE CORPOS

Os casos de separação de corpos são os mesmos previstos para o divórcio.

X — CONSEQUÊNCIAS DA SEPARAÇÃO DE CORPOS

A mulher conserva o sobrenome do marido, salvo decisão contrária do tribunal.

Em matéria de sucessão, falecendo um dos cônjuges, já separado de corpo, o cônjuge supérstite conserva os direitos que a lei favorece ao cônjuge sobrevivente, salvo quando a separação de corpos for pronunciada contra este.

Em caso de pedido conjunto de separação de corpos, os cônjuges poderão renunciar, mediante convenção, aos direitos sucessórios.

A separação de corpos não apaga o dever de assistência recíproca que têm os cônjuges. A sentença favorável à separação de corpos deve fixar a pensão alimentícia que será devida ao cônjuge, em caso de necessidade.

XI — REGIME MATRIMONIAL

A separação de corpos acarreta a separação de bens do casal.

XII — DA CONVERSÃO EM DIVÓRCIO

Três anos após a separação de corpos, um dos cônjuges poderá obter, mediante simples petição, a conversão da separação de corpos em divórcio. Ressalte-se, todavia, que, se tiver havido pedido conjunto de separação de corpos, e esta tiver sido concedida, somente poderá haver a conversão em divórcio mediante pedido conjunto.

Emenda Constitucional n.º 10

A 18 de agosto de 1977, tendo como primeiros signatários o Senhor Deputado Alexandre Machado e outros e o Senhor Senador Daniel Krieger e outros, foi lida na Sessão do Congresso Nacional a seguinte Proposta de Emenda à Constituição:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 14, DE 1977

Acrescenta parágrafo ao art. 104 da Constituição.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo único — O art. 104 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n.º 6, de 4 de junho de 1976, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte parágrafo:

“§ 6.º — Excetuam-se da vedação do parágrafo anterior os cargos de Secretário Municipal ou Diretor-Geral de autarquia equivalente, desde que o Vereador se licencie do exercício do mandato.”

Justificação

O art. 104, § 5.º, da Constituição Federal, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 6, de 4 de junho de 1976, veda "ao Vereador, no âmbito da administração pública direta ou indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo mediante concurso público, emprego ou função".

A exceção relativa ao cargo de Secretário Municipal não é, a rigor, instituída pela presente Proposta de Emenda Constitucional, que apenas procura inseri-la expressamente no texto do art. 104. Com efeito, é de entender-se decorre ela da simetria, estabelecida pela própria Constituição (cf. arts. 10, item VII, 13 e 200) entre a estruturação política da Federação e a dos Estados federados, simetria que atinge, por reflexo, a dos Municípios.

A Constituição Federal declara, no art. 36 (redação da Emenda Constitucional n.º 3, de 1972), que "não perde o mandato o Deputado ou Senador investido na função de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou Prefeito de Capital", no que estabelece exceção ao art. 34, itens I e II; e no art. 10, item VII, alínea g, proíbe ao Deputado estadual o exercício de cargo, função ou emprego mencionados nos itens I e II do referido art. 34, salvo a função de Secretário de Estado; coerentemente com isto, não devem perder o mandato os Vereadores investidos na função de Secretários Municipais — e algumas Constituições estaduais já inscrevem explicitamente o princípio.

Entendemos que a Proposta inova, propriamente, quando estende a exceção aos cargos de Diretor-Geral de Autarquia, ou equivalente. Justifica, a nosso ver, cabalmente a extensão o fato de corresponderem esses cargos, com frequência crescente, aos de Secretário Municipal, que vêm sendo por eles substituídos, especialmente nas grandes cidades.

A causa dessa substituição é a comprovada inépcia da administração direta em gerir certos setores de capital interesse para a comunidade — assinaladamente os serviços públicos, como água e esgoto; luz, telefone, limpeza pública etc. —, o que tem levado à criação de autarquias para a cobertura de campos antes submetidos a Secretarias Municipais.

Assim, muitas das antigas Secretarias vêm sendo substituídas, com vantagem, por autarquias, cujos dirigentes correspondem, na verdade, aos antigos Secretários Municipais, pelas funções que exercem, de auxiliares do Prefeito na condução político-administrativa do Município. Justo é, pois, sejam considerados como tais, para fins de compatibilidade entre o exercício do cargo e o mandato de Vereador.

Releva lembrar que as proibições dos arts. 34 e 10, VII, g, da Constituição Federal visam à integridade e independência dos órgãos de representação popular, impedindo os representantes de se comprometerem "exercendo certas funções ou praticando determinados atos, de modo a sacrificar sua própria liberdade de ação" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho — *Comentários à Constituição Brasileira* — Saraiva, S. Paulo, 1972 — vol. 1, pág. 222). Não é o caso do parlamentar chamado a exercer as altas funções de Ministro ou Secretário de Estado, cuja investidura os torna em auxiliares do Presidente ou do Governador na direção política do Estado — daí as exceções consubstanciadas nos arts. 36 e 10, VII, g,

in fine, da Constituição Federal. Não é, por plena similaridade das situações, o caso do Vereador convocado à função de Secretário Municipal ou equivalente.

A Emenda ora proposta atende à conveniência de não se impedir aos Vereadores colaborar na administração municipal, com a modernização desta. É justificação bastante para sua adoção pelo Congresso Nacional.

DEPUTADOS: Alexandre Machado — Lomanto Júnior — Viana Neto — Angelino Rosa — Homero Santos — Padre Nobre — Paulino Cicero de Vasconcellos — José Zavaglia — Frederico Brandão — Magnus Guimarães — Henrique Cardoso — Walter Silva — Noide Cerqueira — Henrique Córdova — João Vargas — Alípio Carvalho — Humberto Souto — João Cunha (apoio) — JG de Araújo Jorge — Augusto Trein — Marcos Tito — Jerônimo Santana — José Thomé — José Mandelli — Ary Kffuri — Francisco Libardoni — Tarcísio Delgado — Fernando Coelho — Theobaldo Barbosa — José Ribamar Machado — Daso Coimbra — César Nascimento — Paulo Ferraz — Antônio Annibelli — Alvaro Dias — Nina Ribeiro (apoio) — Hélio Campos — Antônio Pontes — Mário Mondino — Octacílio Queiroz — Arnaldo Lafayette — Odemir Furlan — Ademar Ghisi — Carlos Santos — Jarbas Vasconcelos — Antunes de Oliveira — Pacheco Chaves — Sinval Boaventura — Alacid Nunes — Vasco Neto — Luiz Fernando — Sílvio Abreu Júnior — João Gilberto — Antônio José — Nunes Rocha — Pedro Lauro — Valdomiro Gonçalves — Alceu Collares — Alcir Pimenta — Gamaliel Galvão — Paulo Studart — Gomes da Silva — Francisco Rollemberg — Mauro Sampaio — Januário Feitosa — Brígido Tinoco — Inocêncio Oliveira — Cleverson Teixeira — Luiz Couto — Pedro Lucena — Dayl de Almeida — Joaquim Guerra — Lauro Rodrigues — Ernesto de Marco — Olivir Gabardo — Figueiredo Correia — Célio Marques Fernandes — Walmor de Luca — Mário Moreira — Ernesto Valente — Siqueira Campos — Jorge Arbage — Nasser Almeida — Ferraz Egreja — Joaquim Coutinho — Minoru Miyamoto — Abdon Gonçalves — Iturival Nascimento — Celso Barros — Laerte Vieira — Jorge Moura — Rafael Faraco — Alvaro Valle — Cantídio Sampaio — Gabriel Hermes — Theódulo Albuquerque — Teotônio Neto — Geraldo Freire — Dib Cherem — Antunes de Oliveira — Antônio Carlos de Oliveira — Manoel de Almeida — Passos Pôrto — Raul Bernardo — Milton Steinbruch — Aluizio Paraguassu — Antônio Mota — Yasunori Kunigo — José Costa — Lauro Leitão — Odulfo Domingues — Hydeckel Freitas — Darcílio Ayres — José Haddad — Wilson Falcão — Daniel Silva — Edgar Martins — Juares Bernardes — Parsifal Barroso — Eduardo Galil — Odacir Klein — Freitas Nobre — Noberto Schmidt — João Linhares — Adhemar Santillo — Minoru Massuda — Florim Coutinho — Antônio Ferreira — Joaquim Bevilacqua — Cotta Barbosa — Pedro Faria — Ruy Lino — Paes de Andrade — Carlos Alberto de Oliveira — Vieira da Silva — Hélio de Almeida — Blota Júnior — Claudino Sales — Salvador Julianelli — Rosa Flores — Rui Bacelar — Murilo Badaró — Israel Dias-Novae — Joel Lima — Pinheiro Machado — Norton Macedo — João Clímaco — Luiz Braz — Henrique Prettl.

SENADORES: Daniel Krieger — Accioly Filho — Otto Lehmann — Ruy Santos — Luiz Cavalcante — Dinarte Mariz — Luiz Viana — Alexandre Costa — Mattos Leão — Vasconcelos Torres — Saldanha Derzi — Helvidio Nunes — Renato Franco — Braga Júnior — Lázaro Barboza — Mendes Canale — Evelásio Vieira — Dirceu Cardoso — Benjamim Farah — Evandro Carreira — Leite Chaves — Danton Jobim.

O SR. PRESIDENTE (José Lindoso) — De acordo com as indicações das Lideranças, fica assim constituída a Comissão Mista incumbida de emitir parecer sobre a matéria:

Pela Aliança Renovadora Nacional — Senadores Altevir Leal, Braga Júnior, Cattete Pinheiro, Renato Franco, Domicio Gondim, Luiz Cavalcante, Ruy Santos, Osires Teixeira e os Srs. Deputados Alexandre Machado, Josias Leite, Siqueira Campos, Henrique Brito, Humberto Souto e Luiz Braz.

Pelo Movimento Democrático Brasileiro — Senadores Danton Jobim, Adalberto Sena, Nelson Carneiro e os Srs. Deputados Aloisio Santos, Aldo Fagundes, Frederico Brandão, Renato Azeredo e Tarcisio Delgado.

O SR. PRESIDENTE (José Lindoso) — A Comissão, nos termos do artigo 74 do Regimento Comum, terá o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar o parecer.

— Perante a Comissão Mista, poderão ser apresentadas emendas, no prazo de oito dias a contar de sua instalação, com o mesmo número de assinaturas previsto para a apresentação da Proposta.

Publicada no DCN — Sessão Conjunta — 19-8-77 — pág. 2003.

A 16 de setembro de 1977, foi lido e deferido, na Sessão do Congresso Nacional, o seguinte officio da Comissão Mista designada para emitir parecer sobre a matéria:

Excelentíssimo Senhor
Senador Petrônio Portella
DD. Presidente do Congresso Nacional

Em 16 de setembro de 1977.

Senhor Presidente

Na qualidade de Presidente da Comissão Mista do Congresso Nacional, incumbida de estudo e parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 14, de 1977 (CN), que “acrescenta parágrafo ao artigo 104 da Constituição”, solicito a Vossa Excelência, prorrogação por mais 15 (quinze) dias do prazo concedido a este órgão para apresentação de seu parecer, a partir do dia 18-9-77.

Outrossim, esclareço, que tal pedido se justifica pela importância da matéria objeto de estudo e que está a exigir do Excelentíssimo Senhor Relator, Senador Osires Teixeira, um prazo mais dilatado para elaboração do seu parecer.

Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência os protestos de estima e consideração. — Deputado Aloisio Santos, Presidente.

Publicado no DCN — Sessão Conjunta — 17-9-77 — pág. 2462.

A 21 de setembro de 1977, a Comissão Mista designada apresentou o seguinte parecer:

PARECER N.º 98, DE 1977-CN

Da Comissão Mista do Congresso Nacional incumbida de estudo e parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 14/77, que “acrescenta parágrafo ao art. 104 da Constituição”.

Relator: Senador Osires Teixeira.

Propõe o ilustre Deputado Alexandre Machado o acréscimo de um parágrafo ao art. 104 da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Cons-

titucional n.º 6, de 1976, disciplinando o exercício de mandato legislativo por servidores públicos federais, ou municipais, nos seguintes termos:

“§ 6.º — Excetuam-se da vedação do parágrafo anterior os cargos de secretário municipal ou diretor-geral de autarquia equivalente desde que o Vereador se licencie do exercício.”

O § 5.º, que se pretende excepcionar, veda ao vereador, “no âmbito da administração pública direta ou indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo mediante concurso público, emprego ou função”.

Alega, em sua justificação, o Autor da proposta, que apenas coloca no texto constitucional matéria defluente do princípio de “simetria”, consignada nos arts. 10, item VII, 13 e 200, “entre a estruturação política da Federação e a dos Estados federados, simetria que atinge, por reflexo, a dos Municípios”.

Assim, no item VII do art. 10, ressalva-se que o Deputado Estadual pode exercer, sem perda de mandato, as funções de Secretário de Estado.

Ademais, manda o art. 13 que os Estados se organizem e rejam por suas Constituições e leis, ressalvado o princípio mencionado no item VII do art. 10, enquanto o art. 200 consigna:

“As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direlto constitucional legislado dos Estados.”

Entretanto, a combinação desses incisos constitucionais não obriga o legislador constituinte estadual a assemelhar o Vereador ao Deputado, nem o Secretário de Estado ao Secretário Municipal. E se alguma Constituição Estadual inscreveu esse princípio, o fez, não por obrigada, pelo art. 200 da Lei Maior, a essa simetria, senão atendendo à sua autonomia constituinte.

Entretanto, desde a aprovação da Emenda Constitucional n.º 6, de 1976, tal declaração de qualquer Constituição Estadual estaria ultrapassando a vedação consignada no § 5.º do art. 104 da Constituição.

Por isso mesmo, a proposta sob nosso exame busca permitir que os vereadores, desde que se licenciem desse mandato, exerçam cargos de secretário municipal ou diretor-geral de autarquia equivalente.

A minguada de definição do que se entenda, no texto, pela expressão “autarquia equivalente”, diz o Autor, na justificação:

“Justifica, a nosso ver, cabalmente a extensão o fato de corresponderem esses cargos, com freqüência crescente, aos de Secretário Municipal, que vêm sendo por eles substituídos, especialmente nas grandes cidades.”

Mas, logo depois, o Autor adverte que essas autarquias têm sido criadas para a “cobertura de campos antes submetidos a Secretarias Municipais”.

Como o Autor argumenta no campo da analogia, cabe salientar a existência, no plano federal, de autarquias vinculadas a Ministérios, como, também, no plano estadual, outras subordinadas a Secretarias de Estado.

Ademais, vejamos o que dizem os arts. 34 e 35 da Constituição, na matéria pertinente ao objeto da presente Proposta de Emenda à Constituição:

“Art. 34 — Os Deputados e Senadores não poderão:

I — desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado nas entidades constantes da alínea anterior;

II — desde a posse:

a)

b) ocupar cargo, função ou emprego, de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas na alínea a do item I.

c)

d)

Art. 35 — Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I — que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

.....”

Donde se conclui que, aprovada a proposta sob o nosso exame, estaria sendo contrariada a pretendida “simetria”, podendo o Vereador exercer, no âmbito Municipal, cargos vedados aos Deputados e Senadores, tanto no plano federal, como nos planos estadual e municipal.

Portanto, a pretendida emenda atinge a própria sistemática constitucional, estabelecendo uma exceção inaceitável, ademais porque contraria o próprio princípio da “simetria”, em que se pretende apolar.

Dá por que os mesmos argumentos da justificação nos levam a opinar pela rejeição da Proposta de Emenda à Constituição n.º 14, de 1977, apesar dos seus objetivos, porque contrária à sistemática estatuída nos arts. 34 e 35 da Constituição.

Sala das Comissões, 21 de setembro de 1977. — Deputado **Henrique Brito**, Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Senador **Osires Teixeira**, Relator — Senador **Ruy Santos** — Senador **Lourival Baptista** — Senador **Dinarte Mariz** — Senador **Nelson Carneiro**, com o seguinte voto. Se a Emenda se referisse apenas a Secretários Municipais, meu voto seria pela aprovação. Nos termos em que está redigida, voto por sua rejeição — Senador **Heitor Dias** — Senador **Luiz Cavalcante** — Senador **Adalberto Sena** — Senador **Danton Jobim** — Senador **Murilo Paraíso** — Senador **Renato Franco**.

Publicado no DCN — Sessão Conjunta — 24-9-77 — pág. 2523

A 8 de novembro de 1977, foi realizada Sessão Conjunta do Congresso Nacional destinada à apreciação da Proposta de Emenda à Cons-

tituição nº 14, de 1977, que acrescenta parágrafo ao artigo 104 da Constituição:

Discussão, em Primeiro Turno — Encerrada sem debates.

Votação — É lido **Requerimento nº 63, de 1977-CN**, de autoria do **Senador Eurico Rezende**, de destaque para rejeição da expressão “ou Diretor-Geral da autarquia equivalente”, constante da Proposta.

Votação da proposta, sem prejuízo do destaque requerido — Votaram SIM 224 Srs. Congressistas. Não houve voto contrário. **Aprovada.**

Votação do Requerimento nº 63/77-CN — Votaram SIM 226 Srs. Congressistas. **Aprovado**, ficando, portanto, **rejeitada a expressão “ou Diretor-Geral de autarquia equivalente”.**

A matéria volta à Comissão Mista, a fim de ser elaborada a redação para o segundo turno.

Publicada no DCN — Sessão Conjunta — 9-11-77 —pág. 3057.

A 9 de novembro de 1977, a Comissão Mista, através do **Parecer nº 190, de 1977 (CN)**, tendo como Relator o Sr. Senador Osires Teixeira, ofereceu a seguinte redação para 2º turno, da Proposta de Emenda à Constituição nº 14, de 1977 (CN):

P A R E C E R

A Comissão Mista do Congresso Nacional, designada para emitir parecer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 14, de 1977 (CN), que “acrescenta parágrafo ao art. 104 da Constituição”, oferece, em anexo, a redação para 2.º turno, da referida proposição, dela, conforme deliberação do Plenário, excluindo a expressão “ou Diretor-Geral de autarquia equivalente”.

Sala das Comissões, em 9 de novembro de 1977. — Deputado **Henrique Brito**, Vice-Presidente, no exercício da Presidência — Senador **Osires Teixeira**, Relator — Senador **Ruy Santos** — Senador **Renato Franco** — Senador **Adalberto Sena** — Senador **Lourival Baptista** — Senador **Luiz Cavalcante** — Deputado **Alexandre Machado** — Senador **Heitor Dias** — Deputado **Tarcisio Delgado** — Deputado **Luiz Braz** — Deputado **Frederico Brandão** — Deputado **Humberto Souto**.

ANEXO AO PARECER N.º 190, DE 1977 — CN

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º ...

Acrescenta parágrafo ao art. 104 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo único — O art. 104 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n.º 6, de 4 de junho de 1976, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte parágrafo:

“§ 6.º — Excetua-se da vedação do parágrafo anterior o cargo de Secretário Municipal, desde que o Vereador se licencie do exercício do mandato.”

Publicado no DCN — Sessão Conjunta — 10-11-77 — pág. 3061.

A 10 de novembro de 1977, foi realizada Sessão Conjunta destinada à apreciação da Proposta em segundo turno:

Discussão, em segundo turno — Encerrada sem debates.

Votação da Proposta — Votaram SIM 272 Srs. Congressistas. Não houve voto contrário. Aprovada.

A Presidência comunica que oportunamente convocará Sessão Conjunta para promulgação da Emenda Constitucional ora aprovada.

Publicada no DCN — Sessão Conjunta — 11-11-77 — pág. 3090.

A 14 de novembro de 1977, foi realizada Sessão Solene destinada à promulgação da Emenda à Constituição que acrescenta parágrafo ao art. 104 da Constituição:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 10

Acrescenta parágrafo ao art. 104 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Artigo único — O art. 104 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n.º 6, de 4 de junho de 1976, passa a vigorar com o acréscimo do seguinte parágrafo:

“§ 6.º — Excetua-se da vedação do parágrafo anterior o cargo de Secretário Municipal, desde que o Vereador se licencie do exercício do mandato.”

Brasília, em 14 de novembro de 1977.

A MESA DA CAMARA DOS DEPUTADOS: Marco Maciel, Presidente — João Linhares, 1.º-Vice-Presidente — Adhemar Santillo, 2.º-Vice-Presidente — Djalma Bessa, 1.º-Secretário — Jader Barbalho, 2.º-Secretário — João Clímaco, 3.º-Secretário — José Camargo, 4.º-Secretário.

A MESA DO SENADO FEDERAL: Petrônio Portella, Presidente — José Lindoso, 1.º-Vice-Presidente — Amaral Peixoto, 2.º-Vice-Presidente — Antonio Mendes Canale, 1º-Secretário — Mauro Benevides, 2º-Secretário — Henrique de La Rocque, 3.º-Secretário — Renato Franco, 4.º-Secretário.

Publicada no DCN — Sessão Conjunta — 15-11-77 — pág. 3132.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

	Cr\$
— n ^o 1 (março/1964)	10,00
— n ^o 2 (junho/1964)	esgotada
— n ^o 3 (setembro/1964)	”
— n ^o 4 (dezembro/1964)	”
— n ^o 5 (março/1965)	”
— n ^o 6 (junho/1965)	”
— n ^o 7 (setembro/1965)	”
— n ^o 8 (dezembro/1965)	”
— n ^o 9 (março/1966)	”
— n ^o 10 (junho/1966) (reimpressão)	30,00
— n ^o 11 (setembro/1966)	esgotada
— n ^o 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão)	25,00
— n. ^{os} 13 e 14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão)	15,00
— n. ^{os} 15 e 16 (julho a dezembro/1967)	esgotada
— n ^o 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão)	20,00
— n ^o 18 (abril a junho/1968) (reimpressão)	30,00
— n ^o 19 (julho a setembro/1968)	10,00
— n ^o 20 (outubro a dezembro/1968)	10,00
— n ^o 21 (janeiro a março/1969)	10,00
— n ^o 22 (abril a junho/1969)	esgotada
— n ^o 23 (julho a setembro/1969)	10,00
— n ^o 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão)	esgotada
— n ^o 25 (janeiro a março/1970)	esgotada

	Cr\$
- nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão)	20,00
- nº 27 (julho a setembro/1970)	esgotada
- nº 28 (outubro a dezembro/1970)	esgotada
- nº 29 (janeiro a março/1971)	esgotada
- nº 30 (abril a junho/1971)	15,00
- nº 31 (julho a setembro/1971)	15,00
- nº 32 (outubro a dezembro/1971)	15,00
- nº 33 (janeiro a março/1972)	15,00
- nº 34 (abril a junho/1972)	15,00
- nº 35 (julho a setembro/1972)	15,00
- nº 36 (outubro a dezembro/1972)	15,00
- nº 37 (janeiro a março/1973)	20,00
- nº 38 (abril a junho/1973)	25,00
- nº 39 (julho a setembro/1973)	25,00
- nº 40 (outubro a dezembro/1973)	20,00
- nº 41 (janeiro a março/1974)	15,00
- nº 42 (abril a junho/1974)	25,00
- nº 43 (julho a setembro/1974)	35,00
- nº 44 (outubro a dezembro/1974)	20,00
- nº 45 (janeiro a março/1975)	30,00
- nº 46 (abril a junho/1975)	30,00
- nº 47 (julho a setembro/1975)	30,00
- nº 48 (outubro a dezembro/1975)	30,00
- nº 49 (janeiro a março/1976)	30,00
- nº 50 (abril a junho/1976)	30,00
- nº 51 (julho a setembro/1976)	30,00
- nº 52 (outubro a dezembro/1976)	30,00
- nº 53 (janeiro a março/1977)	30,00
- nº 54 (abril a junho/1977)	30,00
- nº 55 (julho a setembro/1977)	30,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA –
NÚMEROS 1 a 50” – enviaremos gratuitamente a quem
nos solicitar.

“JORNALISMO” – LEGISLAÇÃO (1963) esgotada

“DIREITO ELEITORAL”

– Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963) esgotada

“REFORMA AGRÁRIA”

– Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de
Emenda à Constituição, mensagens presidenciais, legisla-
ção (1963)

– Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)

– Debates parlamentares – Senado Federal (1963) esgotada

“DIREITO DE GREVE” (Edição de 1964)

- Histórico do Direito de Greve no Brasil
- Constituinte de 1946
- Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional
- Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64
- Jurisprudência dos Tribunais
- Pareceres da Consultoria-Geral da República esgotada

“VENDAS E CONSIGNAÇÕES” (Edição de 1965)

- Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na *Revista de Informação Legislativa* n.ºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) esgotada

“LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO”

- Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) – legislação correlata – 4 volumes esgotada
- Atos Institucionais – Atos Complementares – Decretos-Leis e legislação citada ou revogada – Índices cronológico e por assunto – Governo do Presidente Costa e Silva – dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente Emílio G. Médici:
 - 1º volume, contendo 268 páginas
 - Atos Institucionais n.ºs 1 a 4
 - Atos Complementares n.ºs 1 a 37
 - Decretos-Leis n.ºs 319 a 347 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada
 - 2º volume, contendo 314 páginas
 - Ato Institucional nº 5
 - Atos Complementares n.ºs 38 a 40
 - Decretos-Leis n.ºs 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada
 - 3º volume, contendo 304 páginas
 - Atos Institucionais n.ºs 6 e 7
 - Atos Complementares n.ºs 41 a 50
 - Decretos-Leis n.ºs 410 a 480 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto esgotada

- 4º volume, contendo 490 páginas
 Atos Institucionais n.ºs 8 e 9
 Ato Complementar n.º 51
 Decretos-Leis n.ºs 481 a 563 e legislação citada, com
 índices cronológico e por assunto esgotada
- 5º volume, contendo 336 páginas
 Ato Institucional n.º 10
 Atos Complementares n.ºs 52 a 56
 Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com
 índices cronológico e por assunto 15,00
- 6º volume, contendo 488 páginas
 Ato Institucional n.º 11
 Atos Complementares n.ºs 57 a 62
 Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com
 índices cronológico e por assunto 25,00
- 7º volume, contendo 290 páginas
 Emenda Constitucional n.º 1
 Atos Institucionais n.ºs 12 a 17
 Atos Complementares n.ºs 63 a 77
 Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com
 índices cronológico e por assunto 15,00
- 8º volume, contendo 318 páginas
 Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com
 índices cronológico e por assunto 15,00
- 9º volume, contendo 364 páginas
 Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada,
 com índices cronológico e por assunto 25,00
- 10º volume, contendo 386 páginas
 Decreto-Lei n.º 1.001, de 21-10-1969
 Código Penal Militar, com índices remissivo e por
 assunto 30,00
- 11º volume, contendo 503 páginas
 Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003
 Código de Processo Penal Militar e Lei de Organi-
 zação Judiciária Militar, com índices remissivo e por
 assunto 35,00
- 12º volume, contendo 309 páginas
 Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada,
 com índices cronológico e por assunto 25,00

	Cr\$
– 13º volume, contendo 406 páginas Atos Complementares n.ºs 78 a 94 Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 14º volume, contendo 487 páginas Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	30,00
– 15º volume, contendo 247 páginas Atos Complementares n.ºs 95 a 97 Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto	20,00
– 16º volume, contendo 424 páginas Atos Complementares n.ºs 98 e 99 Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto. Obs.: este volume contém um índice geral das duas coleções, a partir do Decreto-Lei n.º 1/65	40,00
 “ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) (Edição de 1966)	
– <i>Quadro Comparativo</i> : Projeto de Constituição remetido ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constitui- ção de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos e itens	esgotada
 “ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”	
– 1º volume – Antecedentes da Constituição através do no- ticiário da imprensa	
– 2º volume – Primeira fase de tramitação do projeto de Constituição no Congresso Nacional – Discussão e Vota- ção do Projeto	
– 3º volume – Discursos pronunciados em sessões do Sena- do Federal e da Câmara dos Deputados	
– 4º volume (2 tomos) – Segunda fase de tramitação do Projeto de Constituição no Congresso Nacional	
– 5º volume – Comissão Mista	
– 6º volume (2 tomos) – Emendas oferecidas ao Projeto de Constituição	
– 7º volume – Quadro Comparativo da Constituição de 1967 – Projeto originário do Poder Executivo – Emendas aprovadas (artigo por artigo)	120,00

"REFORMA AGRÁRIA" (3 tomos) (Edição de 1969)

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginalia (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas

45,00

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"

— **QUADRO COMPARATIVO (2ª edição)**

30,00

Contém, compara-
das em todos os
artigos:

Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69; nº 2, de 9-5-72; nº 3, de 15-6-72; nº 4, de 23-4-75; nº 5, de 28-6-75; nº 6, de 4-6-76; nº 7, de 13-4-77; e nº 8, de 14-4-77.

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais n.ºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional nº 6/69).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

"O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL" (Edição de 1970)

- Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970

15,00

"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos — profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971)

esgotada

"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS (Edição de 1971)

- Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos)

45,00

"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1971)	
– Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 – "Lei Orgânica dos Partidos Políticos"	esgotada
"LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR"	
(Edição de 1972)	
contendo:	
– Emendas Constitucionais – Atos Institucionais – Atos Complementares – Leis Complementares.	
– Legislação citada – sinopse (com suplementos: I, de 1973; II, de 1974; III, de 1975; IV, de 1976; e V, de 1977)	40,00
"PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1974)	
– Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 – "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 – "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 – Lei Orgâ- nica dos Partidos Políticos"	70,00
"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (2ª edição, revista e atualizada – 1974)	
– Textos legais, instruções do TSE, quadro comparativo (Leis n.ºs 5.682/71 e 4.740/65, com suas alterações)	20,00
Suplemento de outubro de 1976	20,00
"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Edição de 1974) – Histórico (3 volumes)	
– 1º volume (3 tomos)	
– Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "ins- titui o Código de Processo Civil" (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)	
– 2º volume (2 tomos)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 – Pro- jeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 – Proje- to do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 – Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)	
– 3º volume	
– Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que "reti- fica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil"	

	Cr\$
<ul style="list-style-type: none"> — Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona” — Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona” 	
Preço da coleção	180,00
“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> — Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal” 	45,00
“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> — Quadro Comparativo (Novo Código Penal — Código Penal de 1940) — Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata) — Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) 	esgotada
“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> — Lei Orgânica da Previdência Social atualizada — Notas — Remissões — Comparações — Regulamentações — Jurisprudência Administrativa — Ementário de legislação 	20,00
“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> — Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que “altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências” (2 tomos) 	70,00
“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (Edição de 1974)	
<ul style="list-style-type: none"> — Texto atualizado da CLT — Comparação com o texto original e alterações — Legislação correlata — Notas 	esgotada
“REFORMA ADMINISTRATIVA” (2ª edição — 1976)	
<ul style="list-style-type: none"> — Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações — Legislação: alteradora, citada e correlata — Legislação de Pessoal 	40,00

	Cr\$
"PROCESSO LEGISLATIVO" (2ª edição – 1976)	
– Aspectos Fundamentais	
– Emenda Constitucional nº 1	
– Regimento do Congresso Nacional	
– Regimento do Senado Federal	
– Regimento da Câmara dos Deputados	15,00
"DIREITO FINANCEIRO" (2ª edição – 1976)	
– Lei nº 4.320, de 17-3-64	
– Diretrizes de Interpretação	
– Regulamentação	
– Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta – Portaria nº 61/73, da Inspeção-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75)	20,00
"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" – Quadro Comparativo Anotado (2 volumes)	
– 1º volume	
– Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)	
– 2º volume – Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo:	
– legislação correlata;	
– jurisprudência;	
– doutrina;	
– emendas aprovadas pelo Congresso Nacional;	
– Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid;	
– legislação estrangeira; e	
– remissões.	
Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.869, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73	70,00
"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"	
– Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 tomos) 2ª edição (julho de 1977)	150,00

	Cr\$
"LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS" (edição 1976)	
— Textos atualizados em vigor das Leis Orgânicas Municipais dos Estados da Federação Brasileira. Índice e notas (2 tomos)	100,00
"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"	
— Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos)	150,00
"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" (3ª edição – 1978) (formato bolso)	
— Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-6-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; 8, de 14-4-77; 9, de 28-6-77 e 10, de 14-11-77	no prelo
"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"	
— Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda	70,00
"SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS"	80,00
— Quadros comparativos anotados	
— 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76 Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40	
— 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76 Lei nº 4.728, de 14-7-65	
"CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL" (atualizado)	no prelo
PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA	
"REGIMENTO INTERNO" (edição 1976)	
— Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976	15,00

REEMBOLSO POSTAL

Peça o **Catálogo de Publicações** da Subsecretaria de Edições Técnicas. Escolha as publicações de seu interesse, preencha o cartão-resposta-comercial e remeta-o pelo Correio. Não é preciso selar.

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.160