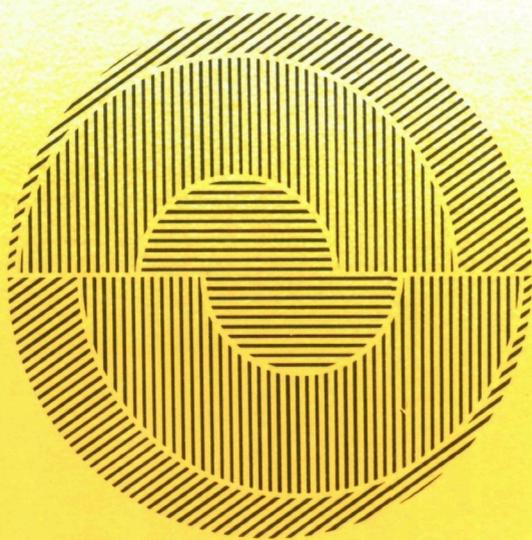


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1987

ANO 24 • NÚMERO 93

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 24 n. 93 — janeiro/março 1987

**Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal**

Fundadores:

**Senador AURO MOURA ANDRADE
Presidente do Senado Federal
(1961-1967)**

**Dr. ISAAC BROWN
Secretário-Geral da Presidência
do Senado Federal
(1946-1967)**

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de GAETANO RÉ

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 24	n. 93	jan./mar. 1987
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Preço deste exemplar: Cz\$ 40,00

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964- 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

	Pág.
ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE	
Instalação — <i>Ministro José Carlos Moreira Alves</i>	5
COLABORAÇÃO	
A Constituição brasileira de 1934 e seus reflexos na atualidade — <i>Pinto Ferreira</i>	15
Excessos da instabilidade constitucional — <i>Cláudio Pacheco</i>	31
Bicameralismo ou unicameralismo? — <i>Alaor Barbosa</i>	37
Origem, conceito, tipos de Constituição, Poder Constituinte e história das Constituições brasileiras — <i>Carlos Roberto Ramos</i>	65
Liberdades públicas — <i>Geraldo Ataliba</i>	99
O partido político na Constituição — <i>Ronaldo Poletti</i>	105
O Ministério Público na Constituição — proposta de enquadramento — <i>José Dilermando Meireles</i>	117
Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF — <i>Ruy Carlos de Barros Monteiro</i>	139
A concepção cristã da propriedade e sua função social — <i>A. Machado Paupério</i>	213
A Justiça Agrária na Constituinte de 87 — <i>Otávio Mendonça</i>	229
Justiça Agrária: proposta à Assembléia Nacional Constituinte — <i>Wellington dos Mendes Lopes</i>	243
A natureza especial da Justiça do Trabalho e sua origem democrática — <i>Júlio César do Prado Leite</i>	257
A proteção jurídica das comunidades indígenas do Brasil — <i>Antônio Sebastião de Lima</i>	267
O controle dos contratos administrativos. Questões constitucionais — <i>José Eduardo Sabo Paes</i>	283
Do regime jurídico dos encargos moratórios no sistema financeiro após a reforma monetária — <i>Arnoldo Wald</i>	295
Regulamentação do Estudo de Impacto Ambiental — <i>Paulo Affonso Leme Machado</i>	329
PUBLICAÇÕES	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	339

Assembléia Nacional Constituinte

INSTALAÇÃO

MINISTRO JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES
Presidente do Supremo Tribunal Federal

Instala-se, hoje, a Assembléia Nacional Constituinte.

A Emenda Constitucional, que a convocou, estabeleceu, também, que este ato solene se realizasse sob a direção do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em homenagem ao Poder Judiciário. Reservou-me o destino, no imponderável de suas imprevisões, a ventura de ocupar esse cargo, e de, por isso, presidir a esta sessão histórica. Será dispensável dizer da honra que sinto por fazê-lo.

De há muito se encontra no pensamento jurídico o postulado da supremacia de normas fundamentais. Sob formas diversas, ele já existe na Idade Média. A distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino remonta, quando menos, ao século XV. A elas, no último quartel da centúria seguinte, se referia DE HARLAY, que assim as caracterizou, dirigindo-se a HENRIQUE III: "Temos, senhor, duas espécies de leis: umas são as ordenanças de nossos reis, que podem alterar-se conforme a diversidade dos tempos e dos negócios; outras são as ordenanças do reino, que são invioláveis, e

pelas quais vós subistes ao trono, e esta coroa foi conservada por vossos predecessores." Na Inglaterra, no limiar do século XVII, COKE, afastando-se da tradição inglesa de que o Parlamento é soberano, sustenta a supremacia do Common Law — o direito geral — sobre os poderes do rei. No fundo, a idéia essencial da limitação do poder, a manifestar-se com a afirmação da primazia do direito, então basicamente o direito consuetudinário e não o direito legal. Não se tratava, ainda, da preponderância de certas normas sobre outras, pela hierarquização de todas, mas, sim, do primado do direito sobre o poder. É ao jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII que se deve a concepção de que existem normas superiores e inferiores: os princípios do direito natural se sobrepõem aos do direito comum. A par disso, é nesses séculos que se trava a luta política do liberalismo contra o absolutismo, nascido este da destruição do sistema feudal com a concentração do poder na pessoa do rei. Reaviva-se a idéia bem antiga de que a fonte verdadeira do poder é a comunidade. Exalta-se o indivíduo, e se tem como fundamento do governo o contrato social, a significar que ele se estriba no consenso da nação, e só assim se legitima. O jusnaturalismo pós-medieval e o liberalismo acordam em que o direito escrito é a conditio sine qua non das liberdades. O postulado da infalibilidade da lei surge com a Revolução francesa. Pouco antes, a Revolução americana dava, como frutos, a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e o federalismo; naquela, para a viabilidade deste, o artigo VI consagrava a supremacia das normas jurídicas federais sobre as estaduais. Na França, a primazia da Constituição vem do abade SIEYÈS, que, tendo-a como "lei fundamental", adverte que os corpos políticos, cuja existência e competência a ela se devem, não podem alterá-la. Com isso, tem-se o fenômeno da passagem do primado do direito sobre o poder ao do primado da Constituição sobre os poderes constituídos, o que conduz, afinal, à supremacia do direito escrito. Daí resulta o paradoxo de uma das conseqüências do Estado liberal. O liberalismo é legalista pela exaltação à lei como reação ao absolutismo. Postula ele a redução da interferência do Estado, mas, ao mesmo tempo, por cultivar a lei, a supervaloriza, e permite, assim, que, à sua revelia, medre a tendência ao estadismo. O direito transcende o costume que surge espontâneo no seio da sociedade, e passa a ser o conjunto de normas produzidas pelo Estado. Implanta-se o positivismo antijusnaturalista, alterando-se a postura do direito natural, que deixa de ser o fundamento do direito positivo, para transformar-se em elemento de con-

testação da ordem jurídica, nos pontos em que dela diverge. Ademais, acirra-se a contraposição — que vem de tempos longínquos — entre legitimidade e legalidade.

É dos fins do século XVIII a primeira Constituição escrita: a americana. Constituição sintética, de conteúdo estritamente político e limitado às leis estruturais do Estado, cria a federação e o presidencialismo, mas não alude aos direitos individuais. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão somente em agosto de 1789 foi aprovada pela Assembléia Nacional francesa. É o primeiro texto positivo em que propriamente se enumeram os direitos do indivíduo. As dez emendas iniciais à Constituição americana, que compõem seu Bill of Rights, lhe são posteriores: propostas em setembro de 1789, sua ratificação se completou em dezembro de 1791.

As várias Constituições que se elaboraram dessa época até o fim da primeira guerra mundial têm conteúdo eminentemente político, e são, em verdade, instrumentos do liberalismo, cujo espírito está bem caracterizado no célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade em que não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos Poderes, não tem Constituição.” Ao longo desse período, não prospera a inovação da Constituição francesa dos Jacobinos, de junho de 1793, no sentido de se inserirem, no texto constitucional, direitos sociais, como o direito ao trabalho ou o direito à educação.

Já no intervalo que medeia entre as duas grandes guerras mundiais, surgem diversas Constituições, das quais a maioria é democrática, e tende à racionalização do poder. Em muitas — como sucede, pela primeira vez, com a Constituição de Weimar, de 1919 —, ao lado dos direitos individuais se incluem os direitos sociais. Destas, não poucas são acentuadamente teóricas, redigidas principalmente por ilustres constitucionalistas, e, por isso, denominadas “Constituições de Professores”. Apesar de sua apurada técnica, número apreciável delas não resiste às difíceis condições européias do após-guerra.

A partir do término da segunda conflagração mundial, as novas Constituições dos países do Ocidente permanecem fiéis ao modelo tradicional, dando, porém, ênfase às questões sociais; e, na Europa centro-oriental, os diferentes Estados socialistas elaboram Constituições de democracia

marxista ou socialista, com acentuada função ideológica, e sem admitirem — com exceção da iugoslava — o controle da constitucionalidade das leis ordinárias.

Universalizou-se, assim, a Constituição escrita, adotada que é, nos dias que correm, pela quase totalidade dos Estados.

Embora variem as ideologias em que se apóiam as diversas Constituições, e visem estas, precipuamente, à estrutura e limitação do poder, ou à expressão e consolidação das instituições essenciais ao regime sócio-econômico e político, o só fenômeno da universalização da Constituição escrita dá a medida de sua importância no mundo contemporâneo.

É certo que esse fenômeno ocorre no momento em que as Constituições perderam sua força mítica perante o homem comum, para o qual foram, outrora, um ideal. Mas as causas preponderantes desse desprestígio, que também se universalizou nos tempos presentes, resultam menos de falhas na elaboração delas do que de contingências em sua aplicação, agravadas pelos problemas da civilização moderna. Com efeito, por um lado, sofre a Constituição desgaste com a falta de rigorosa observância de seus textos pelos detentores do poder, que, muitas vezes, não tergiversam em praticar atos inconstitucionais, confiados em que seus objetivos políticos ou econômicos serão atingidos graças à inércia da maioria dos prejudicados, ou ao emperramento insito à mecânica dos sistemas de controle de constitucionalidade. De outra parte, houve a diminuição de seu significado para o homem do povo, que se desinteressou até de conhecê-la, o que, de certa forma, inspirou o Constituinte de Weimar a preceituar que, no término do período de escolaridade, cada aluno deveria receber um exemplar da Constituição alemã de 1919. São candentes de verdade estas palavras de LOEWENSTEIN:

“A massa do povo é suficientemente lúcida para reclamar um mínimo de justiça social e de segurança econômica. Porém, nem a mais perfeita Constituição está em situação de satisfazer essas aspirações, por mais pretensioso que possa ser o catálogo dos direitos fundamentais econômicos e sociais. A Constituição não pode solver o abismo entre a pobreza e a riqueza; não pode trazer comida, nem casa, nem roupa, nem educação, nem

descanso, ou seja, as necessidades essenciais da vida.”

Tais observações, retiradas da realidade da dinâmica constitucional, servem para afastar a idéia ingênua — que a esperança reacende todas as vezes que se redige nova Constituição — de que a Lei Fundamental, se convenientemente elaborada, será o remédio de todos os males, a solução de todos os problemas. Não invalidam, porém, a importância real da Constituição escrita para o Estado moderno.

A Constituição é um instrumento. Um instrumento pelo qual o Estado liberal disciplina os princípios cardiais do liberalismo: o da liberdade política e o da separação dos Poderes. Um instrumento pelo qual o Estado social, de índole democrática, regula o direito ao trabalho, à previdência, à educação, bem como estabelece os moldes de sua intervenção no domínio econômico, sem, no entanto, concorrer com os indivíduos. Um instrumento, enfim, pelo qual o Estado socialista reduz drasticamente, ou elimina, a iniciativa privada no concernente aos meios de produção, e disciplina as instituições sócio-econômicas e políticas desse regime e a posição dos cidadãos na sociedade assim estruturada.

Se a defeituosa aplicação desse instrumento tem acarretado o seu desprestígio junto ao homem comum, nem por isso deixa ele de ser necessário ao complexo Estado dos tempos modernos, e até imprescindível aos de modelo federativo, que pressupõe a rigorosa divisão de competência entre os níveis de governo que os integram.

Se nesse instrumento não se encontram os meios mais apropriados para que se enfrentem os problemas políticos, sociais e econômicos do País, sobrevêm as crises, e, não raro, a ruptura da normalidade constitucional.

São conhecidos os percalços decorrentes das falhas de nossas Constituições republicanas.

A primeira delas — a de 1891 — deu causa, desde o nascedouro, a sucessão de graves crises que levaram à Reforma Constitucional de 1926, e que, pouco depois, culminaram com a Revolução de 1930. Em 1891, tivemos uma Constituição que tomou a americana por modelo, sem, no entanto, lhe ser cópia fiel. De inspiração fundamentalmente liberal, não se lhe pode imputar o defeito de haver ignorado os problemas sociais e econômicos, porquanto, nisso, seguiu a linha

da generalidade das Constituições de seu tempo, que não os entendiam essenciais à estrutura jurídica e política do Estado. Mas falhou em pontos fundamentais, especialmente por omissão: ausência do rol dos princípios constitucionais federais sensíveis, ausência de disciplina rígida para a intervenção federal nos Estados, ausência de veto parcial, ausência de preceitos para a formação de Partidos Políticos. E importou um federalismo — o de moldes rigidamente clássicos — irreal para o Brasil. Esses defeitos facilitaram os abusos e os desvios em sua aplicação. Utilizou-se, abusivamente, da intervenção federal; institucionalizou-se a fraude eleitoral com o predomínio incontrastável da corrente política dominante; implantou-se a política dos governadores; criou-se a prática nefasta da “cauda orçamentária”; desvirtuou-se o estado de sítio. Em 1926, veio sua reforma, que se tornara aspiração dos mais altos espíritos do País. Pouco antes, ao prefaciar o livro A Margem da História do Brasil — coletânea de estudos sobre a realidade brasileira —, LICÍNIO CARDOSO, referindo-se a seus autores, assinalava esta verdade de todos os tempos:

“Compreendem, de outro lado, a gravidade de nosso momento histórico presente e procuram reagir. Mas reagir pelo progresso dentro da ordem, por isso que todos eles sabem que em sociologia o caminho mais seguro para andar mais ligeiro é aquele que evita os desatinos das correrias revolucionárias perigosas e intempestivas.”

A reforma de 1926 enfrentou alguns dos pontos críticos da Constituição de 1891, mas pecou, basicamente, pela hipertrofia do Executivo, a ponto de se ter dito que, com ela, se preparava o caminho para a ditadura.

A Constituição de 1934, inspirando-se principalmente na de Weimar, passou do Estado liberal para o Estado social. Introduziu em seu bojo o título “Da Ordem Econômica e Social” e o relativo à família, à educação e à cultura. As garantias individuais acrescentou o instituto do mandado de segurança. No concernente à organização política, alterou a feição do nosso federalismo, ampliando os poderes da União e estruturando a autonomia dos Municípios; restringiu as atribuições do Senado; criou, junto aos Ministérios, Conselhos Técnicos como órgãos consultivos do Poder Legislativo; e fez a combinação da representação partidária com a representação de categorias profissionais. Sua vigên-

cia exigua — pouco mais de três anos — impossibilita que se faça a avaliação, na realidade prática, de suas virtudes e de seus defeitos. O certo é que a estrutura por ela estabelecida não conseguiu firmar-se no conturbado quadro político da época, agitado, ainda, por ideologias importadas do exterior. Não estava ela adequada à realidade do momento histórico em que fora elaborada.

A ambigüidade do detentor do poder no Estado Novo se refletiu no destino da Carta de 1937. Em seu conjunto, não chegou ela a aplicar-se. O referendun plebiscitário, que deveria realizar-se no prazo de seis anos, não o foi. E, a não ser pelo poder absoluto que outorgou ao Chefe do Executivo, seus princípios não tiveram ressonância na vida nacional.

A Constituição de 1946 resultou da queda do Estado Novo, e se integrou no amplo movimento de reconstrução constitucional de países que haviam reconquistado sua liberdade perdida pelo domínio de tropas estrangeiras ou de regimes ditatoriais. Em sua elaboração, tomou-se por base a de 1934, seguindo-se a orientação social que esta havia adotado. A par de inegáveis virtudes, especialmente no terreno da distribuição de competências, da ordem econômica, da educação e dos direitos sociais, apresentou falhas que desarmaram o poder público de eficazes meios de atuação. Enfraqueceu substancialmente o Poder Executivo, fortalecendo o Legislativo, sem lhe dar, porém, meios de agilização normativa, reduzido que ficou o quadro legal do País às leis constitucionais e ordinárias. Permitiu, sem as necessárias cautelas, um pluralismo partidário que, com a adoção do voto proporcional, fragmentou os Partidos. Admitiu, enfim, fonte de atrito incompatível com o presidencialismo: a possibilidade de Presidente e Vice-Presidente serem eleitos por Partidos diversos. Em seus poucos mais de vinte anos de vigência, o que se viu foi uma sucessão de crises: a que culminou com o suicídio de Vargas; a de que resultou o impedimento de Café Filho; a que desaguou no efêmero regime parlamentarista; e a que deu margem à Revolução de 1964.

Nitidamente centralizadora é a Constituição de 1967, quer no que diz respeito ao federalismo, quer no que concerne aos poderes do Estado. A de 1934 afastara o federalismo dualista da de 1891, e implantara o federalismo cooperativo; a de 1967 foi além, encaminhando-se para o que já se denominou federalismo de integração, com o fortalecimento

da União Federal, pela ampliação de sua competência, pela sua posição no sistema tributário nacional, e pelas restrições à auto-organização dos Estados-Membros. De outra parte, deu-se mais força ao Executivo em detrimento do Legislativo, especialmente no terreno do processo de elaboração das normas jurídicas, com a admissão do decreto-lei, com a previsão de recebimento de delegação legislativa, com a aprovação de seus projetos por decurso de tempo, com a impossibilidade de rejeição de projeto de lei orçamentária, e com o quase monopólio da iniciativa de leis acarretadoras de despesa. Persistiu, nela, a estrutura do Estado social, de molde mais intenso do que o delineado na Constituição de 1934. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não alterou substancialmente a orientação adotada pela Constituição de 1967, mas, sob certos aspectos, a exacerbou. Ambas, em síntese, pecam basicamente pelo excesso de fortalecimento da União e do Poder Executivo.

Ao instalar-se esta Assembléia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra ciclo revolucionário.

Como sói acontecer em momentos como este, reacendem-se as esperanças, e, de certa forma, renascem devaneios utópicos.

De há muito, porém, feneceram os ideais de Constituição perfeita e perpétua.

Como adverte DUGUIT, “a eterna quimera dos homens é procurar inserir nas Constituições a perfeição que eles não têm”. Pode dizer-se, generalizando a lúcida observação de RUI BARBOSA nos primórdios da república, que o indispensável é “uma Constituição sensata, sólida, praticável, política nos seus próprios defeitos, evolutiva nas suas insuficiências naturais, humana nas suas contradições inevitáveis”.

Não há mais lugar para que se pretenda a imutabilidade absoluta da Constituição, que é mera dedução lógica da teoria do contrato social. A incoercível mutabilidade das condições sociais, políticas, econômicas e culturais dos povos não se compadece com o imobilismo indefinido do texto constitucional. A aspiração que persiste é a da Constituição estável, não sendo poucos os que sustentam que o valor dela

se afere de sua capacidade de permitir mais facilmente que se efetuem mudanças na estrutura social sem modificação no mecanismo do processo político. Esse, aliás, o segredo da longevidade da Constituição americana, prestes a completar duzentos anos, graças à desenvoltura das construções jurisprudenciais que a concisão de seu texto permite. Mas merecem meditadas as palavras de BISCARETTI DI RUFFIA sobre a extensão do conteúdo das Constituições:

“Na realidade, a melhor solução parece estar no meio, uma vez que, se, por um lado, o excessivo laconismo de uma Constituição pode permitir ao legislador ordinário mudar-lhe sensivelmente, na prática, o conteúdo por intermédio de suas normas de aplicação, por outro, a prolixidade excessiva diminui seu prestígio, porque requer demasiadas e frequentes revisões.”

Tenho que o fundamental numa Constituição é encontrar o ponto de equilíbrio que melhor atenda, nas complexas relações entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, às diferentes realidades nacionais.

No mundo ocidental moderno, em que estamos inseridos, não há mais margem para o Estado liberal clássico do século XIX. Teve ele o indiscutível mérito da conquista do Estado constitucional. Seu alvo foi a obtenção da liberdade política; seus instrumentos, a separação dos poderes à feição de MONTESQUIEU e o elenco dos direitos e garantias individuais. Atendeu aos anseios da burguesia contra a nobreza, mas deixou de lado as angústias das carências dos mais pobres. A liberdade política, por não levar em consideração a desigual capacidade dos homens, pode reduzir-se — como já se disse com amargo realismo — à liberdade de morrer de fome. Mas foi ela que substituiu o sufrágio censitário pelo sufrágio universal, dando força à massa, por sua participação política. Ainda nos países em que não são acentuadas as injustiças sociais por se haverem desenvolvido no momento propício, há a tendência da generalização de Constituições que se voltam para esse problema, encerrando a emancipação econômica como um dos componentes da liberdade. Não raro, porém, se chocam os interesses da sociedade com os do indivíduo, sendo mister que se encontre o justo ponto de equilíbrio entre os direitos sociais e os direitos individuais, para que se impeça que uns destruam os outros, sem se descurar, porém, da realidade sócio-econô-

mica existente, para a aferição da dosagem das preponderâncias.

De outra parte, foi a teoria clássica da separação dos poderes a técnica de que se valeu o liberalismo para proteger a liberdade do indivíduo em face do Estado. Embora muito lhe devam as democracias ocidentais, já não exerce ela o mesmo fascínio dos primeiros momentos. Para alcançar-se a justiça social é indispensável a intervenção do Estado, que, no Ocidente, atua como elemento de conciliação entre o capital e o trabalho, e procura diminuir as desigualdades sócio-econômicas. É o Estado social, que não se compatibiliza com a rígida separação dos poderes, que o enfraquece, mas demanda — e até a complexidade da civilização moderna o exige — a atenuação dela, especialmente no que diz respeito às relações entre os Poderes Legislativo e Executivo. Também aqui o necessário é alcançar a melhor forma de equilíbrio nessas relações.

Enfim, no constitucionalismo moderno, tornou-se cediça a afirmação de que não há um tipo único de federalismo — o clássico —, mas diversos, que variam na medida da menor ou da maior preponderância da União. Nos Estados federais, em virtude principalmente de exigências tecnológicas e financeiras, tem-se generalizado a tendência ao gradativo fortalecimento do poder central. No Brasil, o problema se agrava pela disparidade do desenvolvimento dos Estados-Membros a par da necessidade de mais homogêneo crescimento global do País. Indispensável se faz, pois, a busca do ponto de equilíbrio, necessário à nossa realidade, entre a União, os Estados e os Municípios, componentes que são do federalismo brasileiro.

Senhores Constituintes:

Na feitura de uma Constituição, as questões são múltiplas, e as dificuldades várias. Resolvê-las com prudência e sabedoria é o grande desafio que se apresenta a esta como a todas as Assembléias Constituintes.

Os olhos conscientes da Nação estão cravados em vós.

A missão que vos aguarda é tanto mais difícil quanto é certo que, nela, as virtudes pouco exaltam, porque esperadas, mas os erros, se jatais, estigmatizam.

Que Deus vos inspire.

A Constituição brasileira de 1934 e seus reflexos na atualidade

PINTO FERREIRA

Professor de Direito Constitucional e ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Diretor da Faculdade de Direito de Caruaru. Ex-Senador. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais

I

O Brasil deve assumir o comando do seu destino, ser o sujeito de sua própria história, exercer na plenitude o direito de autodeterminação. A história é a consciência progressiva da liberdade, na expressiva frase de HEGEL, em suas *Lições de Filosofia da História*. Mas tal liberdade deve ser política e também econômico-social. Para tanto necessita de uma constituição, que reflita a sua realidade total, abrangendo as aspirações do futuro.

A constituição é o equilíbrio das forças que se chocam, o princípio que estabelece a harmonia no conflito dos interesses humanos, a síntese que permite à sociedade resolver as contradições que a sobressaltam e a dividem. É este o pensamento dominante na Constituição de 1934, através de um dos seus idealizadores, JOÃO MANGABEIRA.

Brotando da vida real, a constituição deriva dos fatores reais do poder, do húmus das lutas de classe, da economia e da cultura, porém a constituição tem um significado profundo. Ela é mais do que o simples reconhecimento e disciplina dos fatos sociais: "ela é também a previsão ou o desejo de que estes evoluam neste ou naquele sentido e contém por isto mesmo, em semente, a visão do que pode ser o desenvolvimento futuro da sociedade".

Podem os homens assumir o comando de sua história? O jovem MARX, nos escritos juvenis, na 11ª tese sobre FEUERBACH, assinalou: "Os filósofos não têm feito até aqui senão interpretar o mundo de diferentes maneiras: trata-se de transformá-lo". É o reconhecimento da força dialética das

Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 4 de setembro de 1986.

ideologias, da filosofia como uma WELTANSCHUUNG, como uma concepção do mundo.

É o pensamento bem cristalizado por HEGEL no seu discurso inaugural como Reitor da Universidade de Berlim, em 1830: "A crença no poder do espírito e a coragem de dizer a verdade são a verdadeira essência da filosofia".

II

A Constituição Federal de 1934 e a Assembléia Constituinte que a projetou resultaram na verdade de duas revoluções, a Revolução liberal de 1930 e a Revolução paulista de 1932. A Revolução de 1930 apresentou um ideário liberal, embora a projeção dos acontecimentos posteriores elaborasse um modelo democrático e social, mas Vargas tinha a embriaguês do poder, gerando a desconfiança de uma dilatação indeterminada dos poderes discricionários do Governo Provisório.

Por sua vez, o glorioso heroísmo paulista de 1932 foi na verdade imbuído de ideais generosos, os ideais constitucionalistas, quando o povo paulista ergueu-se armado, especialmente a sua mocidade, oferecendo generosamente o seu sangue em holocausto ao idealismo. Embora também despontasse o desejo do grande Estado de reconquista da sua posição no poder político federal, determinando a gloriosa revolução de 9 para 10 de julho. Esta foi plena de demonstrações de sinceridade cívica e sacrifícios generosos.

Verdade seja que o Governo Provisório já havia determinado o dia 3 de maio de 1933 para a realização das eleições para a Assembléia Constituinte, bem como criou uma comissão, posteriormente disciplinada, para elaborar o projeto da nova Constituição composta de 14 membros, presidida pelo Ministro da Justiça, Antunes Maciel. Este logo lhe passou a direção a Afrânio de Melo Franco, então Ministro das Relações Exteriores.

Os trabalhos tiveram início pela primeira vez no dia 11 de novembro de 1932, na residência de Melo Franco em Copacabana, depois no Palácio do Itamarati, razão pela qual ficou conhecida com o nome de Comissão do Itamarati. Ela se reuniu 51 vezes, encerrando as suas atividades em 5 de maio de 1932, exatamente em menos de cinco meses.

O anteprojeto elaborado, com 136 artigos e mais 8 incisos das Disposições Transitórias, sofreu principalmente a influência de três constituições da época: a da Alemanha, de 11 de agosto de 1919, a da Áustria, de 1º de outubro de 1920, e a Constituição Republicana da Espanha, de 1931.

O referido anteprojeto teve, na verdade, um caráter revolucionário, pois na segunda sessão, logo JOÃO MANGABEIRA salientou que:

"Todas as Constituições modernas têm como orientação acabar com as desigualdades sociais. Se a Constituição brasileira

não marchar na mesma direção, deixará de ser revolucionária para ser reacionária.”

O eminente pensador político defendeu o projeto em uma série de artigos publicados no *Diário Carioca*, seguidamente no livro intitulado *Em Torno da Constituição* (1934), um dos magistrais livros da literatura política brasileira.

É de lembrar que o anteprojeto da Comissão do Itamarati, aprovado por pensadores políticos e juristas eminentes, foi o único a admitir o socialismo, dizendo o seguinte, no art. 120:

“É permitida a socialização de empresas econômicas, levada a efeito sobre o conjunto de uma indústria ou de um ramo de comércio e resolvida por lei federal.”

Para esse fim poderão ser transferidas para o domínio público, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (arts. 120, c/c 114).

Este dispositivo é reflexo da Constituição alemã de 1919, que previa a “socialização das riquezas naturais e de empresas econômicas” (art. 7º, § 3º), repetido nos arts. 15 e 74, 15 da Constituição alemã de 1949, o que revela a atualidade revolucionária do anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamarati.

III

A nova Constituição federal foi promulgada em 16 de julho de 1934, com grande entusiasmo e vibração, muitas esperanças em breve frustradas. GOETHE caracterizou a história da civilização em seqüência de épocas: épocas de crença e de descrença. Só são construtivos os períodos de fé e crença.

O fruto da Assembléia Constituinte, a Carta de 1934, abandonou muitas idéias do anteprojeto que lhe foi submetido a apreciação. “Este era, na verdade, revolucionário”, como disse RONALDO POLETTI. Abandonou sobretudo o princípio socialista.

A Constituição de 1934 reflete principalmente as tendências da Lei Magna norte-americana de 1787, das Constituições da Alemanha Social-Weimariana de 1919 e da Áustria de 1920 e do caudilhismo latino-americano, este conducente à presidência imperial brasileira.

São seus princípios básicos: a democracia, o liberalismo social, o federalismo, o presidencialismo, a separação de poderes e o nacionalismo.

Ela foi qualificada por PONTES DE MIRANDA como “a mais completa, no momento, das constituições americanas”.

Na prática, durou apenas um ano e meio, pois logo sofreu três emendas, pelo Decreto Legislativo nº 6, de 18 de dezembro de 1937, permitindo declarar o estado de comoução intestina grave, equiparado ao estado de guerra, a perda da patente dos militares e a demissão dos funcionários

civis, participantes de movimentos subversivos das instituições. Foi, afinal, perjurada e rasgada pelo *complot* palaciano de 1937.

Na verdade, a Constituição de 1934 foi de brevíssima duração e uma *ilusão constitucional*.

As palavras *ilusão constitucional* foram usadas pela primeira vez por MARX na *Nova Gazeta Renana (Neue Rheinische Zeitung)*, de 14 de setembro de 1848 e foram incorporadas ao arsenal filosófico do marxismo:

“Dá-se o nome de ilusão constitucionalista ao erro político, que consiste em ter como existente uma ordem normal, jurídica, regulamentada, legal, numa palavra, *constitucional*, mesmo quando essa ordem na verdade não existe.”

As ondas ideológicas turbilhonantes do fascismo e do bolchevismo intimidaram a república nascente e adolescente, e a Nação acolheu com resignação e passividade o *complot* palaciano de 1937. Entoou-se o *De profundis* do liberalismo social, numa filosofia política influenciada por uma Alemanha mais wagneriana do que goethiana.

Getúlio Vargas, com a sua tática ditatória, tinha porém em sua personalidade carismática uma amabilidade felina, pronto a mostrar as garras ao primeiro confronto e contestação, perjurando e rasgando a carta democrática, embora na geração seguinte se redimisse com o seu nacionalismo e seu suicídio heróico.

O país viveu só um ano e meio de crença no regime constitucional.

IV

O primeiro princípio da Constituição Federal de 1934 é o princípio democrático, de uma república presidencial.

A democracia é uma categoria histórica, que se distingue por pressupostos simples e específicos: o princípio da maioria, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, o respeito às minorias, a independência e intangibilidade do Poder Judiciário.

ARISTÓTELES, na sua *Política*, já afirmava que a democracia é o governo em que domina o povo, ou seja, a maioria, mas também assinalava que a alma da democracia consiste na liberdade, sendo todos iguais. Para ele o conceito da liberdade inclui o de igualdade. A igualdade, assegura o pensador grego, é o primeiro atributo fundamental e finalidade da democracia, insistindo que, quanto mais pronunciada é a democracia, mais se avança na igualdade.

Por isto, “a democracia pressupõe luta incessante pela justiça social”, como lembra CLAUDE JULIEN, na obra *O Suicídio das Democracias*:

“A democracia não pode resignar-se com as *bidonvilles*, os alojamentos insalubres, os salários miseráveis, as condições de trabalho miseráveis.”

A democracia “não pressupõe a perfeição, que todos sejam instruídos, cultos, educados, perfeitos, mas há de buscar distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento, nível de vida digno”.

A essência da democracia moderna está em que o poder reside no povo, que elege em eleições livres o governo, mas é de se observar que a relação *povo/governo* estabelece várias opções históricas.

Fundamentando-se no pensamento da vinculação *povo/governo*, BURDEAU, no seu *Tratado de Ciência Política*, elaborou a sua teoria das três formas de democracia: *democracia governada, ou liberal, democracia governante ou social e democracia governante do tipo marxista*.

A verdadeira democracia busca a libertação do homem das diversas formas de opressão política e econômica.

O verdadeiro democrata deve levar sempre em conta que a razão pode estar com o adversário, e assim deve ser tolerante com a opinião dos demais, no debate livre de todos os partidos e de todas as opiniões.

A democracia é mais do que um regime político, é uma filosofia de vida, fundamentada no direito, na liberdade, na tolerância.

JOÃO MANGABEIRA salienta como o verdadeiro teste das democracias o respeito ao direito das minorias, como ainda se afirmou em nosso livro *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*:

“Democracia sem direito, democracia sem liberdade, democracia não é. Qualifiquem-na como quiserem. Será sempre ditadura: de um homem, de um grupo, de uma raça, de uma classe; mas sempre o domínio do arbitrio, do vencedor, apoiado na força, sobre o vencido desamparado. A liberdade e o direito só existem nos países livres, que abroquelam e garantem a todos, sem exceção de ninguém, seja a minoria, ou seja o indivíduo isolado. O mais alto momento do direito e da justiça na democracia é quando um governo digno de um povo livre, ou um juiz, digno do seu sacerdócio, cobre com a tutela da liberdade um inimigo odioso, na propaganda de uma idéia odiada.

Quando um democrata se levanta contra uma opinião, seja qual for, e pede, só por isto, o castigo do opinante, que outra coisa não fez senão usar do seu direito de opinar de acordo com o que em sua consciência julga certo, este democrata faz, sem querer, o serviço da reação, que um dia o há de amordaçar. Porque uma opinião, por si só, e por mais absurda que seja, pode varar todos os limites do erro, mas não atingirá jamais nenhum dos limites do crime.”

A democracia é o império de opinião pública, livremente expressa pelo voto e pelas eleições dos representantes do povo.

V

O segundo princípio da Constituição de 1934 é o princípio do federalismo.

Estabeleceu-se um federalismo de equilíbrio, e não o federalismo hegemônico, pois o Senado Federal compunha-se de dois representantes de cada estado, mais os do Distrito Federal, e não a hegemonia de algum estado-membro, como na URSS, Alemanha weimariana, Áustria, Canadá e outros países.

No federalismo de equilíbrio, os Estados-membros têm a mesma representação senatorial; porém, no federalismo hegemônico, um Estado-membro tem hegemonia na câmara alta, como a Prússia na Alemanha social-weimariana, a Rússia no federalismo soviético.

A União ficou singularmente fortalecida pela instituição de um Conselho Superior de Segurança Nacional (arts. 159 ss.), presidido pelo Presidente da República, devendo ser anotado o art. 167:

“As polícias militares são consideradas reservas do Exército e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da União.”

Tal integração de polícias militares fortalecia a União que intervinha ostensiva ou maliciosamente nos estados de médio porte na Federação (Pernambuco, Ceará), mas respeitava as poderosas forças públicas de São Paulo, Minas Gerais, onde nunca veio a intervir na Primeira República.

Estabeleceu-se ademais a supremacia financeira da União, pela cobrança dos impostos mais importantes, os de renda e de consumo (art. 6º), num sistema de compensação de finanças (*Finanzaugleischt*) visivelmente favorável à União.

Ainda hoje permanece essa hegemonia financeira da União, que arrecada crescentes e avultados tributos. Entre 1957 e 1983, na arrecadação da receita tributária própria, a União ampliou a sua receita de 48,5% para 57%, 8% em detrimento dos Estados-membros que passaram de 42% para 37%, e dos Municípios que decresceram sua quota de 6,5% para 5,7% (ano de 1983).

VI

O terceiro princípio dominante na Constituição Federal de 1934 é o da separação de Poderes, proveniente da fórmula de MONTESQUIEU no *Espírito das Leis*: “é preciso que o poder detenha o poder” (il faut que le pouvoir arrête le pouvoir), o equilíbrio dos poderes. Além da função coordenadora do Senado, concede prestígio inegável ao Poder Judiciário. RUI BARBOSA havia dito anteriormente que a intangibilidade do Poder Judiciário é elemento básico da democracia.

O anteprojeto da Comissão do Itamarati apresenta a proposta da *unidade da Magistratura*, defendida na comissão por JOÃO MANGABEIRA e

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, tese da unidade que cairia na Assembléa Constituinte.

A proposta da Comissão do Itamarati terminou com o sistema dualista da Constituição de 1891, determinando que "o Poder Judiciário será exercido por tribunais e juizes distribuídos pelo País; e o seu órgão supremo terá por missão principal manter, pela jurisprudência, a unidade do direito, e interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro" (art. 47). O anteprojeto proclamava como órgãos do Poder Judiciário, além do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Reclamações, ambos com sede na capital da União, e os tribunais de relação, nas capitais dos estados e nas dos territórios, e no Distrito Federal; os juizes de direito, nas sedes de comarca e no Distrito Federal; os juizes de termo, nas respectivas comarcas; os juizes e tribunais que a lei determinar (art. 48).

A Justiça seria regulada por uma lei orgânica, votada pela Assembléa Nacional (art. 49), os estados disciplinando a sua organização judiciária, com a competência de nomear os juizes que neles exercessem jurisdição, mas obedecendo às normas constitucionais. Foi também criada como inovação a Justiça Eleitoral.

A tese da unidade da Magistratura já havia sido defendida por RUI BARBOSA no programa do Partido Liberal e na Campanha Civilista, sendo também esposada por CLÓVIS BEVILACQUA e JOÃO MANGABEIRA.

JOÃO MANGABEIRA se manifestou pela unidade da Magistratura, combatida, porém, pelos tribunais estaduais dos estados fortes e poderosos da Federação, como São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, bem como pelo eminente processualista JOÃO MENDES, no seu *Direito Judiciário Brasileiro*, que defendia a unidade de jurisdição, mas na dualidade da Justiça, bem como ARTUR RIBEIRO.

JOÃO MANGABEIRA baseava-se na lógica de que a unidade da Magistratura decorre essencialmente da unidade do direito, e, assim, apenas a dualidade do direito material, como nos EUA, justificaria a existência de uma Magistratura em cada estado-membro.

Tal unidade da Magistratura não feria e nem violava os princípios do federalismo, como demonstra a Constituição da Áustria, elaborada por HANS KELSEN:

"Toda jurisdição emana da Federação". "A legislação federal fixará a organização e a competência dos tribunais."

RUI BARBOSA havia dito:

"No Brasil, onde o direito substantivo é um só, força era ser um só sistema de processo, e ter o organismo judiciário um caráter uno."

O anteprojeto, embora tivesse suavizado e mitigado a tese, transigindo e conciliando o interesse nacional com a conveniência partidária

de alguns estados, não foi absorvido neste tocante pela Constituição de 1934, que mantém a dualidade da Magistratura (arts. 104 e 105).

Muitas teses do anteprojeto da Comissão do Itamarati continuam sugestivas e atuais, com a do Tribunal das Reclamações, buscando diminuir o trabalho do Supremo Tribunal Federal. É um tema de esplêndida atualidade.

O órgão supremo do Poder Judiciário, a cúpula do sistema foi cristalizada na Corte Suprema, nova designação dada ao Supremo Tribunal Federal, com onze ministros, com a missão básica de controle da constitucionalidade das leis, por maioria absoluta dos votos da totalidade dos seus membros (art. 179), cabendo ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).

Ao lado do Senado, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais, em capítulo à parte (Capítulo VI), figuravam o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os conselhos técnicos (arts. 95-105).

VII

Como conseqüência automática dos princípios da democracia e da separação de Poderes, surgiu na Constituição Federal de 1934 a *democracia presidencial*.

Adotou-se a fórmula da eleição direta do Presidente da República, imitada da Constituição da França, de 4 de novembro de 1848, onde o Poder Executivo era confiado a um Presidente da República, eleito pelo sufrágio universal direto por quatro anos, e não reelegível imediatamente. Essa fórmula não corresponde exatamente ao texto da Constituição federal norte-americana de 1787, nem às tradições francesas da grande Revolução de 1789. Foi adotada na Constituição Federal brasileira de 1891.

Na Constituição Federal de 1934, o Poder Executivo era exercido pelo presidente da República (art. 51), eleito pelo sufrágio universal, direto e secreto, por um quadriênio, vedada a eleição no mandato imediatamente subsequente, desaparecendo a figura do vice-presidente.

Essa eleição direta, à maneira do sistema iluminista e plebiscitário da Constituição de Weimar de 1919, fortaleceu o presidente como um líder carismático, segundo a filosofia max-weberiana. MAX WEBER, em sua *Economia e Sociedade*, utilizou-se da palavra *carisma* para significar prestígio, influência, liderança.

Esta liderança carismática fortaleceu a presidência de estilo imperial, que levou PONTES DE MIRANDA a dizer: os presidentes da República no Brasil são monarcas a curta prestação.

O regime de poderes da República não acompanhou contudo as tendências do sistema weimariano, que combinou presidencialismo, parla-

mentarismo e técnicas plebiscitárias, com o *referendum* para resolver conflitos entre o Presidente e o Parlamento. Foi por isto chamado de República presidencial-parlamentar por WUERMLING. Mais tarde, novas constituições adotaram rotas análogas, chamadas por MAURICE DUVERGER de regimes semipresidenciais, como a Finlândia em 1919, França em 1958 e Portugal em 1976.

VIII

O quarto princípio dominante na Constituição Federal de 1934 é o liberalismo social, assinalando a introdução de novos direitos econômico-sociais e de novas e eficientes garantias constitucionais, como o mandado de segurança.

Essa tendência veio do contexto social sucessivo à Primeira Guerra Mundial e da pregação cívica e revisionista de RUI BARBOSA.

Os direitos sociais, econômicos e culturais foram introduzidos no texto constitucional, embora com eficácia reduzida, como normas programáticas, antes de que auto-executáveis ou não auto-executáveis. Mas revelaram na tendência do legislador a sua intenção social.

O direito do trabalho, o direito de greve, a sindicalização, o direito à educação foram surgindo, com eficácia precária.

As duas Revoluções francesas de 1848 — a Revolução republicana de fevereiro e a Revolução social de 18 de junho —, a primeira visando ao estabelecimento da República baseada no sufrágio universal, e a segunda buscando obter a transformação da condição operária, deram resultado à Constituição de 4 de novembro de 1848. “Ela proclama também os direitos sociais: direito ao trabalho, à assistência e à instrução”, diz DUVERGER. Os seus líderes buscaram projetos de nacionalização (Banco de França) e a regulamentação das condições de trabalho (dez horas no máximo em Paris, onze nos departamentos), constituindo a ameaça de uma revolução profunda.

Novidades impressionantes e marcantes foram anunciadas e projetadas na Constituição, já sugeridas na beleza marmórea do anteprojeto, especialmente na *parte social*, no *pacto social*.

Incorporou matérias até então consideradas *não-constitucionais* (p. ex.: funcionários públicos, família, religião, cultura e ensino, ordem econômica e social), com a tendência decorrente do mundo nascente de incorporar na Lei Magna dispositivos materialmente não compreendidos pelo direito constitucional do século XIX e início do século vigente. A Constituição de 1934 manteve a linha doutrinária do anteprojeto da Comissão do Itamarati, de *constitucionalizar matéria não constitucional*, segundo o exemplo da Constituição de Weimar.

Tornou-se uma constituição analítica, com 187 artigos, mais 26 das Disposições Transitórias, ao todo 213 artigos, contrastando de resto com o texto lacônico e conciso do anteprojeto, com 135 artigos.

A respeito, escreve RONALDO POLETTI, com procedência:

“O anteprojeto, elaborado pela Comissão do Itamarati, conteve linhas revolucionárias, muitas não aproveitadas na futura Constituição, que, apesar de rotulada progressista, acabou por prender-se aos princípios republicanos. É verdade que a Constituição introduziu matérias, segundo o modelo de Weimar, até então consideradas estranhas ao direito constitucional, mas as grandes inovações vieram do anteprojeto, além daquelas que, presente nesse, não integrariam aquelas.”

IX

As sementes ideológicas da filosofia política e econômica da Comissão do Itamarati, somente em parte admitidas na Carta Magna de 1946, receberam a influência de RUI BARBOSA, através de JOÃO MANGABEIRA.

Na sua campanha presidencial de 1919, que perdeu para EPITÁCIO PESSOA, RUI BARBOSA afirmou:

“As constituições são conseqüências da irresistível evolução econômica do mundo. As nossas constituições têm ainda por normas as declarações de direitos consagrados no século XVIII. Suas fórmulas já não correspondem exatamente à consciência jurídica do universo. A inflexibilidade individualista dessas cartas, imortais, mas não imutáveis, alguma coisa tem de ceder (quando lhes passa já pelo quadrante o sol do seu terceiro século) ao sopro da socialização que agita o mundo.” (*A campanha presidencial, Bahia, 1919*, pp. 159-60).

Como vidente de uma nova ordem constitucional, ele profetizou: “A concepção individualista do direito tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringida agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais.”

Inclinou-se mesmo para uma forma de socialismo de conteúdo liberal:

“Aplaudo no socialismo o que ele tem de são, de benévolo, de confraternal, de pacificador: sem querer o socialismo devastador que, na linguagem do egrégio prelado belga (Cardeal Mercier), animando o que menos nobre é no coração dos homens, rebaixa a questão social a uma luta de apetites e quer dar-lhe por solução o que não poderá deixar exacerbá-la: o antagonismo das classes.”

Pelas idéias renovadoras que Rui simbolizava de uma maneira tão perfeita, ele recebeu em vida as maiores injustiças e calúnias da “velha escola” de conservadores, acusado mesmo de “traidor da pátria” e “plagiário”, ele que foi o maior brasileiro de todos os tempos e o mais amante

de sua pátria, e cuja linguagem é um dos maiores monumentos literários da prosa nacional, da qual se poderia ajuizar com estas expressões sobre VICTOR HUGO: "O rei da palavra, o dono da cor e da música na língua francesa."

Atassalhado de injúrias e mesmo caluniado com o labéu infamante de "ladrão" pelos seus empreendimentos na pasta da Fazenda durante o Governo Provisório, ele apelou, di-lo JOÃO MANGABEIRA, para "a serenidade luminosa do futuro". De 1892 até a sua morte, trinta anos se passaram, e, ao responder a TOBIAS MONTEIRO, numa carta de 1893, em que se dizia não aceitar a direção do *Jornal do Brasil*, afirmou: "Estou cansado de injustiças e de calúnias. Quero paz e paz." Não era chegada, todavia, a hora da paz. Tinha ele de fazer ainda trinta anos de apostolado. Trinta anos eram precisos para que ele se desencarnasse de sua personalidade e subisse às alturas do símbolo, nessa região sagrada, onde os que nela penetram têm alguma coisa de divino.

RENAN, creio que no seu discurso de recepção na Academia Francesa, de antemão parece responder a essas críticas, quando afirmou:

"A glória se encontra somente nas alturas, e é subindo sempre que a luta se torna harmoniosa e a coerência dos esforços humanos atinge a luz suprema da glória, que é o único bem da vida, que não é de todo ilusão e vaidade."

Esta é a grande semente da linha ideológica do anteprojeto da Comissão do Itamarati, parcialmente absorvido na Carta Magna de 1934 quanto aos direitos sociais e econômicos, mas não inserindo o princípio socialista.

X

O socialismo defendido por JOÃO MANGABEIRA se inclina para o posicionamento do socialismo europeu do Ocidente.

"Chamam-se partidos socialistas, no sentido amplo da expressão, todos aqueles que se reclamam das doutrinas socialistas, quer dizer, da apropriação coletiva dos meios de produção. Certamente não querem uma apropriação coletiva integral, e a tendência moderna dos sociais-democratas é antes de deixar uma longa liberdade às empresas privadas, porém controlando-as e orientando-as. Assim se distinguem da família conservadora-liberal." (MAURICE DUVERGER, *Instituições políticas e direito constitucional*. Paris, 1976, v. 2, p. 166.)

Na França o partido socialista, (SFIO), "Seção Francesa da Internacional Obreira", era inicialmente um partido radicalmente socialista, reivindicando a coletivização dos meios de produção e afirmando sua vontade revolucionária. Entrou em declínio, assumindo uma posição reformista que contradizia o seu programa. "Parecia atingido de uma esclerose irremediável", di-lo DUVERGER, pelo antagonismo entre as palavras e os

atos. A figura de GUY MOLLET, como secretário-geral do partido, de 1946 a 1969, encarna esse período.

Após o Congresso d'Epinau (1971), o partido mudou o nome (SFIO) para simplesmente Partido Socialista, mudando destarte de designação, atingindo 150.000 filiados como militantes devotados, ficando sob o controle de Mitterand e de seus partidários. O PS procura ser um verdadeiro partido socialista, ocupando uma posição intermediária entre as correntes comunistas e a social-democrata. Já os partidos sociais-democráticos da Escandinávia, Grã-Bretanha e Alemanha Federal não têm senão por objetivo gerir a sociedade liberal de modo mais justo com uma socialização parcial dos meios de produção e o florescimento das liberdades democráticas.

Quanto ao Partido Comunista, na França, ele mudou de estratégia e de programa durante a V República. Admite a teoria da pluralidade de acesso ao socialismo, admitido e definido no momento da reconciliação da URSS com a Iugoslávia, bem como a transição do capitalismo para o socialismo sem violência. No XXII Congresso do PCF, em 1976, ele decidiu eliminar definitivamente do seu programa a ditadura do proletariado.

Até a morte de Stalin, o PCF, como os demais partidos comunistas, era subordinado estreitamente a Moscou. Depois admitiu o *policentrismo*, como também o Partido Comunista italiano, este, de modo mais acentuado. O PCF o aplicou exprimindo a "sua surpresa e sua reprovação", diante da invasão russa da Tchecoslováquia — 21 de abril de 1968. Antes, em 1965, o jornal *L'Humanité* publicou um protesto enérgico contra a condenação de dois escritores russos, Daniel e Siniavsk. Em 1975, o PCF protestou contra os campos de trabalho soviéticos e os internamentos nos hospitais psiquiátricos. É o que relembra DUVERGER (cit. v. 2, pp. 168-69), concluindo: "Em definitivo, essa evolução tem aproximado um pouco o PCF do socialismo democrático".

XI

O quinto princípio da Constituição federal de 1934 é o *nacionalismo*. Ela foi a mais progressista das Leis Magnas do país.

A grande verdade é que, cada dia que passa, o Brasil é menos dono de si mesmo, advertiu PONTES DE MIRANDA. A drenagem dos seus bens minerais para o exterior tem sido dolorosa e dramática.

A Constituição Federal de 1934 é inovadora e progressista no reconhecimento do princípio do nacionalismo econômico, em diversos dos seus artigos.

Preceitua o art. 117:

"A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização

das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no país.”

No art. 118, prevê que:

“As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.”

“O aproveitamento industrial das minas e das jazidas mineiras, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.” (art. 119)

“A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país.” (art. 119, § 4º)

Essa ideologia nacionalista vem de dois eminentes homens públicos da Primeira República — Artur Bernardes, que, dirigindo o Estado de Minas Gerais, empreendeu séria luta em defesa do minério de ferro, como também Rui Barbosa. Não é assim de estranhar que Bernardes, eleito Presidente, tenha convidado Rui para Ministro das Relações Exteriores, o que ele recusou por motivo de saúde e avançada idade.

ARTUR BERNARDES lembrou a frase histórica de THEODORE ROOSEVELT, de “que o Brasil deveria guardar as suas reservas naturais para quando as pudesse explorar, e nunca vendê-las a estrangeiros”.

Afirmava BERNARDES:

“Não se compreende que um país como o Brasil, que precisa assegurar-se para ser amanhã grande nação, que tem milhões de filhos morrendo à fome, e trinta milhões de analfabetos, possa justificar perante a História e perante nós mesmos o crime de doar a estrangeiros renda necessária ao povo e ao erário.”

RUI BARBOSA, no epílogo da *Oração aos moços* (Ed. Eloi, 1961, p. 67), lida aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo, legou os últimos traços do seu testamento público:

“Agora, o que a política e a honra nos indicam é outra coisa. Não busquemos o caminho de volta à situação colonial. Guardemo-nos das proteções internacionais. Acautelemo-nos das invasões econômicas. Vigiemmo-nos das potências absorventes e das raças expansionistas. Não nos temamos tanto dos grandes impérios já saciados, quanto dos ansiosos por se fazerem tais à custa dos povos indefesos e mal governados. Tenhamos sentido nos ventos, que sopram de certos quadrantes do céu.”

Enfim a frase de WILSON, presidente norte-americano, em 1913:

“Tendes ouvido falar em concessões feitas pela América Latina ao capital estrangeiro, mas não em concessões feitas pelos Estados Unidos ao capital de outros países. É que nós não damos concessões. Convidamos, sim, o capital estrangeiro a vir aqui colocar-se. Fazemos um convite, mas não concedemos privilégios. Os Estados que são obrigados a fazer concessões correm o grave risco de ver influenciar dominadoramente nos seus negócios os interesses estrangeiros. E uma tal situação pode chegar a ser intolerável.”

É realmente indispensável defender os bens minerais do país. O potencial aurífero da nação está calculado em 33 mil toneladas e as reservas de urânio em mais de 300 mil toneladas, que podem assegurar a independência econômica do país.

XII

O mundo social brasileiro apresenta traços de semelhança com a época revolucionária emergente da crise da década dos anos 30.

A história brasileira bem acolhe aquele pensamento de HEGEL:

“A história não é o palco da felicidade humana. Os períodos de felicidade são nela folhas soltas.”

A fome é a alma da ditadura, e daí as mudanças constantes entre o Estado liberal e o Estado autoritário no país. A nova política econômica da 6ª República necessita realizar um disciplinamento do econômico, especialmente quanto à dívida externa e à inflação, que estão intimamente relacionadas.

Estamos num atoleiro encantado, o do milagre econômico, e quanto mais aceleramos o motor, mais nos atolamos. Houve na história dos nossos empréstimos externos uma orgia insensata dos emprestadores e dos tomadores de empréstimos, que endividaram desde o Império até o presente o povo brasileiro, com uma cumplicidade questionável. O povo está trabalhando para pagar juros e montanhas de dólares que são tomados com sofreguidão, para depois se pensar em um projeto justificador dos empréstimos.

O Brasil tem autoridade moral e legitimidade para postular o reescalonamento de sua dívida externa, clausulando inclusive um percentual das exportações, pois tanto a Inglaterra como os Estados Unidos, em época de crise, também congelaram os nossos créditos de exportação.

A história da dívida externa brasileira é dolorosa: 30 milhões de libras em 1889; 240 milhões de libras em 1940; US\$ 3,1 bilhões em 1964; US\$ 3,8 bilhões em 1968; US\$ 3,0 bilhões em 1973; US\$ 53,9 em 1980; US\$ 101 bilhões em maio de 1985.

O primeiro choque do petróleo (1974-1976) bem como o segundo choque (1979) agravaram a situação. Ao mesmo tempo, coincidindo com o segundo choque do petróleo, houve o bombardeio da taxa de juros, que se elevou assustadoramente no mercado internacional, com um caráter perverso no mecanismo da administração de preços internacionais, como a deterioração do termo de troca.

A *libor*, por exemplo, saltou de 9,9% em 1977/78 para 14,4% em 1979 e 16,8% em 1980, o governo tomando um rumo suicida na captação de recursos externos.

A metade da nossa dívida resulta ilegitimamente de juros extorsivos, chamados de *subversivos*. O professor DÉRCIO MUNHOZ, em seu depoimento à CPI da dívida externa, afirmou que “aproximadamente 50% da dívida são originários apenas de juros”. HERBERT LEVY acentua que a parte legítima da dívida externa brasileira corresponde aproximadamente a 33 bilhões de dólares em 1982, concluindo que os restantes 36 bilhões de dólares adicionais centralizados pelos bancos internacionais e aceitos pelo governo seriam ilegítimos.

O Ministro Dilson Funaro afirmou que “o Brasil está pagando, a cada sete anos, o equivalente à totalidade do principal da sua dívida externa”.

Grandes economistas mundiais, como KEYNES, KISSINGER e LEVER, mostram que essa dívida é irresgatável. KEYNES teve recentemente publicadas as suas *Obras completas* (*The collected writings of John Maynard Keynes*, Macmillan, 30 v., 1980, v. 25, p. 31), onde debate a questão, mostrando que as nações credoras devem tratar o problema da dívida dos países subdesenvolvidos em termos políticos. KISSINGER afirmou o seguinte:

“Os países credores estão exportando a revolução”.

Lorde HAROLD LEVER, ex-Secretário do Tesouro (1967-1969) da Grã-Bretanha, assinalou que foi criada “uma bomba-relógio da dívida”. Acentua este último:

“Afirmar, como alguns fazem, que não há necessidade de o principal ser pago não constitui conforto algum, pois isto significaria pagar juros sobre a dívida por toda a eternidade. Pode-se seriamente esperar que centenas de milhões entre as populações mais pobres do mundo se satisfaçam em trabalhar arduamente em vão, a fim de transferir seus recursos para seus ricos credores *rentiers*? Poderão as próprias nações ricas credoras lidar com os problemas de se tornarem *rentiers* nessa escala? Para a maioria das nações pobres a realidade é que elas não podem pagar, não pagarão e maiores esforços nesse sentido não serão tentados em caso algum.”

A nossa soberania econômica e política foi vendida, aviltada, traída, por pessoas que não tinham mandato para assinar acordos financeiros, que deveriam ser examinados pelo Congresso. A boa interpretação jurídica impugnou, verbeteou, marcou, assinalou tais acordos definitivamente com o ferrete da inconstitucionalidade.

“Estamos sentindo o caos que nos envolve, o caos que nos abala, o caos que nos impede de ver o dia de amanhã, e não queremos isto e não podemos aceitar a cumplicidade da omissão.”

Para reconciliar a Nação consigo mesma é necessário uma constituição normativa da economia e do futuro, combatendo a ineficiência, a corrupção e a sua fonte primária, que é o Estado concedente.

XIII

A Assembléia Constituinte e a nova Constituição dela resultante são apenas um passo inicial, pois não vêm isoladamente resolver os graves problemas nacionais. Contudo, tal passo é importante, pois devolve ao povo o poder de comando e de decisão política.

A História política brasileira é a história das lutas de duas elites, uma elite liberal e uma elite conservadora, ambas com embriaguez pelo poder. O povo sempre ficou à margem. A nossa democracia tem sido uma falsa democracia, uma democracia sem povo. Antes era o voto dos defuntos, hoje é o voto comprado. As revoluções no Brasil são feitas por elites ou oligarquias para desmontar uma corrupção e instalar outra corrupção maior.

Para que a Constituinte não venha a ser mais um momento infeliz de frustração popular, as forças populares e os intelectuais devem assumir o debate das condições, requisitos e formas de Constituinte e do modelo constitucional. As correlações de força e os fatores do poder (a que alude LASSALLE) não são imutáveis, mas as ideologias também transformam o mundo, permitindo a luta e o alcance de um novo regime, uma nova vida institucional, e não um novo caos institucional.

Na verdade, a História sempre tem um sentido pendular, variando entre o autoritarismo e o liberalismo, entendidos ambos na sua acepção genérica, mais concretamente, democracia *versus* ditadura. Normalmente uma pretende corrigir os defeitos sociais que atribui à outra. Não há dúvida, contudo, de que a vocação do mundo é para a democracia, restando complementar a democracia política pela democracia econômica.

Há uma falsa e uma verdadeira democracia. Esta última deve respeitar a vontade do povo e o direito das minorias políticas, fundamentando a soberania política na soberania econômica, e mantendo intacta, erecta e vertical a soberania do povo.

Excessos da instabilidade constitucional

CLÁUDIO PACHECO

Ex-Professor da Faculdade de Direito de
Teresina e da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Membro da Comissão Provisória de Estu-
dos Constitucionais

Temos falado e escrito, sobejamente, por mais de vinte anos, *contra a avidez, sofreguidão, ou mesmo fúria, com que temos estado, por todo o nosso tempo de constitucionalização, a fazer, refazer e desfazer constituições.* Neste terreno, entramos por uma rota de alucinação e devastação.

Sempre consideramos isto exatamente maléfico e temos saído, repetidamente, à arena, para combater este desvario. Embora correndo o risco de repetir o que já dissemos, vamos, a seguir,

reproduzir o verdadeiro libelo com que, reiteradamente, temos combatido o nosso doentio reformismo na área constitucional.

Também há mais de vinte anos escrevemos, a respeito da Constituição dos Estados Unidos, que, possivelmente pelas grandes dificuldades de sua elaboração e promulgação, gerou-se em torno dela uma espécie de sentimentalismo popular, expresso numa posição coletiva de reverência e numa consciência de sua preciosidade. Citei, então, palavras de JEFFERSON, proferidas precocemente em 1816, que se tornaram famosas e que assinalaram a tendência dos norte-americanos a mirarem a sua Constituição com reverência sacramental, como se fosse a "arca da aliança", demasiado sagrada para ser tocada, de tal modo que foi atribuída aos homens que a elaboraram uma sabedoria mais que humana. Bem pouco se tratou de emendá-la e, nunca, de substituí-la.

Temos, assim, o exemplo de uma Constituição, já velha de dois séculos, elaborada para a união de colônias inglesas implantadas à vista do litoral oceânico, inicialmente mais inclinadas a um mesquinho destino de soberanias fragmentadas do que a uma grandiosa projeção de unidade nacional, que hoje, com poucas emendas, dá estrutura legal ao Estado mais rico e mais poderoso de todos os tempos.

Esta boa direção de estabilidade não ocorreu no Brasil. Tivemos justamente o reverso. A Constituição do Império ainda foi valorizada quando, já no Segundo Reinado, evoluíram, para além do seu texto, pelo menos exercícios de governo parlamentarista, embora deslustrados pelo aleijão social da escravatura e pela falta de autodeterminação do corpo eleitoral.

Um golpe militar derrubou o Império. Veio a República, que prontamente partiu para instaurar uma nova Constituição, a de 1891, que, todavia, foi logo desprestigiada por dois governos de marechais. O Marechal Deodoro chegou ao cúmulo de dissolver, contra a Constituição, o Congresso Nacional. O Marechal Floriano Peixoto, aclamado depois como consolidador da República, não deu exemplo de apreço à Constituição, pois, contra ela, se fez sucessor e não apenas substituto transitório do Presidente da República. Governou em meio a grandes convulsões e no fim renegava a Constituição com o seu desejo de continuar na Presidência, contrafeito porque se realizou a eleição de um novo presidente, que foi Prudente de Moraes. Esse marechal teve seduções para dar um golpe de Estado e se prolongar na presidência, mas hesitou, preferiu retirar-se, talvez, como conjetura PEDRO CALMON, porque já lhe faltasse saúde para novas precipitações de dureza.

Houve quem apostasse na inviabilidade da presidência civil de Prudente de Moraes, mas, com uma só interrupção por motivo de doença, ele governou até o fim do seu mandato de quatro anos, tendo realmente contribuído para a soberania e a sobrevivência constitucionais.

Mas, em seguida, conforme relatamos, a expansão do poder presidencial e o retorno da fraude e da compreensão eleitorais que tinham sido parcialmente desativadas pela última reforma eleitoral do Império acabaram trazendo à cena, no primeiro período republicano, não a democracia, mas a contrafação ou o fingimento dela, o que, francamente, desprestigiava a Constituição. Mas, ainda aí, nessa quadra, a Constituição pelo menos foi valorizada pelos fluxos intermitentes de campanhas oposicionistas, notadamente as encabeçadas por Rui Barbosa, a quem coube, com o seu estonteante poder verbal, lutar pela autenticidade constitucional, elevando a Lei Magna aos píncaros de um ideal nobre e radioso, merecedor de todos os anseios e labores para que se tornasse, ao menos, vigente.

Passando pela mutilação resultante da reforma constitucional de 1926, o que veio depois foi o eclipse constitucional implantado pela Revolução de 1930, que, começando por um governo discricionário, prosseguiu pela devastação constitucional, que foi a obra mais detestável do Sr. Getúlio Vargas e que continuou até os nossos dias.

Sem dúvida alguma, o reformismo constitucional tem um conteúdo ditatorial, poderoso e detestável, que pode degenerar, como degenerou no Brasil, no desrespeito, na desvalorização e no espezinhamento da Constituição. Por isto mesmo, o reformismo constitucional vem logo no primeiro impulso dos governos de fato.

É de admirar, portanto, que os nossos dirigentes de oposição, até 1965, hoje erguidos ao governo federal, entre os quais pontificam políticos lúcidos e experientes, merecedores de respeito e admiração, tenham aderido ao rotativismo constitucional, sob a forma de convocação de uma Assembléia Constituinte, que será a quinta na longa série das que já se reuniram em nosso País.

Talentosos e experientes, não desconhecem o quanto uma Constituição estável e prestigiada é essencial para que haja democracia.

Chegamos assim a uma espécie de colapso, ou surto de agonia constitucional, em que todos clamam por mudar ou reformar a

Constituição, ou pelo menos o sistema de governo, sem que ninguém ao menos tivesse passado pela prévia e indispensável pausa de uma escolha de determinado modelo institucional.

Reformar — eis o de que mais tratamos e em que mais renitimos no plano legislativo neste século e meio de independência. Estivemos sempre cogitando de mudar o nosso firmamento constitucional.

Não vou relacionar aqui novamente todas as reformas ou emendas cometidas, propostas, propagadas, reclamadas ou por qualquer modo cogitadas, não só a respeito da Constituição, como dos sistemas eleitoral, educacional e tantos outros. Posso apenas dizer que todo esse enxameamento reformista já conheceu numerosas recaídas.

O reformismo teve fases de grande regalo e efervescência, sempre, como temos dito, que o poder de legislar se tornou discricionário, deixando de ser a função exclusiva de um órgão coletivo de representação para se tornar franquia do Poder Executivo. Assim extravasaram em reformas os governos provisórios de 1889 e de 1930 e a nova sucessão de governos revolucionários, que perdeu a partir de 1964, armados de atos institucionais — novo e expedito poder constituinte de reforma. Transbordaram sem se fartarem. Em suma, as constituições, que são feitas para durarem e até para serem veneradas, acabaram investidas ou retorcidas para se tornarem fluidas, mutáveis, transviadas, sem prestígio, franqueadas a reformas e mudanças que têm abundado até nossos dias realmente acometidos de alta febre reformista.

É o caso de se perguntar: para onde vão hoje os nossos reformistas, apesar de bem-intencionados e patriotas? Dir-se-ia que está acontecendo uma obsessão de reformas constitucionais que justamente vêm contaminando os nossos insignes condutores políticos, sem dúvida alguma merecedores da nossa mais fiel admiração.

Se reformas ou mudanças resolvessem alguma coisa, tanto e tão incomparavelmente temos reformado e mudado que já podemos considerar termos avançado até o final, até o esgotamento, até o ponto intransponível de nada mais termos a reformar ou mudar. E então pelo menos no plano das instituições políticas, já deveríamos ter chegado à perfeição inexcitável. Reformar resolve? Então já deve estar tudo resolvido neste País de inumeráveis reformas ou mudanças. Reformar como? Reformar onde? Pois tudo já está reformado ou mudado. Já experimentamos todas as modalidades

de instauração política ou constitucional. Já tivemos, uma ou mais vezes, a Monarquia, a República, o regime unitário, a Federação retrátil, a Federação ampla, a Federação encolhida; provamos vários moldes de governo discricionário, a ditadura pura e simples, o desprezioso presidente cumpridor da Constituição de 1946 a 1951, a jovial democratização desenvolvimentista de Juscelino Kubitschek; tivemos ou ainda temos as ameaças e arremedos da República sindicalista, governos civis e militares, períodos de alguma estabilidade institucional e períodos de acelerada instabilidade, o parlamentarismo, o presidencialismo, eleições diretas e indiretas, estado de sítio, estado de guerra, estado de emergência, separação de poderes, predomínio presidencial, direitos trabalhistas, participações de democracia social; temos socialização ou estatização em um dos graus mais avançados do mundo; tivemos reunidas, em desovas abundantes, pelo menos quatro sapientes Assembléias Constituintes, além de diversas ejaculações constitucionais pelo poder constituinte instituído no Congresso Nacional e pelo poder de outorga monárquica, presidencial revolucionária. Passamos por tudo o mais que se possa imaginar de mudança ou variação.

Temos assim, sobejamente, demonstrado que quanto mais avançamos em reformas mais clamamos por elas. Estamos afinal penosamente insaciáveis. Já é uma obsessão. Numerosas propostas de emendas constitucionais chegaram e continuam chegando ao Congresso Nacional. Já não é espantoso apenas o número elevado destas iniciativas, mais de espantar e também de lastimar são o casuismo miúdo, o conteúdo e o alcance mesquinhos de muitas emendas. Estão apresentadas, por exemplo, emendas com finalidades como estas: acrescentando dispositivo que veta alteração pertinente à matéria eleitoral em ano de eleição; alterando dispositivo constitucional, já em si mesmo insignificante, que trata de substituição de auditor e de procurador do trabalho e militar de segunda categoria; alterando dispositivo, também insignificante, que trata de prova de habilitação para provimento em cargos iniciais das carreiras do magistério do grau médio e superior.

Assim, temos proclamado incansavelmente que somos radicalmente contrários ao intensivo emendamento constitucional, por todos os motivos que já manifestamos e especialmente por ser obstrutivo do progresso institucional e porque devastadoramente desprestigia, mutila e desestabiliza a Constituição, que é o título fundamental e o escudo indispensável dos direitos e estruturas democráticas. É evidente que sem constituição prestigiosa e estável, duradoura e firme, nunca teremos uma permanência de abertura e de realização institucional. Uma constituição movediça, sob ataque permanente de alterações, adições, rasuras, expurgações e re-

mendos, é o oposto dos apanágios de segurança e permanência em que devia estar abrigada, é uma constituição falida, menosprezada, quase inexistente. Assim a mutabilidade constitucional conserva portas escancaradas para os retrocessos institucionais, para os surtos de prepotência e tirania, pelo que devemos considerar que é francamente ditatorial o cunho do emendamento constitucional.

Ora, se somos assim tão fluidos, se chegamos a uma vaporização das nossas vontades institucionais, é lógico que nunca podemos alcançar razoáveis termos de adaptabilidade, ou mesmo liquidez, ou mesmo de assentamento e paz política. Não os alcançaremos também se continuarmos a edificar, como estivemos sempre edificando, constituições rígidas, constituições casuísticas, de retalho, de miudezas, cada vez mais extensivas e mais minudentes.

Aliás, para viver e aperfeiçoar apropriadamente as instituições, o melhor é ter constituições no tipo de lei estrutural, mas contida nas alturas dos altos princípios e das diretrizes gerais, sem o fetichismo das fórmulas verbais e sem a frágil ilusão de que a mera oralidade constitucional pode ser capaz de criar ou aperfeiçoar aquelas instituições.

Evidentemente — insistimos — não podemos ter constituições livres, aprimoradas, verdadeiramente úteis e adequadas à nossa vida constitucional enquanto persistirmos nessa espécie de varejo constitucional, neste pendor de instaurar constituições de miúdos, ou, pior ainda, neste horário integral de reformismo, sempre procurando resolver problemas e aflições de cada momento pelo escapismo das mudanças endêmicas de regras de jogo, através de repetidas outorgas constitucionais, populares ou autoritárias.

Os males deste extremo enrijecimento, deste absurdo congestionamento de textos, são numerosos, a começar pelo da verdadeira desvalorização do Poder Legislativo, ao qual a elaboração, individual ou coletiva, do poder constituinte vem sonogando uma extensa área de opções fundamentais, pois uma ampla parte das suas possibilidades de decisões relevantes foi confiscada pela prévia estipulação no texto constitucional. Ficou assim parcialmente obstruída a arena em que os legisladores podem se tornar verdadeiramente poderosos e desenvolto para decidir sobre a vida política do País.

Outro grande mal está em que a rajada, como que de ventania, da nossa vivência política, principalmente nas ocasiões de crise e de vendaval, não encontra fendas, ou passagens de contorno, nem corredores ou espaços livres em que possa fluir ou se precipitar sem açoites ou batidas destrutivas, pois antes arrebenta contra a alvenaria fechada do nosso minucioso verbalismo constitucional.

Bicameralismo ou unicameralismo?

ALAOR BARBOSA

Advogado. Assessor Parlamentar do
Senado Federal

SUMÁRIO:

Introdução. Argumentos pró-unicameralismo. Bicameralismo. Sobre a Câmara dos Lordes. Argumentos pró-bicameralismo. Mudança de caráter. A experiência americana. Necessidade de uma segunda câmara. Não se escolhe abstratamente. Bicameralismo e federação. Bicameralismo no Brasil. O Brasil e o federalismo. Propostas para o Senado.

O Poder Legislativo deve ter uma ou duas câmaras? ou mesmo mais de duas? Essa é uma discussão antiga. Um dilema enfrentado por todos os que experimentaram a responsabilidade de organizar um Estado. Os argumentos e razões a favor e contra cada um dos modelos são muitos e diversos. Cada modelo tem os seus adeptos. Deixemos de lado o modelo multicameral, do qual ninguém mais cogita. Falemos apenas do uni e do bicameralismo. São duas correntes que se enfrentam e contradizem no campo das excogitações dos constitucionalistas e estadistas.

Para dizer que o direito constitucional comparado “é instrumento imprescindível” na análise do problema, LUCAS VERDÚ pergunta: “Existe algum país onde não se haja colocado, nas discussões dos constituintes, o estabelecimento de uma ou duas câmaras?” JULIEN LAFERRIÈRE inicia o seu estudo sobre a organização dos parlamentos, no capítulo dedicado, no seu livro *Manual de Direito Constitucional* — que é de 1947 —, ao “sistema de duas câmaras”, com esta pergunta: “O órgão legislativo deve ser constituído por uma câmara única ou por duas Assembléias? Uni ou bicameralismo? Tal é o primeiro problema que coloca a existência dos parlamentos”. Em seguida, presta LAFERRIÈRE uma informação: a da predominância do bicameralismo, no tempo e no espaço. Diz ele:

“Desde logo, uma constatação de fato a consignar: até aqui pelo menos, no tempo e no espaço, o bicamera-

lismo é de longe o sistema mais difundido. Salvo as de 1791, de 1793 e de 1848, todas as nossas constituições (da França) o praticaram. No mundo de antes da guerra, os países de câmara única eram uma fraca minoria; na Europa, a Bulgária, Luxemburgo, o Liechtenstein, a Lituânia, a Letônia, a Finlândia, a Turquia, os cantões suíços, sob a Constituição de Weimar de 1919 os países do império alemão à exceção da Prússia; a Espanha havia adotado a câmara única na Constituição republicana de 1931; a Grécia a ela havia retornado em 1935; nos Estados Unidos, um único dos quarenta e oito estados americanos, o Nebraska, desde 1935; três das províncias do Canadá; Ontário, Manitoba, Colômbia britânica; na Austrália, o Estado de Queensland, desde 1922; na América Central, a Costa Rica, Honduras, o Panamá; na Ásia, o Irã, o Sião, o Iêmen. Quase todos os grandes Estados praticam o bicameralismo. Na história e no direito moderno, a dualidade das câmaras constitui a regra.”

Lembra ainda LAFERRIÈRE que o bicameralismo é uma instituição que

“se encontra nos sistemas políticos mais diversos: nas repúblicas, como a França, a Suíça, a Tchecoslováquia; nas monarquias, como a Inglaterra, a Bélgica, a Suécia; nos governos de caráter democrático ou nos regimes de inspiração oposta, como os Estados germânicos de antes de 1914, a Rússia czarista de 1906 ou a Itália fascista. Na França, é uma solução que pôde ser aplicada pelo Diretório, pelo Consulado, pela Restauração e pela Monarquia de Julho e pelos dois regimes imperiais, antes de o ser pela Terceira República.”

No Brasil, prevaleceu sempre o sistema bicameral. Mesmo na Carta — inaplicada — de 1937.

No Império, a Assembléia Geral se compunha de duas câmaras: a dos Deputados e a dos Senadores. Na República de 1891, o Congresso Nacional era formado por dois ramos: Câmara dos Deputados e Senado. A Constituição de 1934 alterou o sistema, declarando no art. 22 que o Poder Legislativo “é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal”. Quer dizer: continuou o sistema bicameral, mas o Senado passou a somente colaborar com a Câmara dos Deputados. Na Carta Constitucional da Ditadura do Estado Novo, o Poder Legislativo seria exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho de Economia Nacional e do Presidente da República; e o Parlamento Nacional se compunha da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal. Este Conselho era uma espécie de sucedâneo do Senado. Na

Constituição de 1946, o Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, que se compunha da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. As Cartas de 1967 e 1969 mantiveram a estrutura do Poder Legislativo tal como fixado na Constituição de 1946.

Há quem vincule essas duas correntes — bicameralismo *versus* unicameralismo — a conteúdos ideológicos definidos. PABLO LUCAS VERDÚ, por exemplo, acha que, “salvo no caso dos Estados federais, os bicameralistas são conservadores, centristas ou reformistas”, enquanto “os monocameralistas são esquerdistas”. Deve-se atentar na ressalva feita por VERDÚ. Se se lhe dá o valor e ênfase exigidos pela verdade dos fatos, pode-se aceitar a afirmativa de VERDÚ como verdadeira. Nos países europeus de tradição parlamentar mais antiga, parece que, de um modo geral, os bicameralistas têm mais compromissos com posições, interesses e idéias conservatistas, em política e economia. Os esquerdistas, empenhados em mudar e transformar a sociedade na direção do socialismo e do comunismo, consideram a “segunda Câmara” uma fortaleza de resistência conservadora às medidas e ações reformistas ou revolucionárias acaso emanadas da “primeira câmara” — a câmara popular, a câmara de deputados do povo. Na Europa, esse caráter antinômico da dicotomia antiga parece ser, em regra, embora não sempre, é claro, um fato real e fácil de constatar. Observe-se que a denominação “câmara alta” apresenta, nesse adjetivo rebarbativo, uma denotação de ranço aristocrático muito significativa. Ela denuncia, aparentemente, uma realidade. É possível, porém, dizer que o caráter aristocrático denotado por esse adjetivo é mesmo mais uma aparência do que uma verdade. PABLO LUCAS VERDÚ assinala:

“Quando se fala de *câmaras altas* parece que se dá mais importância aos dados históricos e às competências especiais correspondentes a estas. Assim, em Inglaterra, a Câmara dos Lordes, aristocrática, com suas atribuições judiciais; nos Estados Unidos da América, o Senado para assegurar a participação dos estados-membros da união federal com suas faculdades de intervenção na política exterior e na confirmação de nomeações do Executivo.”

Câmara alta, pois, não por ser aristocrática, mas por ser, na Inglaterra, também corte judicial, além de legislativa; e, nos Estados Unidos, por exercer controle sobre a política externa e sobre as nomeações do Executivo.

PABLO LUCAS VERDÚ lembra que a expressão *segundas câmaras* parece indicar, na Inglaterra e na Alemanha, de modo indireto, “o caráter secundário delas e talvez seu papel de *câmara de reflexão ou moderação* das decisões adotadas pelas *câmaras baixas* ou populares, mais veementes e progressistas (...)”.

Argumentos pró-unicameralismo

PABLO LUCAS VERDÚ resume o que em geral se diz a favor do unicameralismo:

a) Sendo a lei a expressão da vontade geral e, portanto, um conceito concreto, deve receber expressão formal única.

b) Uma câmara legislativa única atua com mais rapidez. A propósito, invoca-se aquela comparação feita por BENJAMIN FRANKLIN: um corpo legislativo dividido em duas câmaras é como um carro puxado por dois cavalos em direções opostas.

c) A câmara única é mais econômica.

d) A câmara única é mais progressista e democrática, mais popular.

Argumenta-se também a favor do unicameralismo por meio de impugnações ao bicameralismo:

a) O bicameralismo retarda o trabalho legislativo.

b) O sistema bicameral é anterior à aparição dos partidos políticos, os quais passaram a controlar a vida política moderna. Assim, se um partido domina as duas câmaras legislativas, o que é feito numa se repete na outra; e se as câmaras forem dominadas cada qual por um partido diferente, os conflitos entre as câmaras serão insolúveis.

Argumenta-se também contra o bicameralismo que a segunda câmara, ou câmara alta, é politicamente conservadora e mesmo reacionária. Que a Câmara dos Lordes, modelo e paradigma de câmara alta, é, por sua origem e composição, um órgão conservador e muitas vezes reacionário. Que o Senado, na França, por exemplo, e em outros países, inclusive o Brasil, tem desempenhado uma função e papel de freio e resistência a transformações na ordem jurídica (no seu sentido mais amplo).

A denominação mesma de uma das câmaras do Poder Legislativo — câmara alta — revela (é JULIEN LAFERRIÈRE quem o observa) a sua origem aristocrática e o seu caráter de “meio de resistência à democracia”. CARL SCHMITT, o jurista que serviu a Hitler, argumenta que uma democracia não se compadece com o sistema bicameral, “pois a democracia se baseia no suposto da identidade do povo unitário”. E acrescenta:

“Uma segunda câmara, independente de toda significação política, poria em perigo o caráter unitário do povo todo, introduzindo um dualismo precisamente para o Legislativo, que passa por ser expressão da vontade geral, da *volunté générale*, em um sentido especial. Onde

quer que uma constituição queira acentuar bem a soberania da Nação, una e indivisa, e dominem talvez receios políticos quanto ao poder social de uma aristocracia, o sistema unicameral terá de ser praticado com rigor."

Um pouco antes, dizia CARL SCHMITT:

"Para a introdução do sistema bicameral na maior parte dos Estados do continente europeu, foi decisivo o modelo inglês. Esse sistema tinha uma especial evidência para as idéias liberais do século XIX. Prestava-se bem a ser posto em consonância com o princípio da separação de poderes, e oferecia também a possibilidade de proteger o poder social de certos estamentos e classes contra uma democracia radical. Por isso, a ele se opuseram de igual modo pretensões, tanto liberais como conservadoras. Isso explica a grande difusão do sistema. Na Alemanha, como na França, a maior parte dos liberais considerou o sistema bicameral uma instituição razoável e prudente, e o construíram de diversas maneiras."

Bicameralismo

Que é bicameralismo?

PABLO LUCAS VERDÚ caracteriza o bicameralismo:

1) As câmaras são independentes uma da outra, de modo que a) uma Câmara pode não considerar urgente um projeto de lei assim declarado pela outra, b) uma câmara pode subordinar ao plenário um projeto de lei que a outra deixou ao exame de uma comissão, e c) as propostas de leis podem dirigir-se a cada uma das câmaras ou a ambas, indiferentemente.

2) A lei em um sistema bicameral perfeito é um ato complexo que dimana da cooperação imprescindível e igual de ambas as câmaras.

Segundo VERDÚ, as duas categorias fundamentais de bicameralismo existentes nas constituições da democracia liberal são as do bicameralismo próprio ou perfeito e do bicameralismo impróprio ou imperfeito. Bicameralismo próprio, ou perfeito, se caracteriza por se colocarem as duas câmaras em posição de paridade absoluta; embora cada câmara seja um órgão autônomo e diferente, é indispensável o concurso de ambas na elaboração legislativa. São exemplos de bicameralismo perfeito o da Bélgica da Constituição de 7 de fevereiro de 1831, com as modificações ulteriores; o das Leis Constitucionais da França de 1875; e o da Itália atual, da Constituição de 1947. No bicameralismo imperfeito ou impróprio,

as câmaras não possuem paridade de poderes. São órgãos autônomos e distintos mas sua colaboração mútua é em muitos casos dispensável na confecção das leis. Exemplos, o bicameralismo inglês atual, resultante das reformas feitas pelos *Parliament Acts* de 1911 e 1949; o da Constituição francesa de 27 de outubro de 1946. Acrescentemos os exemplos do Brasil: o da Constituição de 1934 e o da Carta ditatorial de 1937.

Afirma PAULO BONAVIDES:

“Ocorre o genuíno bicameralismo quando se acham as duas casas dotadas de igualdade de competência, exercida mediante decisões concordes, sendo o sistema bicameral, portanto, aquele em que a ordem constitucional estabelece um Parlamento ou Congresso composto de dois órgãos, que funcionam em forma de equilíbrio mútuo no plano interno da função legislativa.”

Com razão, nota PABLO LUCAS VERDÚ que o bicameralismo reivindica “títulos de prestígio e antigüidade vinculando-se à *Constituição inglesa*”. E observa:

“O bicameralismo inglês é totalmente fortuito, desde logo baseado na realidade social britânica e mantido, até hoje, com traços e características muito diferentes do bicameralismo de outros países.”

Anota também que:

“O bicameralismo surgiu no Ocidente em função de motivos sociais e políticos. A estrutura social da Inglaterra se compunha, quando surgiu o Parlamento, de alta nobreza, pequena nobreza, clero e burguesia, que formavam estratos politicamente separados. A Câmara Alta exprimia as forças sociais dominantes no país, a alta nobreza e o alto clero.”

Diz PABLO LUCAS VERDÚ que Montesquieu concebia o parlamento bicameral como o equilíbrio do corpo dos nobres com a Câmara Popular, “não em virtude de motivos puramente mecânicos”, mas respondendo a uma exigência orgânica da vida social: a de que as “gentes distintas pelo nascimento, as riquezas e as honras tenham na legislação uma parte proporcionada das demais vantagens que têm no Estado”.

JACQUES CADART, citado por PAULO BONAVIDES, também ensina:

“Historicamente, o bicameralismo nasceu na Inglaterra, de maneira fortuita, como a maior parte das instituições britânicas. Nasceu no século XIV de uma divisão

do Parlamento inglês, que se constituiu no século XIII: desde 1265, compreende todas as categorias de representantes que hoje possui. O bicameralismo britânico se consolidou progressivamente, reforçado com o aumento de poderes do Parlamento, partilhado entre as duas câmaras. No século XV, o fenômeno já se acentuara consideravelmente, e a preeminência dos comuns, existente em várias ocasiões nos séculos XVII e XVIII, se tornou definitiva desde 1831, preeminência política que só veio a instituir-se juridicamente em 1911. Contudo, o declínio dos poderes dos lordes não impediu que esse bicameralismo se mantivesse até aos nossos dias.” (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1975, pp. 330-31)

Vale ainda citar PAULO BONAVIDES também a respeito dessa questão. Diz ele:

“O sistema bicameral formou-se espontânea e precursoramente na Inglaterra, sendo produto de circunstâncias históricas e sociais. Nasceu de uma diferenciação de estados ou classes aristocráticas na Europa da Idade Média; conseqüentemente, da necessidade de representação distinta ou separada que essas classes postulavam em defesa de seus direitos e privilégios frente à cabeça política do trono, volvido para as inspirações do absolutismo.”

E aduz:

“Oferece o Parlamento inglês o modelo por excelência dessa divisão bicameral, oriunda, pois, da desigualdade e do divórcio ocorrido no seio da aristocracia. Na Câmara Baixa ficou a representação da pequena e média aristocracia, aliada a uma burguesia emergente ou em formação, ao passo que na Câmara Alta tinham assento os grandes senhores, barões e cavaleiros, que foram na história parlamentar e representativa da Europa ocidental os primeiros a impugnam a autoridade monárquica absoluta. Com o correr dos tempos, acabaram por aproximar-se da realeza, de quem se mostraram fiéis aliados, contrapondo-se de início à burguesia e depois às classes obreiras, principalmente quando estas, a datar do século passado, ingressaram, pelo sufrágio universal, na cena da participação política e militante.”

Sobre a Câmara dos Lordes

A Câmara dos Lordes evoluiu muito desde o seu início. Conserva ainda o seu caráter hereditário; mas, conforme demonstra

JULIEN LAFERRIÈRE, ela nem sempre exerce um papel conservador, de freio às mudanças sociais, econômicas e políticas. Ultimamente, sobretudo após o *Parliament Act*, de 1911, transformou-se numa espécie de câmara de reflexão, na expressão de LAFERRIÈRE, que observa:

“Os ingleses conservaram a Câmara dos Lordes; eles a conservaram por respeito à tradição, por apego a uma instituição venerável, e também por dificuldade de reorganizar sobre bases novas. Mas, ao conservá-la, eles lhe reduziram consideravelmente a importância e o papel na vida política.”

“Até à reforma eleitoral de 1832” — continua — “foi a Câmara dos Lordes que, no seio do Parlamento, desempenhou o papel preponderante na vida política inglesa, menos por suas atribuições formais, do que pela influência que o sistema eleitoral de então lhe permitia exercer sobre o recrutamento e a ação da Câmara dos Comuns. Mas, no curso do século XIX, com o enfraquecimento da preeminência política e social da aristocracia inglesa, com as ampliações sucessivas do corpo eleitoral, com o desenvolvimento do espírito democrático, o povo inglês tomou consciência cada vez mais nítida de que não tinha senão um único representante verdadeiro: a Câmara dos Comuns eleita por ele. A teoria oficial pode muito bem afirmar que a Câmara dos Lordes representa a nação inteira. Esta fórmula aparece como uma simples ficção jurídica. O povo inglês não admite que, nas questões importantes, sua vontade, expressa por seus eleitos, possa ser obstada pela oposição da Câmara aristocrática que é a Câmara dos Lordes.”

O *Parliament Act*, de 1911, foi o desfecho de uma crise de conflito entre a Câmara dos Comuns e a dos Lordes. Depois desse ato, a Câmara dos Lordes viu-se destituída de alguns poderes importantes, principalmente em questões referentes a receita e despesa, para cuja apreciação passou a submeter-se, inclusive, ao instituto (tão execrado no atual regime constitucional do Brasil) do “decurso de prazo”. É o que informa JULIEN LAFERRIÈRE:

“Para as leis financeiras (*money bills*), isto é, as leis que têm diretamente por objeto as receitas e as despesas, e, em caso de dúvida, é o presidente da Câmara dos Comuns quem decide se um projeto é um *money bill*; se um *money bill*, votado pela Câmara dos Comuns e enviado à Câmara dos Lordes um mês ao menos antes do fim da sessão, não tiver sido adotado sem emendas pela Câmara

dos Lordes no prazo de um mês, o projeto, a menos que a Câmara dos Comuns decida de outro modo, não será levado à sanção real, e torna-se ato do Parlamento pela significação do assentimento real, não obstante a oposição da Câmara dos Lordes.”

Na evolução da Câmara dos Lordes, exerceram uma influência muito grande as reformas eleitorais de 1832. Essas reformas estenderam o direito de voto aos trabalhadores industriais e depois aos do campo. Fácil imaginar que, a partir dessas mudanças, a composição da Câmara dos Comuns começou a se alterar. Os trabalhadores passaram a poder votar em candidatos próprios ou que se apresentavam como porta-vozes de interesses e direitos deles, trabalhadores. Não foi senão por isso que acabou por surgir um partido dos trabalhadores, o *Labour Party*. Esse partido tornou-se, com o passar do tempo, o outro grande pólo da vida partidária inglesa, que durante muito tempo fora protagonizada por conservadores e liberais. A medida que se fortalecia o Partido Trabalhista, os liberais foram perdendo terreno. Hoje a polaridade na Grã-Bretanha é entre conservadores e trabalhistas.

Observam JULIEN LAFERRIÈRE e PABLO LUCAS VERDÚ que a Câmara dos Lordes, na sua evolução, não tem sido um reduto conservador impermeável a toda transformação social, política e econômica. Não.

“A aristocracia inglesa” — diz LAFERRIÈRE — “teve a virtude de rejuvenescer os seus quadros admitindo em seu seio indivíduos de outros estratos sociais, que souberam distinguir-se por seus méritos pessoais e pelos serviços prestados ao país.”

LAFERRIÈRE, um dos melhores conhecedores do sistema parlamentar europeu, apresenta umas informações muito esclarecedoras a respeito da composição íntima da Câmara dos Lordes. Conta ele:

“Mas se a hereditariedade faz da Câmara dos Lordes a assembléia da nobreza inglesa, esta não é uma classe fechada, fundada exclusivamente sobre o nascimento. Estabeleceu-se o costume de chamar ao pariato os homens de toda origem que se hajam distinguido no serviço do Estado, na diplomacia, no exército, nas funções civis ou coloniais, ou que conquistaram uma situação eminente nos negócios ou nas profissões intelectuais. A classe social representada pela Câmara dos Lordes, se conserva seu fundo tradicional de aristocracia agrária, sofre um rejuvenescimento constante, ao menos na primeira geração, pela introdução de elementos novos, de sorte que ela representa não

somente a aristocracia nobiliária, mas as diferentes categorias de superioridades sociais. Qualquer que seja aliás sua origem, os novos pares se identificam em geral com o espírito e com as tradições da instituição. A Câmara dos Lordes é essencialmente uma assembléia de caráter conservador, o que não deixa de dar lugar a sérias dificuldades, quando a maioria dos comuns e o ministério pertencem aos partidos políticos de esquerda.”

Informa ainda LAFERRIÈRE:

“Representantes da velha aristocracia inglesa, um Lorde Londonderry, um Marquês de Salisbury, um Duque de Malborough encontram na Câmara dos Lordes elementos novos saídos do povo, Lorde Reading, Vice-Rei das Índias, *ex-clerc-d'avoué*, Lorde Snowden, ex-Ministro das Finanças, outrora pequeno funcionário; Lorde Snell, que começou como *groom* de hotel. Duzentos e cinquenta pares possuidores de mais de três milhões de hectares representam os interesses da propriedade rural e freqüentemente cumprem um papel considerável no seu distrito rural; muitos pares vêm da indústria; mais de trezentos administradores, de sociedades anônimas, de estradas de ferro, de bancos, de companhias de seguros; um grande número, antigos altos funcionários civis e militares. Se muitos pares são ricos, muitos também vivem nas suas terras em uma situação modesta.”

Ainda esta outra informação de LAFERRIÈRE:

“Em setembro de 1933, a Câmara dos Lordes contava com 490 membros conservadores, 78 liberais, 13 socialistas, um independente, 151 membros de opinião não expressa. Até 1924, os trabalhistas não aceitavam participar da Câmara dos Lordes; eles se opunham ao princípio da hereditariedade, *sentiam-se pouco à vontade nesse meio*, e os Lordes não recebiam remuneração parlamentar. Em face da regra inglesa de que um ministro não tem entrada e nem palavra senão na câmara da qual é membro, quando o partido trabalhista chegou ao poder em 1924, foi preciso que o Ministério incluísse um certo número de pares, a fim de ter porta-vozes na Câmara dos Lordes. M. MacDonald, ‘para que o Governo do rei pudesse continuar’, propôs a criação de três pares, que foram tirados, aliás, dentre os liberais que se haviam convertido às doutrinas trabalhistas. Em seguida, alguns pares aderiram ao Partido Trabalhista. A hostilidade

deste último contra o pariato se atenuou, e alguns de seus membros aceitaram ser nomeados para ele.”

Argumentos pró-bicameralismo

Costumam-se invocar os seguintes argumentos em favor do bicameralismo:

1) O bicameralismo assegura uma melhor e mais completa representação da opinião pública. O caráter complexo da opinião pública, a diversidade de matizes que contém, as mudanças repentinas e contraditórias que experimenta, se representam melhor em duas câmaras, principalmente se se tem em conta que toda opinião pública apresenta duas tendências: uma progressista, com ânsias de reformas, e outra mais prudente, tradicional, que lhe serve de freio. O parlamento bicameral pode dar abrigo a ambas as tendências.

2) A dualidade é uma garantia frente ao possível despotismo da assembléia única.

3) A Câmara dupla serve para que o trabalho legislativo se efetue com maiores garantias de ponderação e perfeição. Na segunda câmara, mais reflexão e serenidade, e legislação mais perfeita, pois — diz PABLO LUCAS VERDÚ — “as deficiências que acaso escaparam no projeto elaborado pela primeira câmara podem ser sanadas no exame da segunda”.

4) O sistema de duas assembléias mitiga os conflitos entre o Legislativo e o Executivo, pois uma das câmaras, a segunda, pode servir de árbitro.

5) O sistema bicameral aproveita as personalidades de valor que não conseguem alcançar um lugar na câmara baixa.

6) A segunda câmara pode servir para estabelecer a representação corporativa ou de interesses econômicos.

7) O bicameralismo consolida a opinião parlamentar. ALVIM W. HOBSON (*The unicameral Legislative*, The University of Minnesota Press, Minneapolis, 1938, pp. 51-52), apoiado em STORY, sustenta:

“O bicameralismo é uma garantia contra os grupos de pressão porque é mais difícil convencer duas assembléias do que uma. O parlamento bicameral, eleitas suas câmaras com procedimentos eleitorais distintos e com duração também diversa, é uma garantia frente às repentinas e caprichosas mudanças de opinião parlamentar, exigin-

do-se, para ser aceita, que antes demonstre ter-se consolidado realmente no país.”

8) A segunda câmara continua o controle do Executivo quando a Câmara Baixa houver sido dissolvida.

9) Em toda forma política democrática é necessário um órgão fixo que opere como um freio e contenção em face de um espírito arriscado de reforma. BARTHELEMY-DUEZ e LAFERRIÈRE assinalam o papel conservador e tradicional do rei na monarquia. Nas formas republicanas é necessário, ainda mais, porque maior é a ânsia de inovação. A segunda câmara pode desempenhar com perfeição essa função.

10) O unicameralismo aparece em momentos de crise, de febre política; as revoluções começam com uma assembléia e terminam com duas.

Diz JULIEN LAFERRIÈRE:

“A experiência mostra que a grande maioria das Constituições praticam o bicameralismo. Ela mostra igualmente que, quando países modificam o seu sistema, o fazem em geral para passar da Câmara única à dualidade das assembléias.”

Salienta ainda que, na França, as constituições mais frágeis foram aquelas de câmara única (a de 1791 e a de 1848). E observa que

“Uma série de razões parecem estabelecer bem claramente que as vantagens da dualidade das assembléias se sobrepõem aos inconvenientes que ela possa apresentar.”

Para LAFERRIÈRE, são as seguintes as vantagens da dualidade de câmaras:

1ª) A dualidade de câmaras permite assegurar uma representação mais precisa da opinião do país pelo Parlamento, já que, havendo duas câmaras, com composição não exatamente idêntica, a tendência renovadora e progressista, que reclama reformas, e a tendência do apego ao estabelecido, o espírito de prudência, de tradição, de conservação, tendências essas que são reais dentro de toda sociedade humana, estarão representadas.

2ª) Ela assegura mais estabilidade na opinião parlamentar. Ocorrem às vezes na opinião de um país reviravoltas bruscas que não são senão correntes passageiras, ímpetos momentâneos. Um Parlamento composto de duas câmaras, se essas duas câmaras não foram eleitas do mesmo modo, será menos exposto a sofrer esses ímpetos de opinião efêmeros do que um parlamento composto de

uma única assembléia. Assim, a dualidade das câmaras assegurará mais estabilidade à opinião parlamentar.

3ª) A dualidade assegura um melhor trabalho legislativo.

A objeção dos adversários do bicameralismo de que ele torna o trabalho legislativo mais pesado, difícil e lento, LAFERRIÈRE contrapõe a observação de que

“O essencial para um país não é ter muitas leis, mas ter boas leis; não multiplicar as reformas apressadas, mas fazer reformas úteis e que respondam ao sentimento do país.”

E aduz o constitucionalista francês que os parlamentos compostos de uma câmara única têm uma tendência irrefreável à superposição de leis. E mais: com frequência, um partido que detém a maioria na câmara única efetua, às pressas, reformas intempestivas que encontram resistências sociais diminuidoras da autoridade da lei.

“A dualidade” — afirma LAFERRIÈRE — “opõe uma barreira às reformas apressadas ou prematuras.”

E completa:

“A experiência prova aliás que ela não impede que se façam leis rapidamente, quando a necessidade destas é verdadeiramente sentida.”

Em seguida, procura LAFERRIÈRE aprofundar e precisar o seu pensamento de que o bicameralismo assegura uma qualidade melhor ao trabalho legiferante:

“De outra parte, além da questão da oportunidade, a confecção da lei é uma obra técnica. As leis feitas por uma única assembléia arriscam ser adotadas muito apressadamente. A discussão delas por uma segunda assembléia é uma garantia certa de que, examinada e debatida duas vezes, a lei será melhor, ou, ao menos, menos mal feita. A dualidade é uma garantia de maturidade na confecção da lei.”

Mais:

“A dualidade é uma garantia contra o risco de despotismo de uma Assembléia única.”

Aponta LAFERRIÈRE a tendência da câmara única de se considerar onipotente, em virtude de ser a única representante da nação. Essa tendência não pode se manifestar num regime de dualidade de câmaras. Essa dualidade é a aplicação, ao parlamento,

da idéia de divisão dos poderes, com a garantia que é essa idéia para a liberdade. E cita MONTESQUIEU:

“O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma travará a outra pela sua faculdade mútua de impedir.”

Cita BRYCE:

“Nos Estados Unidos, a necessidade de duas câmaras tornou-se um axioma da ciência política; ela se funda sobre a crença de que a tendência inata de toda assembléia a se tornar apressada, tirânica e corrompida, deve ser reprimida pela existência de uma outra assembléia igual em autoridade.”

LAFERRIÈRE rebate o argumento de que a existência de duas câmaras aumenta os casos de conflitos, ocasionando conflitos entre as duas casas do parlamento. Contesta ele essa ponderação dizendo que o perigo de conflitos irreduzíveis não pode ser exagerado. E que geralmente os desacordos terminam por transação, pela “adoção de uma solução mediana”.

Obtempera LAFERRIÈRE que:

“No funcionamento do organismo constitucional, os conflitos mais freqüentes e mais graves são aqueles que acontecem entre o Legislativo e o Executivo.”

E sublinha:

“Se o parlamento é composto de uma única assembléia, o perigo é que o desacordo entre esses dois poderes, teoricamente iguais e independentes, seja insolúvel pacificamente e que a solução venha por meios violentos: golpe de força do Executivo ou golpe de força da assembléia. Isso é o que aconteceu com as nossas constituições de sistema unicameral. Com duas câmaras, ao contrário, a solução violenta dos conflitos entre o parlamento e o Executivo é menos temível. O mais freqüente é que o conflito ocorra entre o Executivo e uma das assembléias. A outra assembléia servirá de árbitro. Se as duas câmaras se unem contra o governo, é quase certo que este cederá.”

Mudança de Caráter

O caráter conservador, de resistência à democracia, de freio às mudanças radicais, que muitos atribuem à segunda câmara do Poder Legislativo, parece estar se diluindo cada vez mais. Esse caráter se agregou à segunda câmara nas experiências históricas e

políticas dos países da Europa. Quando um CARL SCHMITT, por exemplo, atribui esse caráter ao sistema bicameral, nota-se que o faz de um ponto de vista particularmente europeu.

Na Europa, uma dominação prolongada da aristocracia — a qual não se pode afirmar que em nossa época não mais existe — impregnou todas as instituições políticas de elementos aristocráticos muito fortes. A Câmara dos Lordes, na Inglaterra, e o Senado, na França, eram, foram e têm sido órgãos parlamentares representativos dos interesses sociais e econômicos das castas socialmente dominantes.

A idéia de que uma *câmara alta* deve servir, dentro do mecanismo de funcionamento do Poder Legislativo, de freio aos ímpetus reformadores da *câmara baixa*, manifestou-se — retardatariamente — no Brasil, ainda viva, no episódio da reforma constitucional de abril de 1977. Então, o chamado “Pacote de Abril” criou a figura do senador eleito indiretamente — senador que pegou o apelido de “biônico”. O objetivo da criação dessa figura anômala, estranha, desautorizada, dentro do Senado brasileiro, foi claramente o de estabelecer, no interior dessa segunda câmara legislativa, uma barreira às mudanças políticas que o governo autoritário do General Ernesto Geisel previa pudessem ser feitas pelo Congresso Nacional. Os senadores “biônicos” deviam ser — e foram — um grupo de sentinelas fiéis ao Poder Executivo, uma tropa de confiança do governo militar.

Apesar dessa manifestação seródia que teve no Brasil a concepção antiga do caráter e fim conservador da segunda câmara, a verdade é que essa concepção apresenta, hoje em dia, um interesse muito pequeno, quase meramente histórico. Como bem observa PAULO BONAVIDES, a chamada câmara alta evoluiu. Diz BONAVIDES:

“Onde a câmara alta sobreviveu, manifesta ela de último tendência inversa; aportou-se gradativamente de seu teor aristocrático até se converter numa duplicação da câmara baixa. Desfez-se assim o bicameralismo daquelas conotações reacionárias mais flagrantes, de modo que a instituição de uma segunda casa legislativa se tornou expediente neutro de conveniência sobretudo técnica, com que atender primeiro a um determinado aprimoramento do processo de elaboração de leis, mais racional e mais eficaz, do que propriamente a uma receita política destinada a resguardar interesses e necessidades profundas de representação de classes ou grupos sociais. Nunca, porém, se logrou afastar por inteiro o arraigado ponto de vista de que a segunda câmara é órgão de controle da representação popular e portanto deve sempre existir para contrabalançar os poderes da câmara baixa.”

A experiência americana

Nos Estados Unidos, ocorreu um fenômeno historicamente curioso e politicamente muito significativo: a segunda câmara — o Senado — nasceu, no plano federal, antes da primeira, a Casa de Representantes. É muito diferente da européia, portanto, nesse ponto, a experiência americana. Nos Estados Unidos, o Senado fundou a nação. Quando as treze colônias começaram a se unir para lutar contra o despotismo da Inglaterra, de que maneira o fizeram? Primeiro organizaram, eletivamente, um Congresso Continental, composto de representantes de cada uma das colônias. Um Senado. Esse Senado, denominado Congresso, governou as treze colônias rebeladas, já em via de se converterem, cada qual delas, em Estado independente, durante a guerra da independência e mesmo durante os anos em que, após a independência, durou a Confederação. Quando a Convenção da Filadélfia se reuniu em 1787 para elaborar uma proposta de alteração das cláusulas da Confederação, que era essa Convenção? Um Senado — isto é, uma assembléia de representantes dos estados que se haviam unido em Confederação. Note-se que a Convenção da Filadélfia, abusando do mandato que recebera, ao invés de simplesmente alterar as cláusulas da Confederação, redigiu uma nova Constituição, que substituiu a Confederação por uma Federação. Essa Constituição foi depois submetida à aprovação das convenções estaduais, que a ratificaram, uma a uma. Somente após a entrada em vigor da Constituição federal — em 4 de março de 1789 — foi que surgiu a Casa de Representantes, ou Câmara dos Deputados. Que significa isso? Significa que, nos Estados Unidos, o povo só passou a ter representação após a adoção da Constituição federal. Esta não foi feita por uma assembléia constituinte segundo o modelo europeu e conforme a concepção de poder constituinte elaborada por SIEYÈS; mas sim por uma assembléia de caráter e estrutura senatoriais, entendida a palavra *Senado* na acepção que passou a ter, precisamente depois da Constituição federal dos Estados Unidos, de assembléia de representantes de Estados federados.

Lembra VERDÚ que nos Estados Unidos se estabeleceu o bicameralismo não só “por exigência da forma federal, mas também por temor de possíveis excessos demagógicos”. VERDÚ se esqueceu de dizer que o bicameralismo na Federação americana foi também decorrência de uma tradição robusta e inafastável: como informa ANDRÉ MAUROIS, na sua *História dos Estados Unidos*, no período colonial “cada estado possuía uma legislatura composta de duas câmaras”.

A experiência bicameral que vinha do período colonial em todos os estados, certamente condicionou e mesmo determinou que se

considerasse indispensável uma assembléia de representantes desses estados na Federação estruturada pela nova Constituição federal.

Escrevendo em *O Federalista* a respeito da necessidade de existir em toda república um Senado, MADISON, um dos pais da Constituição federal dos Estados Unidos, arrola os seguintes argumentos.

Primeiro: o Senado “deve em todos os casos ser um salutar controlador do governo”. O Senado “dobra a proteção do povo, por exigir a concorrência de dois órgãos distintos em qualquer esquema visando à usurpação ou à deslealdade, quando, não fora isso, a ambição ou a corrupção de um deles seria suficiente. Esta é uma preocupação baseada em princípios tão claros e agora tão bem compreendidos nos Estados Unidos, que seria mais do que superfluo referi-los”.

Segundo: “A necessidade de um senado é não menos indicada pela tendência de todas as assembléias únicas e numerosas em ceder aos impulsos de súbitas e violentas paixões e ser levadas por líderes facciosos a tomar resoluções intempestivas e perniciosas. Um órgão destinado a corrigir aquele mal deve logicamente não sofrer dele e, conseqüentemente, ser menos numeroso, além de possuir grande firmeza — o que exige que sua autoridade seja mantida ininterruptamente durante um período mais longo”.

Terceiro: “Outro defeito a ser corrigido por um senado decorre da falta de devidos conhecimentos dos princípios e objetivos da legislação. Não é possível que uma assembléia de homens recrutados em sua maioria nas atividades de natureza privada, eleitos por um período muito curto e não motivados para devotar seus intervalos no exercício das funções públicas ao estudo das leis, dos problemas e dos justos interesses de seu país, seja capaz, isoladamente, de evitar uma enorme quantidade de erros no exercício do mandato legislativo. Pode-se afirmar, com a maior segurança, que uma parcela não desprezível das atuais dificuldades da América deve ser imputada aos erros de nossos governos e que tais erros são devidos mais às cabeças do que aos corações de seus autores. O que são, realmente, todas essas leis conflitantes, repetitórias e complementares que inundam e complicam nossos arquivos, senão provas irrefutáveis da deficiência de conhecimentos? São elas responsáveis também por tantas acusações feitas em cada sessão às resoluções tomadas na sessão anterior, fazendo ver ao povo as vantagens de um senado bem constituído”.

Quarto: A necessidade de estabilidade do governo. O Senado fora concebido, pelos autores da Constituição, como um órgão de consulta permanente do Poder Executivo (o que ele deixou de ser na prática sobretudo por causa do precedente constituído por

George Washington, o primeiro Presidente, que se aconselhava com os seus secretários).

Quinto: O Senado seria uma garantia de “governo seletivo e estável”, capaz de assegurar a consideração dos países estrangeiros. Essa consideração era para MADISON indispensável a todo governo.

Sexto: A necessidade de “uma devida responsabilidade no governo perante o povo”. Desenvolvendo esse argumento, explica MADISON que a responsabilidade por “uma sucessão de providências corretas e bem concatenadas” não pode ser conferida a uma assembléa eleita para um período curto de tempo como o dos representantes do povo, cujo mandato era de dois anos e cuja composição, ademais, muito numerosa. “A adequada solução para esta falha” — diz MADISON — “deve ser um órgão adicional no ramo legislativo, o qual, desfrutando de suficiente estabilidade para tratar daqueles objetivos que requerem continuada atenção e uma série de medidas possa ser efetiva e justificadamente responsabilizado pela respectiva consecução”.

A esses seis argumentos, MADISON acrescenta ainda outro: o de que a instituição do Senado “pode ser algumas vezes necessária à defesa do povo contra ocasionais erros e enganos”. MADISON explica: “Assim como o senso ponderado e imparcial deve, em todos os governos, por fim prevalecer — e realmente prevalece —, também há determinadas ocasiões nos assuntos públicos em que o povo, estimulado por alguma paixão anormal ou uma vantagem ilícita, ou ainda iludido por embustes ardilosos de pessoas interessadas, possa clamar por medidas que, mais tarde, ele será o primeiro a lamentar e condenar. Nesses críticos momentos, quão salutar será a interferência de um grupo de cidadãos moderados e respeitáveis, a fim de deter a orientação errada e evitar o golpe preparado pelo povo contra si mesmo, até que a razão, a justiça e a verdade retomem sua autoridade sobre o espírito público! De quantos sofrimentos amargos o povo de Atenas não se teria livrado se seus governos tivessem providenciado uma salvaguarda contra a tirania de suas próprias paixões?”

Sintetizando suas reflexões sobre exemplos fornecidos pela História, MADISON afirma: “Nenhuma república sem senado teve vida longa”.

Necessidade de uma segunda câmara

Conta PABLO LUCAS VERDÚ que, em fins do século passado, BRUNALTI defendia o sistema bicameral inspirando-se em BIOBERTI (*Del rinnovamento civile d'Italia*, Paris e Turim, Ed. Bocca, 1851, t. 2, pp. 405-406), “apontando como nos mesmos países que careciam

de Senado se sentia a necessidade de recorrer a diversas instituições (tribunal de cassação, conselhos provinciais, diferentes deliberações com maiorias qualificadas), que eram verdadeiras concessões em favor da segunda câmara". Esse argumento é muito importante. É a constatação de um fato: o de que, quando se suprime a "segunda câmara", sente-se a necessidade incontornável de criar-lhe um sucedâneo, uma entidade que lhe faça as vezes, que lhe cumpra a função, que lhe desempenhe o papel. Eliminar e criar um sucedâneo é o mesmo que não eliminar — e é o mesmo que reconhecer o erro da eliminação, ou a necessidade da coisa eliminada. A Carta Constitucional imposta ao país em 1937 fornece um exemplo disso. Eliminou o Senado — a segunda câmara —, mas criou um Conselho Federal para o lugar dele. Nos termos do art. 50 dessa falsa Constituição que todo o mundo despreza e ninguém lê,

"O Conselho Federal compõe-se de representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República. A duração do mandato é de seis anos."

De acordo com o parágrafo único desse art. 50,

"Cada Estado, pela sua Assembléa Legislativa, elegerá um representante. O governador do Estado terá o direito de vetar o nome escolhido pela Assembléa; em caso de veto, o nome vetado só se terá por escolhido definitivamente, se confirmada a eleição por dois terços de votos da totalidade dos membros da Assembléa."

Para ser membro do Conselho Federal, havia — nos termos do art. 51 da Carta — um requisito grotesco: além de ser brasileiro nato, maior de trinta e cinco anos e eleitor, o candidato precisava ter exercido, "por espaço nunca menor de quatro anos, cargo de governo na União ou nos Estados". Esse Conselho tinha a competência de legislar para o Distrito Federal e para os territórios, no que se referisse aos "interesses peculiares dos mesmos" (*sic*). E tinha a iniciativa dos projetos de lei sobre tratados e convenções internacionais, comércio internacional e interestadual, e regime de portos e navegação de cabotagem. Competia-lhe ainda aprovar as nomeações de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas, dos representantes diplomáticos, exceto os enviados em missão extraordinária, e aprovar os acordos concluídos entre os Estados. Essa instituição esdrúxula — que, como quase tudo da Carta de 1937, não existiu — seria presidida "por um ministro de Estado, designado pelo Presidente da República".

Em síntese, e repetindo: quando se suprime a segunda câmara, fica um vazio; esse vazio é em geral preenchido por um outro órgão, com funções, atribuições e competências ou iguais ou semelhantes

às da segunda câmara suprimida. Em outras palavras: o vazio criado pela supressão da segunda câmara em geral se supre por meio de uma outra câmara, só que ora mais ora menos mutilada.

A necessidade da existência de um órgão investido de atribuições da espécie daquelas atualmente atribuídas à casa legislativa que, nas federações, cumpre um papel equivalente ou semelhante ao do atual Senado do Brasil se patenteia quando se verifica que tais funções são indispensáveis ao Poder Legislativo. Unicameral ou bicameral, o Poder Legislativo tem de desempenhar essa espécie de funções. Se unicameral, terá a assembléia de dotar-se e equipar-se de um, digamos, setor, ou departamento, ou comissão, ou que nome tenha, que desempenhe as funções de

1º) rever, revisar ou corrigir o trabalho legislativo realizado pela outra câmara, no sentido de o aprimorar e escoimar de defeitos inevitáveis e que a prática quotidiana do Parlamento revela de maneira às vezes contundente;

2º) tribunal político, para julgamento dos membros dos demais Poderes do Estado;

3º) órgão de seleção dos ocupantes de cargos determinados;

4º) autorizar empréstimos ou acordos externos de qualquer natureza, de interesse dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;

5º) e outras funções respectivas ou relacionadas à estrutura federal do Estado brasileiro.

Se um Poder Legislativo unicameral precisa assim, forçosamente, em sua estrutura, de um braço ou órgão ou "departamento" com funções correspondentes às de um Senado, então é melhor que se subdivida logo o Poder Legislativo em duas câmaras, a fim de que entre as duas se distribuam funções que, por natureza, não podem ser cumpridas por uma câmara só.

Não se escolhe abstratamente

Na questão bicameralismo *versus* unicameralismo não se pode decidir com abstração da realidade histórica dentro da qual se apresenta o dever ou a oportunidade de fazer a opção entre os dois modelos. A questão da estrutura do Poder Legislativo é eminente e fundamentalmente histórica. Tem de ser pensada à luz da experiência histórico-social de cada país. Não existe um modelo ideal de Poder Legislativo: não existe o Poder Legislativo, mas sim tantos exemplares de Poder Legislativo quantas são as organizações estatais que os contêm — e todas elas o contêm. Não existe um arquétipo de Poder Legislativo aplicável ou imponível a todos os países

— ou a qualquer país. Os Estados Unidos têm o seu Poder Legislativo, como a Grã-Bretanha tem o dela, a França, a União Soviética etc. O Poder Legislativo é uma instituição social. Toda sociedade tem o seu Poder Legislativo, pois toda sociedade humana vive sob a disciplina de leis. Alguém faz essas leis. Ou o sacerdote, ou o rei, ou um conselho de anciãos, ou algo como o parlamento moderno. O parlamento moderno nasceu na Inglaterra. Atualmente não existe país que não tenha o seu parlamento. PABLO LUCAS VERDÚ comenta:

“O parlamento é uma instituição. Isto é, não está somente previsto nas normas constitucionais e regulamentares que o configuram, mais do que isso ele radica na sociedade política, é expressão de suas necessidades e veículo das ideologias que as modulam e justificam.”

Essa mesma idéia é expressa por PAULO BONAVIDES:

“O bicameralismo (repartição do Legislativo em duas casas) e o unicameralismo (uma só Assembléia Legislativa), longe de constituírem apenas princípio teórico de aferição democrática de organização do poder no moderno Estado representativo, conforme fizeram valer certas posições doutrinárias, devem também ser compreendidos como técnicas de construção do Poder Legislativo, aplicáveis de acordo com as peculiaridades políticas de cada povo, a par das aspirações e exigências concretas, resultantes do desenvolvimento histórico, da natureza do regime político, da forma de Estado adotada e das crenças e valores reinantes no interior de uma nação em determinada época”.

A história da gênese e evolução do parlamento moderno na cultura que primeiro o engendrou — a Inglaterra — demonstra que a estrutura dessa instituição social, que é o Poder Legislativo, é filha vagarosamente construída da história total de cada sociedade. Impossível um Parlamento francês igual ao Parlamento inglês. Impossível um Parlamento norte-americano igual ao soviético. Cada sociedade engendra o seu parlamento com características próprias.

Cada povo tem a sua história peculiar, dentro da qual e ao longo da qual se engendram e evoluem as suas instituições políticas. Por isso, nenhuma instituição política copiada, imitada ou transplantada alcança radicação autêntica. Funciona mal, por ser postíça.

A questão de saber qual estrutura do Poder Legislativo é mais conveniente não pode ser debatida nem muito menos decidida

apenas no plano das idéias. É certo que pode e deve ser discutida também no plano das idéias; no plano dos modelos abstratos. É sempre possível examinar, no arcabouço abstrato de uma instituição, virtudes e defeitos. Mas essa verificação só adquire valor operacional, à luz da *praxis* histórica. Não se pode saber se o bicameralismo é melhor ou pior do que o unicameralismo pensando de maneira abstrata. O que se deve fazer é examinar o unicameralismo ou o bicameralismo na realidade de sua prática quotidiana, de sua experimentação histórica, social e política. Não existe, assim, unicameralismo; nem existe bicameralismo. Existe o unicameralismo deste ou daquele país. Existe o bicameralismo norte-americano, o bicameralismo brasileiro, o bicameralismo inglês. Para se avaliar a conveniência, as vantagens e desvantagens, as virtudes e deficiências do sistema bicameral no Brasil, é mister analisá-lo em função da nossa experiência histórica, da nossa realidade peculiar, das necessidades próprias da sociedade nacional brasileira.

Não adianta, de modo algum, não tem o menor sentido dizer-se a um cidadão norte-americano que o Senado dos Estados Unidos não é necessário ao funcionamento do Poder Legislativo. É que, nos Estados Unidos, o Senado corresponde a uma necessidade. Nasceu como resposta a uma necessidade, como solução de um problema, e continua a existir por ser a resposta adequada aos desafios políticos da sociedade norte-americana: os dilemas políticos norte-americanos dependem da atuação do Senado. Igualmente, não vá alguém preconizar, na Grã-Bretanha, a dissolução da Casa dos Lordes, increpando-a de supérflua ou excrescente. A experiência histórico-política da Grã-Bretanha ainda não aconselhou a supressão da sua câmara alta, que hoje é, lá, muito mais uma câmara de reflexão do que de legislação e de julgamento.

Bicameralismo e federação

Essa questão da necessidade de uma dualidade de câmaras do Poder Legislativo se torna bem mais clara quando se examina a estrutura dos Estados federais. Parece que o bicameralismo é inerente ao federalismo. Federação sem um parlamento bipartido parece ser uma estrutura defeituosa essencialmente.

A experiência histórica ensina que dizer federação é dizer Poder Legislativo bicameral. Uma estrutura impõe a outra. Federação é uma composição de Estados — os quais precisam ter, de per si e no seu conjunto, representação política. O órgão de representação política dos Estados-membros de uma federação é uma estrutura mais ou menos típica. Nos Estados Unidos da América, chama-se Senado. Nesse outro grande Estado federal hodierno que é a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, é o Soviete das Nacionalidades, o qual forma, juntamente com o

Soviete da União, o Soviete Supremo, “órgão supremo do poder estatal da URSS”. O Soviete das Nacionalidades representa as repúblicas federadas, as repúblicas autônomas, as regiões autônomas e as circunscrições autônomas (arts. 108, 109 e 110 da Constituição da URSS). Na República Federal da Alemanha, o Poder Legislativo é exercido pela Assembléia Federal de Deputados, que “representam todo o povo”, e pelo Conselho Federal, que representa os Estados. A Constituição — Lei Fundamental de 23 de maio de 1949 — expressa o caráter do Conselho Federal de uma forma exemplar:

“Art. 50 — Os Estados participam na legislação e na administração federais por intermédio do Conselho Federal.”

Mas o Conselho Federal não é eletivo: seus membros são nomeados pelos governos dos estados; e nele a representação dos estados não é paritária: varia de acordo com o número da população de cada estado.

Bicameralismo no Brasil

No Brasil, o Poder Legislativo foi sempre bicameral, ainda que imperfeitamente no regime da Constituição de 1934. Não se pode falar da Carta Ditatorial de 1937 — em que se adotou também o sistema bicameral, com a segunda câmara transmutada em um Conselho Federal teratológico —, por não ter sido posta em prática em nenhum dos seus preceitos, além daqueles que lhe atribuíam poderes absolutos, mormente o art. 180.

A segunda câmara do Poder Legislativo, no Brasil, foi sempre o Senado. A evolução do Senado tem percorrido uma trajetória de democratização progressiva, em sua composição. No regime da Carta Constitucional de 1824, os senadores eram vitalícios e escolhidos pelo Imperador de uma lista tríplice de nomes eleitos pelas províncias. A eleição nas províncias era feita por voto direto dos eleitores paroquiais, escolhidos, por seu turno, pelo voto direto dos eleitores de freguesia. Convém transcrever as normas da Carta de 1824 referentes ao Senado:

“Art. 13 — O Poder Legislativo é delegado à Assembléia Geral com a sanção do Imperador.

Art. 14 — A Assembléia Geral compõe-se de duas câmaras: Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores ou Senado.

.....
Art. 40 — O Senado é composto de membros vitalícios, e será organizado por eleição provincial.

Art. 41 — Cada província dará tantos senadores quantos forem metade dos seus respectivos deputados, com a diferença que, quando o número de deputados da província for ímpar, o dos seus senadores será metade do número imediatamente menor, de maneira que a província que houver de dar onze deputados dará cinco senadores.

Art. 42 — A província que tiver um só deputado elegerá, todavia, o seu senador, não obstante a regra acima estabelecida.

.....

Art. 45 — Para ser senador requer-se:

1º) que seja cidadão brasileiro, e que esteja no gozo de seus direitos políticos;

2º) que seja pessoa de saber, capacidade e virtudes, com preferência os que tiverem feito serviços à Pátria;

3º) que tenha de rendimento anual, por bens, indústria, comércio ou emprego, a soma de 800\$00.

Art. 46 — Os Príncipes da Casa Imperial são senadores por direito, e terão assento no Senado logo que chegarem à idade de 25 anos.”

Tinha o Senado, portanto, em razão dos requisitos para dele fazer parte, um caráter mais conservador do que a Câmara dos Deputados. Porém, não há dúvida de que se diferenciava muito das câmaras aristocráticas européias (Câmara dos Lordes e Câmara dos Pares da França), nas quais o provimento era feito segundo o princípio hereditário ou por escolha da Coroa, em todo caso sem eleição prévia, como observou AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO.

De acordo com o art. 13 da Carta Constitucional, “o Poder Legislativo é delegado à Assembléa Geral com a sanção do Imperador”. A Assembléa Geral se compunha da Câmara dos Deputados e da Câmara dos Senadores ou Senado. O processo legislativo não se completava sem a participação das duas casas integrantes da Assembléa Geral.

Além da atribuição de propor e aprovar projetos de lei, em conjunto com a Câmara dos Deputados, o Senado tinha atribuições de corte judicial, devendo conhecer dos delitos individuais cometidos pelos membros da família imperial, ministros de Estado, conselheiros de Estado e Senadores, e dos delitos dos deputados durante o período da legislatura; conhecer da responsabilidade dos secretários e conselheiros de Estado. Cabia-lhe expedir cartas de convocação da Assembléa, caso o Imperador o não houvesse feito dois meses depois do tempo determinado pela Constituição, reunindo-se

para tal extraordinariamente. Cabia-lhe ainda convocar a Assembléia na morte do Imperador para eleger a Regência.

Na Constituição da República de 1891, o Senado conservou as atribuições de corte judicial; mas perdeu a de convocar o Congresso Nacional em qualquer caso. Para eleger-se senador, a idade mínima diminuiu para 35 anos.

A posição do Senado no quadro constitucional foi modificada profundamente na Constituição de 1934. Nos termos do art. 88, ao Senado Federal incumbia “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”. A representação dos estados diminuiu de três para dois Senadores. A idade mínima continuou a ser de 35 anos. A representação de cada estado passou a renovar-se pela metade, conjuntamente com a eleição da Câmara dos Deputados. As atribuições privativas do Senado Federal foram ampliadas, mas foi-lhe tirada a função de corte judicial, a qual passou à Corte Suprema nos crimes comuns do Presidente da República e nos crimes comuns e de responsabilidade dos ministros de Estado. Para os crimes de responsabilidade do Presidente da República e para os dos ministros de Estado, conexos com os do Presidente, a Constituição criou um tribunal especial. O Poder Legislativo foi atribuído à Câmara dos Deputados, “com a colaboração do Senado Federal”. A participação do Senado no processo legislativo passou a limitar-se a determinadas matérias, de caráter mais propriamente federal, como estado de sítio, sistema eleitoral e de representação, organização judiciária federal, tributos e tarifas, mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional, tratados e convenções com as nações estrangeiras, comércio internacional e interestadual, regime de portos, navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União, vias de comunicação interestadual, sistema monetário e de medidas, banco de emissão, socorros aos estados, matérias em que os estados tivessem competência legislativa subsidiária ou complementar.

Um fato deve também ser observado na Constituição de 1934: as normas relativas ao Senado sofreram uma deslocação tópica muito significativa. Saíram do capítulo do Poder Legislativo e passaram para um capítulo à parte, especial, denominado “Da Coordenação dos Poderes”, dentro, ainda, do título I, que tratava “Da Organização Federal”. O Senado Federal foi focalizado, na Constituição de 1934, após o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo.

No regime da Constituição de 1946, o Senado recuperou sua competência de corte judicial, para julgamento do Presidente da

República nos crimes de responsabilidade e dos ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com os do Presidente, para processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República nos crimes de responsabilidade. O limite mínimo de idade continuou de 35 anos.

As Cartas Constitucionais de 1967 e 1969 mantiveram as mesmas atribuições e competências conferidas ao Senado pela Constituição de 1946.

O Brasil e o federalismo

Ao contrário do que muita gente pensa e diz — repetindo impensadamente um lugar-comum infundado na realidade dos fatos —, a federação, no Brasil, não foi uma criação artificial, uma importação de modelo estrangeiro, uma imposição forçada dos fundadores da República. A federação correspondeu, no Brasil, ao atendimento de uma necessidade profundamente enraizada nas condições de vida da sociedade brasileira diversificadamente distribuída nas capitanias e depois províncias do país. Essa necessidade se expressou, com muita frequência, por meio de reivindicações, proclamações, denúncias, projetos, lutas partidárias, construções teóricas etc. Sempre houve, na história do Brasil, uma reivindicação de autonomia política e administrativa da parte das diversas regiões. O centralismo político e administrativo do Império nunca deixou de provocar oposição e denúncias severas dos pensadores políticos mais representativos do País. Quando se lêem os publicistas brasileiros do século passado — um TOBIAS BARRETO, um TAVARES BASTOS —, verifica-se quanto era geral e profunda a reivindicação de autonomia e descentralização político-administrativa na consciência brasileira. O centralismo do período colonial, trazido por Portugal, e que prosseguiu, embora atenuado, durante o Império, é que foi uma solução artificial, imposta autoritariamente, de cima para baixo. Um centralismo que asfixiava, matava, abafava a vida política, mental e econômica das regiões em que se repartia o país.

No processo de estruturação do Estado brasileiro, há um movimento de sístole e diástole que alterna o predomínio das forças centralizadoras com a aceitação de princípios e normas descentralizadores, federalizantes. Atravessamos, atualmente, um período de predomínio, na consciência nacional, da corrente que pensa e concebe o Brasil como uma realidade diversificada necessitada de expressão constitucional, política e administrativa. Em outras palavras: predomina hoje no Brasil a tendência a entregar aos estados uma autonomia política e administrativa maior, mediante a qual se propicie a prática de processos e procedimentos democráticos de participação do povo nas decisões e no controle dos atos político-administrativos.

Propostas para o Senado

A outorga de maiores competências ao Senado corresponderia precisamente a esse impulso de fortalecer a federalidade do Estado brasileiro. Mais autonomia para os estados-membros: conseqüentemente mais força para o seu órgão de representação, a segunda câmara do Poder Legislativo — o Senado Federal, ou simplesmente *Senado*.

PAULO BONAVIDES, no seu artigo tantas vezes citado aqui, diz que, em face do grande abalo sofrido, no Brasil, pelo sistema federativo, nos últimos anos,

“há uma instituição cujos fundamentos devem justificadamente ser reexaminados. Essa instituição é, sem dúvida, o Senado. De sua reforma poderá resultar um fortalecimento da ordem federativa.”

Diz BONAVIDES que, além da participação paritária junto da Câmara dos Deputados no exercício da função legislativa ordinária, abrem-se ao Senado, no âmbito da estrutura federativa, importantes tarefas que lhe assinam um lugar de hegemonia como ramo do Congresso Nacional.

“Essas tarefas” — declara o constitucionalista cearense — “deverão conter-se num quadro de competência, cujo alargamento se recomenda, em ordem a fazer da instituição um dos instrumentos mais idôneos, em ocasiões de crise, a preservar o sistema federativo e afiançar-lhe meios de contrastar os excessos políticos da centralização, concentrada na competência da União e nas atribuições do Presidente da República, titular do Poder Executivo.”

Sugere, então, BONAVIDES que se conceda ao Senado

“um certo controle tocante à legalidade dos atos do Executivo; que se lhe atribua a iniciativa, tutela e fiscalização da política nacional de planejamento; que se lhe outorgue competência ampla e poder decisório em matéria de intervenção federal; e se lhe confira, enfim, a faculdade de uma superintendência eficaz da política exterior.”

Pensamos também que, numa linha de coerência com a idéia de que uma das funções mais importantes de uma segunda câmara legislativa é a de revisar e aperfeiçoar o trabalho oriundo da outra câmara, precisa o Senado adotar normas de procedimento que assegurem autenticidade ao seu trabalho quando lhe tocar a tarefa de revisar. Se o Senado se contentasse em ser um mero homologador passivo das decisões da Câmara dos Deputados, estaria se degradando e negando a sua natureza e uma das suas funções mais

sérias. Quem conhece bem — na sua intimidade — o processo legislativo, tal como se faz durante o seu quotidiano, sabe da necessidade inafastável de que o trabalho de uma câmara seja revisto por uma outra. É imensa a possibilidade de ocorrerem erros. A revisão pode corrigi-los a tempo.

A razões de ordem técnica justificadoras e exigidoras da existência de duas câmaras do Poder Legislativo juntam-se razões de ordem política — exigências de uma federalidade ampliada da estrutura estatal.

Concluindo: é preciso abandonar, na discussão do dilema bicameralismo *versus* unicameralismo, a concepção antiga e obsoleta do Senado — ou da segunda câmara — como uma assembléia de representação de uma elite de proprietários conservadores e encasacados. Isso é coisa de uma Europa que, também ela, não existe mais. Abandone-se, de uma vez para sempre, a imagem do Senado como a de uma câmara alta, com o que tem este adjetivo de denotação aristocrática — no mau sentido, que não é o etimológico, desta palavra. Nada disso. Câmara alta, o Senado, sim — mas por causa da importância de suas competências e funções. Câmara revisora, sim. Câmara dos estados, sim. Assembléia de revisão, sim. Assembléia da Federação, sim.

B I B L I O G R A F I A

- BONAVIDES, Paulo. O Senado e a Crise da Federação. In: *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 50, abr./jun. 1976.
- HAMILTON, Alexandre; MADISON James e JAY John. *O Federalista*. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984.
- HAURIOU, Maurice. *Derecho público y constitucional*. Madri, Instituto Editorial Reus, (sem data).
- JACQUES Paulino. Pelo Senado misto. In: *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 50, abr./jun. 1976.
- LAFERRIÈRE, Julien. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris, Editions Domat Montchrestien, 1947.
- MAUROIS, André. *Histoire des Etats-Unis*. Paris, Editions Albin Michel, 1959.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio, Forense, 1960.
- RUSSOMANO, Rosah. O Senado e o bicameralismo federal brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 50, abr./jun. 1976.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, (sem data).
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. 2ª ed. Madri, Editorial Tecnos, 1976.

Origem, conceito, tipos de Constituição, Poder Constituinte e história das Constituições brasileiras

CARLOS ROBERTO RAMOS

Professor da Universidade Federal
de Viçosa

Origem da Constituição

Foi na Inglaterra que a liberdade política e a igualdade civil se manifestaram no mundo moderno, ao menos timidamente, como condições indispensáveis à vida social.

João Sem Terra, na luta que travou com os barões e prelados (título honorífico privativo de dignidades eclesiásticas), foi vencido em 1215, quando foi obrigado a assinar a Magna Carta, em cujos 63 artigos se vêem as garantias e a limitação à autoridade real, reclamadas pelos nobres e os religiosos. O povo não participou daquele movimento.

Por importante, citaremos dois textos da Carta, em cujos conteúdos aparecem pela primeira vez, respectivamente, manifestações de liberdade política e liberdade civil:

“§ 12 — Nenhum imposto ou obrigação será estabelecido senão pelo Conselho de Reino (composto de barões e prelados).”

“§ 39 — Nenhum homem livre poderá ser preso, detido, privado de seus bens, posto fora da lei ou exilado sem julgamento de seus pares ou por disposição de lei.”

Aqui, portanto, a primeira manifestação constitucional.

Mais recentemente, em 1688, o Parlamento aprovou o **Bill of Rights** — Declaração de Direitos ou Projetos de Direitos —, o que veio se aproximar do sentido atual de Constituição.

Com o decorrer do tempo, o Parlamento vai limitando a autoridade do rei, estabelecendo a liberdade dos cidadãos, condicionando o rei às leis aprovadas pelo Parlamento, proibindo-o de revogá-las, proíbe penas excessivas e cruéis aos criminosos, franqueando a todo cidadão o direito a petição etc. Faltava-lhes o direito à liberdade religiosa.

Os ingleses contrários à doutrina religiosa de seu país foram perseguidos, conseguindo escapar no navio **May Flower**, fixando moradia nos Estados Unidos, que muito ganharam com esses novos habitantes, pois lá foram consagrados, unanimemente, os direitos individuais, mercê do espírito liberal e da experiência dos ingleses, lá refugiados.

A primeira constituição escrita é a da Suécia — 1722 (Constituição do Rei Gustavo), segundo ANNA MUCCI PELÚZIO (**Organização social e política do Brasil**, 1984, UFV).

A maioria dos autores, entretanto, aponta a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada na Convenção da Filadélfia, em 1787, como sendo a primeira escrita.

Segue-se a Constituição francesa, de 1791, elaborada pela Assembleia Constituinte da França, de 18 a 27 de agosto, logo após a Revolução de 1789. Ficou famosa a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, como se intitulou à época. Esse documento, sendo a mais ampla declaração de direitos individuais, o mais complexo, o de mais solene redação, ofuscou os demais que o antecederam.

Os efeitos desse movimento se fizeram alastrar pelo mundo, sofrendo, pois, a Constituição norte-americana de 1787 a sua primeira emenda em 1799, justamente para incorporação daqueles princípios contidos na Constituição francesa.

Basicamente, hoje se repete em todas as constituições do mundo o capítulo das declarações dos direitos humanos, inclusive nas brasileiras.

É verdade, porém, que a evolução e o dinamismo do direito têm burilado aqueles princípios, mas, para nós, como bem o disse RUI BARBOSA, “eles são imortais, mas não imutáveis”. Imortais, pois encerraram uma página de lutas, de desrespeito ao ser humano, fazendo renascer a esperança no Estado fraterno, livre e democrático.

Conceitos

Constituição — do latim *constitutio*, de *cum* + *statuere* = estatuir conjuntamente, indicando organização, composição, ato de firmar, de estabelecer, de construir.

“É a lei fundamental de um Estado, na qual se acham expressas, orgânica e sistematicamente, as bases de sua estrutura, tais como: regime de governo, órgãos da administração do Estado e limites de sua competência, direitos e deveres fundamentais do cidadão e outros aspectos e determinações relativos à manutenção e defesa do Estado” (**Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo**, Ministério da Educação e Cultura, Fundação Nacional do Material Escolar, 2ª ed., 1972).

“O meio social e histórico exerce uma profunda e visível influência sobre a ordem jurídica, que não se desenvolve alheia às circunstâncias da realidade econômica e social. A Constituição se modela por influência de fatores circunstanciais de uma sociedade determinada, refletindo os usos e costumes dominantes, as tradições religiosas e culturais, o sistema de forças produtivas, uma série de fatores econômicos e culturais que lhe imprimem a sua marca indelével” (PINTO FERREIRA, **Curso de direito constitucional**. 3ª ed., Saraiva, 1974, v. 1, p. 7).

ORBAN definiu constituição assim: “é a lei fundamental do Estado, anterior e superior a todas as outras”.

LESTRADE: “fixa as relações recíprocas entre governantes e governados”.

ARISTÓTELES, em *Política*, definiu constituição assim: “é a ordem da vida em comum, naturalmente existente entre os homens de uma cidade ou de um território”.

COOLEY: “é o corpo de regras e máximas segundo as quais os poderes da soberania são habitualmente exercidos”.

WATSON: “é um instrumento escrito que discrimina os poderes e suas limitações, separa as funções e define a autoridade de cada ramo de governo”.

BLACK: “a constituição de um Estado é a lei fundamental do Estado, contendo os princípios sobre os quais se fundamenta o governo, regulando as divisões dos poderes soberanos, ordenando as pessoas às quais cada um deles deve ser confiado e a maneira pela qual deve ser exercido”.

MAURICE HAURIU: “a constituição de um Estado é o conjunto de regras relativas ao governo e à vida da comunidade estatal, considerada desde o ponto de vista da existência fundamental desta”.

JELLINEK: “a constituição dos Estados abraça, por conseguinte, os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, fixa o círculo de ação e,

por último, a situação de cada um deles com respeito ao poder do Estado”.

GARCÍA PELAYO: “um processo de racionalização e planificação da vida estatal”.

PEDRO CALMON: “é o corpo de leis que rege o Estado, limitando o poder de governo e determinando a sua realização”.

RODRIGO OCTAVIO: “constituição é um corpo de regras e princípios em conformidade com os quais são normalmente exercidos os poderes públicos do Estado e assegurados as liberdades e direitos individuais”.

Para SAHID MALUF, constituição “é o conjunto das normas que definem a estrutura do Estado, estabelecem a tríplice divisão do poder, fixam a competência dos órgãos estatais e garantem o exercício dos direitos fundamentais do homem”. “A principal finalidade da Constituição é a garantia das liberdades e dos direitos individuais. Por isso mesmo, não há Estado liberal sem constituição, isto é, sem este conjunto de normas restritivas do poder público” — continua MALUF.

Os franceses, em sua Declaração de Direitos de 1789, art. 16, formularam esse entendimento: “Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia de direitos individuais nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

O mesmo princípio se reafirmou na Constituição francesa de 1848: “A separação de poderes é a primeira condição de um povo livre”.

A Constituição federal americana assim consagrou: “Quando na mesma pessoa o Poder Legislativo se confunde com o Executivo, não há mais liberdade”.

THEMISTOCLES CAVALCANTI define constituição como “a lei de todas as leis”. É o documento que versa sobre a organização da vida política de um Estado.

Constituição, para DE PLÁCIDO E SILVA, “designa o conjunto de regras e preceitos, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo, para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um de seus componentes”.

DARCY AZAMBUJA, em conceito didático, restrito e usual, definiu assim: “Constituição é o conjunto de preceitos jurídicos, geralmente reunidos em um código, que discrimina os órgãos do poder público, fixa-lhes a competência, declara a forma de governo, proclama e assegura os direitos individuais”.

“A constituição é um apelo, é um horizonte, é uma possibilidade de institucionalizar as necessidades e os anseios da pátria, consubs-

tanciando um tipo de ordenamento jurídico para reger os direitos da cidadania, em razão do bem-estar social da população, dentro da ordem pública. A Constituição é, por conseguinte, a legitimação do bem comum” (Reitor SEBASTIÃO GUIMARAES VIEIRA. Universidade Regional do Nordeste, Boletim do Conselho de Reitores).

“A constituição é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo” (DALLARI, 1986).

Sinônimos de Constituição: Lei das Leis, Carta Magna, Lei Fundamental, Código Supremo, Estatuto Básico, Superlei etc.

Pressuposto básico da Constituição

Toda constituição há de ser o retrato fiel do Estado, tendo como alma a Declaração dos Direitos e Deveres dos Cidadãos, e como corpo as regras de organização de seu regime, de seus Poderes, de seus serviços administrativos.

Como bem o disse MELLO CANÇADO, em seu *Direito de Ser Feliz*, a Constituição consagra os desejos e as aspirações do povo e entre esses desejos está o direito à felicidade. Já a Constituição da Polônia de 1935 consagrava: “O Estado Polonês é o bem comum de todos os cidadãos”.

Com mais clareza, ainda, o Ato Constitucional americano de 1793 disse: “O regime político nacional visa à busca da felicidade dos indivíduos”.

Aliás, todas as constituições, ao menos as dos Estados democráticos, deverão impregnar-se do pressuposto básico de que nos falou JACQUES MARITAIN, em seu livro *O Homem e o Estado*: “O fim do Estado é melhorar as condições da própria vida humana, ou obter o bem comum da multidão”.

O que é bem comum senão a felicidade geral?

BLACK, professor norte-americano, asseverava que no termo **constituição** estão contidas duas idéias:

- a) a regulamentação da forma de governo;
- b) a garantia das liberdades do povo.

As constituições não podem nascer da vontade de poucos, da vontade de governantes, tão comprometidos, mas da vontade do contingente humano que compõe o Estado, que é, em suma, a razão deste.

Já o disse, e muito bem, HERMES LIMA: “As constituições outorgadas falta a dignidade política. Elas espelham uma situação em que a representatividade foi substituída por um sistema que, no fundo, deseja impor uma concepção privilegiada pela autoridade dos que detêm o controle do poder”.

Pergunta-se o referido mestre: “A quem cometer a defesa da Constituição? A melhor defesa estará num regime de liberdade política — liberdade de pensamento — e na formação moral e intelectual dos governantes”.

A outorga de uma constituição pelo Poder Executivo, como aconteceu com os três ministros militares — Emenda nº 1/69 — foi um esbulho, pois ocorreu a cessão, a doação de uma coisa que eles não possuíam.

PAULO BROSSARD disse-o bem: “Eu não posso outorgar poderes ao meu vizinho que aliene este prédio pela simples razão de que este prédio não me pertence”.

Apesar de a idéia de constituição ser uma lei suprema, superior a todas as outras, haver-se concretizado no século XVIII, com a primeira Constituição escrita, a Constituição dos Estados Unidos, não é nova essa concepção, haja vista certos ensinamentos que nos vêm da época do absolutismo francês. Na França, onde o absolutismo alcançou seu esplendor com Luís XIV, autor da célebre frase “O Estado sou eu” (*L'État c'est moi*), distinguia-se entre Leis Fundamentais do Reino e Leis do Rei.

As Leis Fundamentais do Reino eram aquelas superiores aos próprios reis, sobre as quais ele era impotente. Nos momentos de crises eram invocadas. Leis do Rei assemelhavam-se às leis ordinárias.

Luís XIV, que podia tudo, não podia se fazer suceder por sua filha, pois que as Leis Fundamentais do Reino, no caso a Lei Sállica, não permitiam o acesso de mulheres ao trono da França.

Por que a Constituição?

“A idéia original dessa invenção política foi contrapor ao poder pessoal uma lei maior; submeter os caprichos do monarca ou do tirano a princípio mais alto, protegendo, portanto, o homem comum dos abusos e desmandos do Príncipe. As constituições surgiram em momento de declínio do poder pessoal; foi aí que se percebeu sua necessidade.” (JOSÉ ARTHUR RIOS — Constituições e instituições. In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 22 n. 88, p. 5.

O constitucionalismo teve como objetivo primeiro “assegurar aos cidadãos proteção contra o déspota”. Não foi outro o ensinamento de WALTON HAMILTON, quando sentenciou: “Lei para o governo, salva-

guarda de direitos individuais, consignados em letra de forma — eis a Constituição”.

A partir da Constituição norte-americana de 1787, novo movimento explode no mundo: “o constitucionalismo”. Não houve país que não experimentasse, nessa época, o processo constitucional. Virara moda e Constituição era remédio para todo mal. Surgiram as revoluções liberais e as Constituições passaram a absorver novos institutos: o sufrágio universal, a igualdade perante a lei, o júri etc.

Continua JOSÉ ARTHUR RIOS:

“Nítidas certas aspirações do povo brasileiro, provadas e demonstradas no seu caminho histórico: um ecumenismo racial e social, a solidariedade que extravasa das barreiras de classe, o amor à justiça e à liberdade, uma religiosidade singela. Se algum sentido assume a expressão, a democracia no Brasil tem de revestir essas características e a Constituição será seu espelho.”

De que valem também os direitos individuais, tão bem definidos e catalogados, se ainda existem analfabetos, carentes, desamparados, pobres miseráveis, enfim irmãos nossos, ao nosso lado, sedentos?

Não seria uma desigualdade ímpar de cidadania?

Por isso, sabiamente disse DJACIR MENEZES: “Todos são iguais perante a lei e desiguais perante o juiz”.

Poder Constituinte

A forma de governo no Brasil é a republicana, que consiste na consulta periódica aos cidadãos, eleitores, na divisão do poder em funções distintas, independentes e harmônicas, e na declaração dos direitos humanos, tudo consubstanciado numa Constituição escrita.

Num sistema republicano, cujas bases estão plantadas na soberania popular, ou seja, na vontade inalienável do povo de escolher seus governantes e a forma de ser governado, não se há falar em Poder Constituinte divorciado da vontade do povo.

O povo, escolhendo seus procuradores, seus mandatários, seus representantes, está delegando poderes para outrem fazer por ele, mas esse outrem não poderá exorbitar destes, sob pena de perda do mandato, isto porque “o povo não transfere a soberania, mas transfere o exercício dela”.

O que é, pois, a Constituição senão a regulamentação das ações do Estado, da liberdade dos cidadãos, de seus direitos para com a coletividade e da coletividade para com eles? Enfim, é a própria vontade do povo que estabelece o *modus vivendi* de seu país, pois a

Constituição “é a expressão da soberania”. É o retrato da vontade popular, ao menos no país democrático.

Como o povo exerceria o seu Poder Constituinte?

Por intermédio de representantes de todos os setores ou segmentos da população do país, eleitos em sufrágio universal, através do voto secreto, representantes esses que se reunirão em Assembléia Nacional Constituinte ou em Convenção, em caráter extraordinário e transitório para elaborar e promulgar a nova Constituição. Feito isso, dissolve-se essa, podendo assumir as funções legislativas ordinárias.

A Assembléia Constituinte exerce o Poder Constituinte.

“Poder Constituinte é poder do povo de decidir sobre a Constituição fundamental do Estado. É o poder de elaborar e promulgar a Constituição.

É o poder que define o regime político do Estado e o seu sistema de Governo. É o poder de criar os órgãos principais do poder público, fixando-lhes as atribuições, as competências e as limitações.

É o poder fonte dos Poderes do Governo. Dele é que derivam e dependem os demais Poderes.

Todos os demais Poderes são constituídos por determinação dele. São, pois, Poderes constituídos. Somente ele, e mais nenhum, é originariamente constituinte” (GOFREDO TELLES JUNIOR, 1986).

Assembléia Constituinte é a que “está investida de poderes para instituir ou estabelecer uma constituinte” (DE PLÁCIDO E SILVA).

É a Assembléia que está dotada de autoridade para impor uma Constituição, elaborando-a e promulgando-a.

No dizer do professor NELSON DE SOUSA SAMPAIO, elaborada e promulgada a Constituição, a função constituinte entra em “estado de latência”, aguardando nova convocação popular.

Essa Assembléia Constituinte terá uma missão nobre: transformar a Constituição futura no espelho de vontade do povo. Não é só estatuir um belo diploma, mas é elaborá-lo em sintonia com nossa realidade. Não é só instituir a obrigatoriedade da educação para todos, é prevenir-se para que este dispositivo seja efetivamente obedecido. A função dos Constituintes não é estabelecer o direito de voto aos analfabetos, mas criar mecanismos para erradicá-los, pois “onde está o analfabetismo, onde existe o latifúndio, onde existe a oligarquia, onde existe a miséria urbana e rural, qualquer que seja o arcabouço jurídico, nós não temos uma democracia plena. Não é a lei que cria a liberdade, mas a liberdade que vai criar as leis” (SARNEY).

Da mesma forma, de que vale promover a reforma agrária, distribuir eqüitativamente as terras com os colonos sem lhes dar condições de exploração da terra? Seria mero repasse de problemas, mormente na exploração agrícola, onde o risco é sempre presente. De que adiantaria dar um automóvel ao pobre se ele não tem dinheiro para a gasolina?

O movimento exige a presença dos verdadeiros políticos, aqueles que têm sensibilidade social, aqueles que sabem estabelecer prioridades e discernir o que é bom para os brasileiros.

Política não é a procura do bem comum, não é a luta contra a injustiça para se construir uma sociedade mais justa e mais fraterna?

PIO XII chamava, mesmo, a política de “exercício da caridade”.

Por isso, TANCREDO NEVES disse em 1985: “Nunca o país dependeu tanto de atividade política”.

Analisemos, na história pátria, todas as Constituições, de acordo com a forma de elaboração.

Para RAUL MACHADO HORTA (Reflexões sobre a Constituinte. In: **Revista de Informação Legislativa**, 89):

“Historicamente, o Poder Constituinte originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma decisão do alto, geralmente materializada no **golpe de Estado**. A revolução como fenômeno que subverte a estrutura estatal e social. O golpe de Estado como transformação do ordenamento estatal por atividade inconstitucional de órgão do próprio Estado. O Poder Constituinte originário, na sua versão clássica de origem francesa, está vinculado às manifestações revolucionárias, visando consagrar no texto constitucional novo as alterações mais profundas que a revolução produziu na estrutura social e econômica e na relação de poder dentro do Estado e da nação. As revoluções possuem inspirações variáveis no tempo e no espaço. As do século XIX, diz estudioso do fenômeno revolucionário, se fizeram em nome da liberdade, da fraternidade e da igualdade, enquanto muitas revoluções do século XX invocaram a autoridade, a disciplina, a ordem, o poder. Há revoluções liberais e revoluções autoritárias. Revoluções conservadoras e revoluções sociais. Revoluções radicais e revoluções termidorianas. O Poder Constituinte originário emana do fato revolucionário (. . .).”

GOFREDO TELLES JUNIOR (1986) conclui que:

“A elaboração e promulgação de uma Constituição se verificam em dois casos, a saber:

1º) no caso de abolição do absolutismo, e conseqüentemente instalação do Estado de direito;

2º) no caso de rompimento com as estruturas constitucionais vigentes, e conseqüentemente criação de novas estruturas constitucionais.”

A revolução visa estancar a Constituição vigente, por contrária ao momento político, instituindo o Poder Constituinte fiel à vontade do povo e da própria nação.

Não é, sem razão, que MAURICE HAURIOU, citado por MACHADO HORTA, referiu:

“Os representantes que exercem o Poder Constituinte agem como representantes da nação e os que exercem o Poder Legislativo ordinário atuam como representantes do Estado.”

A característica do Poder Constituinte é-nos apontada por SIEYES, apud MACHADO HORTA:

“O Poder Constituinte pode tudo. Ele não está submetido a uma determinada Constituição. A nação que exerce o maior e o mais importante dos poderes deve ficar, no exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer forma, salvo a que lhe aprouver adotar.”

Por que o Poder Constituinte originário pode tudo?

Responde-nos JACQUES MARITAIN:

“A existência dos direitos fundamentais do homem provém do reconhecimento da superioridade do homem sobre o Estado, fato evidente, desde que se parta da indiscutível consideração de que o Estado é uma categoria histórica, criada pelo homem. A transcendência da personalidade humana sobre o Estado é uma verdade que não diminui a nenhum homem ou grupo de homens, nem os exalta indevidamente, visto que a todos se estende.”

Poder Constituinte derivado é o que enseja rever trechos da constituição, emendá-la, autorizado pela própria carta elaborada pelo Poder Constituinte originário. Geralmente, compete ao Parlamento ou Congresso.

Limitações ao Poder Constituinte

O Poder Constituinte originário sofre limitações. Se o Poder Constituinte é uma delegação do povo, é de se presumir que qualquer medida que lhe não venha ao encontro, ou que não encerre sua vontade, será espúria.

Toda nova constituição, já vimos no início, nasce de uma revolução ou de um "golpe de Estado".

Seja lá, pois, qual seja sua origem, traz, em seu bojo, os princípios, os fundamentos que a nortearam. Traz, enfim, as mudanças, as reformas que serviram de pretexto para a nova etapa social, jurídica e econômica.

A derrubada da Monarquia se fez para implantar a República. Não seria, pois, constrangedor e antidemocrático impor-se aos Constituintes de 1891 a adoção da forma republicana na nova Carta, porque era aquela a vontade do povo. Veja-se o Decreto nº 510, de 22-6-1890, do Governo Provisório.

O Poder Constituinte derivado sofre, evidentemente, as limitações a ele impostas pela própria Constituição, elaborada pelo Poder Constituinte originário. O poder de revisar, de reformar ou de emendar se circunscreve aos trâmites contidos na seção "Processo Legislativo", inserida em cada Carta. Ali se estabelece o **quorum**, bem como os institutos que não poderão ser emendados, servindo-nos de exemplo o art. 47, § 1º, da Constituição de 1967, que diz:

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República."

De qualquer forma, as leis haverão de ser legítimas, por isso que o grande mestre GOFREDO TELLES JÚNIOR advertiu:

"São legítimas as leis compatíveis com a normalidade ambiente, ou seja, as leis que se harmonizam com as concepções éticas dominantes numa coletividade. Isto significa afinal que só são legítimas as leis que forem, realmente, normas nascidas dos anseios do povo.

.....

Das leis, a fonte legítima originária ou primária é a coletividade a que as leis dizem respeito; é o povo, ou o setor do povo, ao qual elas interessam — coletividade e povo em cujo seio as idéias das leis germinam, como produtos naturais das exigências da vida.

Os dados sociais, as contingências históricas, as contradições entre o dever teórico e o comportamento efetivo, a média das aspirações e das repulsas populares, os anseios

dominantes do povo ou de uma comunidade, tudo isto, em conjunto, é que constitui o manancial de onde brotam normas espontâneas de convivência, originais intentos de ordenação, às vezes usos e costumes, que irão inspirar a obra do legislador.”

A Emenda nº 26/85, que convoca a Assembléia Nacional Constituinte, comete um grande equívoco, um erro elementar, pois defere à Câmara dos Deputados e ao Senado o direito de votar a nova Constituição.

Pela própria hierarquia, o Poder Constituinte se posiciona acima da Câmara dos Deputados e do Senado, pois que ambos os órgãos se originam da Constituição, e quem a elabora é a Assembléia Constituinte, votada para exercer o Poder Constituinte.

Mesmo porque, se a referida emenda já menciona, em seu art. 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, já está, assim, antecipando que a nova Constituição terá os dois órgãos, o que é, no mínimo, uma ofensa à soberania da Assembléia Constituinte, que não terá limitações, a não ser as impostas pela vontade popular. Quem sabe se a nossa futura Constituição adotará o sistema bicameral?

A Assembléia Constituinte transformar-se em órgão legislativo ordinário seria possível, porém não desejável. Seria possível, pois “quem pode o mais pode o menos”.

Quem tem poderes para elaborar uma Constituição tê-los-á para exercer o Poder Legislativo. O inverso não é possível. Não pode existir compromissos entre a nova Carta e a velha Carta, pois isto é limitação, com o que não se coaduna o verdadeiro Poder Constituinte.

A nova Constituição rompe com a velha, é a vitória revolucionária do povo, é a transformação, é a mudança que, muitas vezes, exige pesados sacrifícios de seus idealizadores. Por essa razão, MARTIN LUTHER KING legou-nos a célebre frase: “Dolorosas experiências nos ensinaram que a liberdade jamais é concedida voluntariamente pelo opressor, ela tem que ser exigida pelo oprimido”.

Ele próprio, por lutar contra o preconceito de raça, pagou caro, com a sua própria vida.

Classificação das Constituições

Se cada Estado tem as suas peculiaridades e singularidades, não seria possível exigir-se um modelo constitucional único ou uniforme, pois, sendo soberanos, os Estados escolhem a forma que melhor lhes interessa.

Vários doutrinadores estabeleceram critérios para classificar as constituições. Por exemplo, LORDE BRYCE dividiu-as em escritas e

costumeiras, rígidas e flexíveis. MACBAIN considerou-as codificadas e não codificadas. SMEND as distinguiu quanto à origem. PAULINO JACQUES classifica-as quanto a sua dogmática. Veja-se PINTO FERREIRA, em **Curso de Direito Constitucional** (Saraiva, 1974, v. 1, p. 11).

Tendo por critério de classificação sua forma, as constituições podem ser: **escritas e costumeiras.**

Escritas porque o seu conteúdo vem catalogado em documentos escritos. É palpável por quantos queiram lhe conhecer os ensinamentos. O movimento liberal do século XVIII realçou-as, apontando as vantagens visíveis de sua adoção:

1) a constituição escrita é mais solene, não pode ser alterada sem obedecer às formalidades expressas nessa, sendo mais acessível ao conhecimento de todos;

2) a constituição escrita estabelece de modo claro e definitivo a organização política do Estado;

3) a constituição escrita é um meio de educação do povo, o qual, pela sua leitura, adquire conhecimento de seus direitos e deveres (QUEIRÓS LIMA, **Teoria Geral do Estado**, p. 303).

A primeira constituição escrita, ao menos do ponto de vista da maioria dos autores, foi a dos Estados Unidos da América, em 1787, seguindo-se-lhe a da França, 1791, cuja causa foi a Revolução francesa de 1789.

A primeira constituição escrita brasileira foi a de 1824 (Imperial).

Costumeiras, também chamadas consuetudinárias, porque se arrimam nos usos e costumes fixados pela tradição. Aqui não se elaboram normas, transcrevem-se os costumes existentes e consagrados.

Até o fim do século XVIII, não havia constituições escritas. Quando muito, eram escritos esparsos, deficitários e incompletos, que continham, às vezes, só a forma de governo, a sucessão da coroa, os privilégios da nobreza e do clero etc.

Os contrários a esse tipo de Constituição alegam seus inconvenientes:

1) é conhecida apenas por uma minoria: os especialistas;

2) está sujeita a deformações;

3) não é educativa, pois não permite a todos conhecê-la.

A Inglaterra, atualmente, é, ainda, um Estado de Constituição costumeira ou consuetudinária. Os problemas fundamentais de sua

organização política figuram em instituições seculares como a **Magna Carta**, do Rei João Sem Terra, de 1215, e outras dos séculos posteriores. O Parlamento inglês tem o poder de adaptar ou reajustar as disposições antigas às circunstâncias da época.

Quanto à origem, as constituições podem ser: **votadas** ou **outorgadas**.

Votadas, quando elaboradas ou formuladas pelo povo, através de seus legítimos representantes reunidos em Assembléia Constituinte, unicamente para esse fim: elaborar e promulgar a constituição. Ex.: Constituição de 1891, 1934 e 1946.

Outorgadas, quando impostas pela vontade unilateral de um ditador, déspota, sem a participação do povo ou de seus representantes. Servem-nos de exemplo as Constituições de 1824 e 1937, outorgadas por D. Pedro I e Getúlio Vargas, respectivamente. A Constituição russa de 1905.

Quanto à alterabilidade, consistência, podem as constituições ser: **rígidas** e **flexíveis** ou **plásticas**.

Rígidas são as que oferecem resistência a reformas, permitindo-nas, porém estabelecendo solenidades e imposições pesadas para tal fim.

Imutáveis não são, pois seria admitir-se o Estado estático. Existe a evolução natural que exige novas regras e recursos novos para casos novos. Por isso se dizer que o direito é dinâmico, ele acompanha a época.

A reforma, revisão ou emenda à constituição, no sistema rígido, se faz por maioria dos representantes do povo, ou por intermédio de consulta ao próprio povo, via "referendum".

A Constituição norte-americana é a que melhor se enquadra nesse sistema, pois exige que a maioria de 2/3 do Congresso ou 2/3 das Assembléias dos estados apresentem proposta de alteração, que, apesar de aprovada pelo Congresso, só vigorará se for ratificada por 3/4 das Assembléias estaduais.

MONTESQUIEU adotaria a constituição rígida, pois sentenciou: "A menor mudança numa constituição destrói-lhe os princípios e causa-lhe a ruína".

No mesmo sentido caminhou ERASMO: "Nunca se troca a constituição de um povo sem perturbações".

Não é sem razão que BENTHAM disse: "A melhor constituição para um povo é aquela à qual ele está acostumado".

Flexível, quando a constituição permite alterações sem maiores delongas, mudanças estas que podem ser feitas pelo Parlamento comum. As mudanças se fazem com facilidade. A Constituição inglesa nos serve de exemplo.

O Professor PAULINO JACQUES acresceu às classificações existentes a que diz respeito ao dogma, podendo ser: **ecléticas e ortodoxas**.

Ecléticas, quando absorvem mais de uma ideologia, permitindo a influência plúrima de ideologias. A Constituição de 1946 trouxe influência socialista. (Constituição de Weimar), liberal (Constituições francesa e norte-americana).

Ortodoxas são as constituições que se fecham em uma única ideologia, fazendo mesmo desta uma apologia. A Constituição da União Soviética de 1936 e a da China de 1954.

As Constituições brasileiras

CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO (1824)

A Constituição do Império, mantendo posições liberais, estava amplamente comprometida com o absolutismo. Pode-se dizer, sem erro, entretanto, que ela foi o caminho, o primeiro passo para a implantação do Estado liberal brasileiro.

O próprio processo constituinte demonstrou a prevalência do absolutismo, quando D. Pedro I dissolveu a Assembléia Constituinte, por ele convocada, em 3 de junho de 1822.

A Assembléia Constituinte se instalou em 3 de maio de 1823, quando o Imperador garantiu que “defenderia com a sua espada a Constituição que a Assembléia fizesse, **se fosse digna dele**”.

Dessa afirmação nasceu uma descrença na soberania da Assembléia, alastrando-se entre os Constituintes uma revolta, ao mesmo tempo que se revoltaram contra a vontade do Imperador. A fala de D. Pedro I ecoou assim: Façam a Constituição à minha moda, para que não a tenha de fazer eu.

Estabeleceu-se o conflito, os debates tornaram-se violentos e, mais uma vez, falou alto o despotismo: aos 12 de novembro de 1823, D. Pedro I, em ato afrontoso à soberania nacional, dissolve a Assembléia, criando um Conselho de Estado, composto de 10 membros, para elaborar o projeto de Carta Magna. Em 11 de dezembro de 1823 foi entregue ao Imperador o projeto, elaborado de acordo com sua vontade, projeto esse submetido à aprovação das Câmaras Municipais, transformando-se na Constituição de 25 de março de 1824.

Não parece paradoxal que o mesmo Imperador que fizera a independência do Brasil se insurgisse contra a soberania da Assembléa Constituinte?

Não se pode deixar de mencionar, como já foi dito, que a referida Constituição teve momentos liberais acentuados, principalmente no que se refere ao título "Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros".

Outra característica liberal insofismável foi a separação dos Poderes, instituição primeira de um governo livre.

Quatro eram os Poderes: Legislativo, Moderador, Executivo e Judiciário.

A separação de Poderes se perdeu no excesso de prerrogativas dadas ao Imperador, via Poder Moderador.

O art. 98 daquela Carta fazia o Imperador todo-poderoso, pois considerava o referido Poder "a chave de toda a organização política", delegando-lhe privativamente a função moderadora, cujo fim era velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes políticos.

Visto está, pois, que não havia a independência dos Poderes. Era a negação de MONTESQUIEU e BENJAMIN CONSTANT, que pregavam a independência harmônica dos Poderes.

Havia, aqui, "uma contradição entre a doutrina e os fatos", no dizer de PAULO BONAVIDES.

Características principais da Constituição do Império:

1) Consignou, em seu art. 5º, que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Império. Todas as outras religiões seriam permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isto destinadas, sem forma alguma exterior de templo.

2) O Estado era unitário, dividido em Províncias (art. 2º).

3) Fixou a Monarquia como forma de governo (monarquia hereditária, constitucional e representativa) (art. 3º).

4) A Câmara dos Deputados era eletiva e temporária (art. 35).

5) O Senado era composto de membros vitalícios, eleitos pelas Províncias, escolhidos de lista tríplice pelo Imperador (arts. 40 e 43).

6) O Poder Moderador era exercido privativamente pelo Imperador (art. 98).

7) O Poder Executivo era chefiado pelo Imperador, exercitado (exercido) pelos Ministros de Estado (art. 102).

8) Criação do Conselho de Estado — eram conselheiros, em número de 10, que eram ouvidos acerca de negócios graves e medidas gerais de Administração Pública, principalmente sobre a declaração de guerra, ajustes de paz, negociações com nações estrangeiras etc. (arts. 137 e 142).

9) Criou o Supremo Tribunal de Justiça, equivalendo hoje ao STF (arts. 163 e 164).

10) Consignou os direitos e garantias individuais (arts. 173 a 179).

11) O direito de voto e a possibilidade de ser eleito dependiam de uma renda mínima anual (voto censitário).

Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional à Constituição):

Algumas modificações se fizeram por esse instrumento, diga-se de passagem, para melhor, corrigindo um pouco o excessivo centralismo do Poder. Caminhamos para o sistema federativo, pois suprimiu-se o Conselho de Estado, criando-se as Assembléias Legislativas Provinciais, bem como o cargo de Presidente de Província, que era eleito pelo Chefe da Nação.

O nosso sistema monárquico se assemelhou ao sistema inglês, ou seja, à monarquia parlamentarista, uma vez que se sustentou nos princípios básicos do parlamentarismo:

1) Irresponsabilidade do Chefe de Estado (art. 99 da Constituição Imperial) — “A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

2) Existência do Poder Moderador (art. 98 daquela Carta) — “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente, ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos”.

3) Possibilidade de dissolução da Câmara dos Deputados (art. 101, 5º) — “O Imperador exerce o Poder Moderador: (...) dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigir a salvação do Estado, convocando imediatamente outra que a substitua”.

CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA (1891)

Com a Abolição da Escravatura, que desagradou à aristocracia rural, aderindo, assim, ao Partido Republicano, com a crise econômica

reinante, com as constantes brigas do Imperador com o Exército, fértil foi o terreno à revolução e à tomada de consciência nacional, resultando na adoção da República como forma eficaz de se dirigir o País. A novela *Sinhá Moça*, da Rede Globo, nos dá a verdadeira dimensão disso.

Morria a Monarquia, nascia a República aos 15 de novembro de 1889, com o apoio das forças militares. Sob o comando do Marechal Deodoro da Fonseca, proclamaram a República, que teve em Rui Barbosa um de seus líderes civis e ardorosos defensores do Estado liberal.

Desde logo o Governo Provisório de Marechal Deodoro, Chefe de Governo, e Rui, Vice-Chefe, baixou o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que continha a forma de Governo da Nação Brasileira: República Federativa (art. 1º), transformava as Províncias em Estados, e a reunião deles em Federação constituiria os Estados Unidos do Brasil (art. 2º).

Subordinou ao Governo Provisório a Nação Brasileira, enquanto não se procedesse à eleição do Congresso Constituinte do Brasil (art. 4º).

O Distrito Federal, chamado Município Neutro, seria administrado pelo Governo Provisório.

O Governo Provisório, cumprindo o compromisso que firmara, quando da proclamação da República, baixa o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, por intermédio do qual convoca a Assembléia Nacional Constituinte (Congresso Nacional) para 15 de novembro de 1890, ao mesmo tempo que marca as eleições para 15 de setembro daquele ano.

Vale-se do referido Decreto para publicar o texto constitucional, que será objeto da apreciação dos Constituintes a serem eleitos.

Em 24 de fevereiro de 1891, a Assembléia Nacional Constituinte decreta e promulga a Constituição republicana.

Sua fonte primeira foi a Constituição norte-americana de 1787. Foi dela, por exemplo, o Sistema Presidencialista.

Nasce com a República o verdadeiro Estado liberal.

A separação dos Poderes, já destituído o Poder Moderador, ressurge com o verdadeiro significado sonhado por MONTESQUIEU: a independência do poder, como pressuposto da "limitação da autoridade".

Evitava-se, com isso, que a autoridade concentrasse em suas mãos o poder de elaborar normas, executá-las, sendo ao mesmo tempo juiz de si mesma.

Podemos referir, abaixo, algumas modificações importantes que caracterizaram a primeira Constituição republicana:

1) Sistema Presidencialista de Governo — o Presidente da República era o chefe do Poder Executivo, substituindo-o em seus impedimentos e sucedendo-lhe em sua falta o Vice-Presidente (art. 41, § 1º).

2) De Estado unitário monárquico passou a Estado federativo ou Federação, transformando-se as províncias em estados (arts. 1º e 2º).

3) Delimitou-se e passou a pertencer à União uma área no Planalto Central de 14.400 km², que seria demarcada para nela se estabelecer a futura Capital federal (art. 3º).

4) Assegurou a autonomia política e administrativa dos estados e dos municípios, naquilo que diz respeito às suas peculiaridades. O município começou a se desenvolver (ver arts. 5º, 6º, 63 e 68).

5) Instituiu a liberdade de culto, separando o catolicismo do Estado (art. 72, § 3º).

6) Instituiu o casamento civil, só o considerando válido (art. 72, § 4º).

7) O regime tornou-se representativo (art. 1º).

8) Caiu a vitaliciedade do senador, que seria eleito em número de três por Estado e três pelo Distrito Federal, com mandato de nove anos, renovando-se o Senado pelo terço, trienalmente (art. 30 combinado com o art. 31).

9) Extinção do Poder Moderador (art. 15).

10) Instituição do Supremo Tribunal Federal, em substituição ao Supremo Tribunal de Justiça (art. 55).

11) Criação de um foro especial para julgar delitos militares, compondo-se de Supremo Tribunal Militar e de Conselhos (art. 77, § 1º).

12) Instituição de um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso (art. 89).

13) A seção da declaração de direitos dilatou-se dentro de um espírito liberal, não atentando, porém, para os direitos do trabalhador, segundo nos refere PINTO FERREIRA (*Curso de direito constitucional*, Saraiva, 1974, v. 1).

Em 1926, no Governo Artur Bernardes, fizeram-se algumas emendas, destacando-se as seguintes medidas:

1) Instituiu o veto parcial, que dava ao Presidente da República o direito de vetar, no todo ou em parte, o projeto de lei que julgasse inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais (art. 37, § 1º). Só existia antes o veto total. A idéia de veto parcial já era pregada por Rui Barbosa.

2) Restringiu o **habeas corpus** à proteção da liberdade de locomoção — direito de ir e vir.

3) Autorizou o Congresso Nacional a legislar sobre o trabalho (art. 34, nº 28). Foi a primeira manifestação trabalhista no País. Estabeleceu a abertura para as medidas sociais e para a elaboração das normas trabalhistas.

4) Instituiu o uso obrigatório do passaporte, para entrada e saída do território nacional, segundo SAHID MALUF (**Curso de direito constitucional**).

5) Nacionalizou as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais, não permitindo a venda da terra a estrangeiros (art. 72, § 17, a e b).

PEDRO CALMON, a respeito dessa reforma, assim se expressou:

“Teve o mérito de indicar todos os princípios constitucionais, que tinham de ser amparados mediante a intervenção federal nos Estados; de restringir a concessão de **habeas corpus** aos casos de liberdade individual; e de dar ao Governo da União competência para regular o comércio em ocasiões graves, que reclamassem uma atitude de defesa econômica ou de prevenção contra as anormalidades de circulação.”

CONSTITUIÇÃO DE 1934 (Segunda República)

Como é sabido, havia um acordo tácito entre São Paulo e Minas Gerais, a famosa política do “café com leite”, ou seja, a alternância do Poder Central se daria entre os dois estados. São Paulo, por ser a locomotiva que arrastava os demais estados, ou no dizer de Artur Bernardes (em ALBERTO DE SOUSA LIMA, **Artur Bernardes perante a História**): “Não se podia negar aos paulistas o direito de interferir nos destinos do Brasil, porque esse estado era o que mais produzia, contribuindo com maior arrecadação em dinheiro para os cofres públicos”. Minas Gerais, por ser o estuário do civismo, por ser um Estado que, em todos os períodos da História, teve uma magnífica atuação política, participando de todos os movimentos pátrios, nunca se omitindo, fortalecendo em si, pois, uma liderança insofismável.

Não foi sem razão que GLADSTONE CHAVES DE MELO (em *Minas Gerais, terra e povo*, Editora Globo) sentenciou:

“(...) Porque o mineiro tem a política no sangue, a seu modo vibra com ela, nunca a dispensa. E parece que sempre foi assim: os homens públicos de Minas reagiram a todos os acontecimentos políticos da história brasileira; por outro lado, é impossível traçar a história política do Brasil sem pôr em relevo o relevante papel que nela tiveram os mineiros.

Sem exagerar, pode-se dizer que o mineiro é o mais político dos brasileiros, o que tem o mais vivo senso do dinamismo de comandos que atuam no corpo social, o que mais agudamente percebe a força e a fraqueza do poder.”

O Presidente Washington Luís trabalhava, a plenos pulmões, para fazer seu sucessor o Presidente de São Paulo, Júlio Prestes de Albuquerque, que, aliás, fazia um bom governo em seu estado. Desabou, assim, o acordo São Paulo/Minas.

Minas, Rio Grande do Sul e Paraíba uniram-se, fazendo a Revolução de 3 de outubro de 1930, pois não aceitavam a indicação de Júlio Prestes, mormente quando Antônio Carlos Ribeiro de Andrada sonhava com a presidência da República.

A revolução se alastrou, contando com o apoio do povo, dos operários, dos estudantes e, principalmente, das Forças Armadas que, em 24 de outubro de 1930, depuseram o Presidente, impediram a posse do Presidente eleito, Júlio Prestes, que batera Getúlio Vargas, nas urnas, constituindo uma Junta Provisória, composta dos Generais Augusto Tasso Fragoso, João de Deus Mena Barreto e o Contra-Almirante José Isafas de Noronha.

A Junta Provisória, ouvidos os líderes revolucionários, entregou o governo a Getúlio Vargas, que tomou posse em 3 de novembro daquele ano.

Em 11 de novembro, por intermédio do Decreto nº 19.398, transformou-se num ditador, dissolvendo o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais. Sujeitou a Constituição aos seus decretos e suspendeu as garantias constitucionais.

A história sempre se repete no Brasil. Aquele que assumira o poder provisoriamente, com o compromisso de convocar uma Constituinte, dando nova institucionalização ao País, se esquece, deixando transparecer que ficaria no poder, ostentando uma forte ditadura.

Nova revolução, agora a Revolução Constitucionalista de 9 de julho de 1932, movimento político-militar que visava a derrubada do Governo Provisório e conseqüente institucionalização do País.

O movimento nasceu em São Paulo, sob o comando do Coronel Euclides de Figueiredo, inspirado no Interventor de São Paulo, Pedro de Toledo, que atacava o Governo Provisório.

Naquela ocasião, Artur Bernardes, em que pese ao Presidente de Minas, Olegário Maciel, marchar com Getúlio, solidarizou-se com São Paulo, legando-nos a célebre frase: "Quanto a mim, fico com São Paulo, porque para São Paulo se transportou hoje a alma cívica do Brasil".

São Paulo foi derrotado, mas o ideal pelo qual lutou venceu: determinou-se a convocação da Assembléia Constituinte pelo Decreto número 22.621, de 5-4-33, instalada em 15-11-33. Em 16 de julho de 1934 promulgou-se a nova Constituição.

A Constituição de 1934, mais afeita à época, teve sua principal fonte na Constituição alemã de 1919 (Weimar), angariando-lhe os princípios sócio-democráticos.

Como bem o disse RONALDO POLETTI (in **Revista de Informação Legislativa**, 23 (89), p. 63), "a Constituição de Weimar institucionalizara a social-democracia, procurando conciliar a liberdade individual com a necessidade de um Estado, cuja função não ficaria restrita à produção das normas jurídicas, mas estenderia a sua atuação de maneira que se transformasse num Estado não meramente de direito, mas também um Estado político e administrativo".

Aqui, já não mais se impunha o liberalismo utópico, mas a solução social para os problemas emergentes.

No título da ordem econômica e social, foi acentuado o caráter socialista, quando condicionou a ordem econômica à existência digna de todos. Haveria liberdade econômica somente dentro desses limites (art. 115).

Percebe-se, pois, que o interesse público é o grande propulsor do Estado.

Determinadas atividades econômicas ou industriais poderiam ser monopolizadas, desde que o interesse público se manifestasse (art. 116).

A Emenda de 1926 propiciou ao Legislativo disciplinar o direito do trabalho; entretanto, foi a Constituição de 1934 que instituiu os princípios basilares trabalhistas:

- a) a isonomia salarial;
- b) o salário mínimo regional;
- c) o horário de oito horas diárias;
- d) normas de proteção ao trabalho de menores e da mulher;
- e) o repouso semanal;
- f) férias anuais remuneradas;
- g) a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego;
- i) a Previdência Social, visando a proteger a velhice, a invalidez, a maternidade e as vítimas de acidentes de trabalho.

Continuando seu trabalho inovador, a Carta de 1934:

1) Instituiu a regulamentação do exercício de todas as profissões (art. 121, § 1º ...).

2) Tornou o voto obrigatório extensivo às mulheres que exercessem função pública remunerada (art. 109).

3) Criou a Justiça Eleitoral (arts. 63, d e 82).

4) Criou a Justiça do Trabalho, para dirimir questões trabalhistas (art. 122).

5) Instituiu o mandado de segurança, para proteger direito certo e incontestável violado por autoridade (art. 113, inciso 33).

A Câmara dos Deputados era composta, agora, não só de representantes do povo, mas de organizações profissionais — era a tendência corporativa.

Esta, pois, sem nenhum medo de errar, a grande Carta brasileira, a que mais inovou.

CONSTITUIÇÃO DE 1937

Em meio à agitação política com vistas à eleição para a presidência da República, que se daria em 3 de outubro de 1938, Getúlio Vargas,

mais preocupado em continuar ditador do que fazer seu sucessor, não aceitava nenhuma solução que se lhe apresentasse.

Enquanto isso, a candidatura do ex-governador de São Paulo Armando Sales de Oliveira crescia em prestígio, tendo o apoio aberto do Rio Grande do Sul, de São Paulo, de parte importante de políticos mineiros; enfim seu nome tornava-se nacional.

Tentaram contrapor-lhe a candidatura de José Américo de Almeida, desagradando aos amigos do Presidente Vargas, que queriam o continuísmo, insinuando sua candidatura.

Na verdade, os amigos de Getúlio temiam a vitória de Armando Sales, achando que só ele, o "Velho Caudilho", poderia sair vencedor.

Em 1º de outubro de 1937, a Câmara dos Deputados autoriza o Presidente da República a declarar o Estado de Guerra, definido pelo art. 161 da Constituição de 1934, como sendo "a suspensão das garantias constitucionais que possam prejudicar direta ou indiretamente a segurança nacional".

Como já foi dito, o mal das revoluções é querer perpetuarem-se no poder, e, sendo assim, Getúlio Vargas declara o estado de guerra em todo o território nacional, dissolvendo os partidos políticos, o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas, as Câmaras Municipais, suspendendo as imunidades parlamentares, a liberdade de imprensa, suspendendo, pois, todas as garantias constitucionais, inclusive o capítulo dos direitos e garantias individuais.

Pela segunda vez, no país, é outorgada a Constituição. A de 1937 é vulgarmente chamada de "Polaca", por se inspirar nos dispositivos da Constituição do Estado forte da Polônia. Chamavam-na também "Polaca de Chico Campos".

Instituída por decreto, nem mesmo Getúlio Vargas obedeceu à Constituição, pois em seu art. 187 dispunha que essa Carta seria submetida a plebiscito nacional, o que não aconteceu. Por isso, não houve Câmara, nem Conselho Federal (Senado), nem Conselho de Economia Nacional, apontados na Constituição.

Estagnamos constitucionalmente, enquanto o Presidente legislava por decretos-leis.

Principais características daquela Carta:

1) Foi um governo centralizador, autoritário, colocando o Poder Executivo em plano superior aos demais, quebrando a independência e harmonia dos Poderes. O Presidente da República era a suprema autoridade do Estado (art. 73). Exemplo típico de invasão de Poder depara-se-nos do exame do art. 96, parágrafo único: o Poder Executivo

podia fazer prevalecer leis declaradas inconstitucionais pelos tribunais, quando estas fossem do interesse do povo. O Poder Executivo vestindo-se de Judiciário.

2) Ampliou o mandato do Presidente da República, de 4 para 6 anos (art. 80).

3) Restringiu a autonomia dos estados (art. 8º, parágrafo único, art. 10 etc.).

4) Restaurou a pena de morte (art. 122, 13), que existiu desde o descobrimento do Brasil até o Decreto nº 510, de 22-6-1890, que a aboliu apenas para crimes políticos. A Constituição republicana, de 1891, aboliu-a, ressaltando as disposições da legislação militar em tempo de guerra (art. 62, § 21).

5) Ampliou o poder do Estado na ordem econômica e social (arts. 124 e 155).

6) Complementou a legislação do trabalho e assistência e previdência social (arts. 137 a 139).

Apesar de tudo, foi nesse período que se promulgou a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Também foram do Estado Novo, entre outros: o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7-12-40), a Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3-10-41); o primeiro Código de Caça Brasileiro (Decreto-Lei nº 5.894, de 20-10-43), a criação de Institutos dos Serviços Sociais (Decreto-Lei nº 7.526, de 7-5-45), visando à unificação da previdência social.

CONSTITUIÇÃO DE 1946

No início da ditadura Vargas, o momento mundial favoreceu-lhe, pois os governos autoritários internacionais ditavam a moda. Como exemplo, serve-nos a Itália de Mussolini, a Alemanha de Hitler, a Espanha de Franco, Portugal de Salazar e a Turquia de Kamal Pachá.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em que a vitória dos Aliados pôs fim ao autoritarismo alemão, as demais ditaduras do mundo ficaram ressentidas e incômodas. Junta-se a isso a insatisfação dos brasileiros, bem como a luta dos políticos por uma nova ordem político-jurídica.

É digno de ser lembrado o famoso "Manifesto dos Mineiros", lançado em 24 de outubro de 1943 por figuras exponenciais de nossa política, das cátedras, das letras, das ciências em geral, enfim representantes das Minas Gerais. Lá se propugnava pela democracia, pelas eleições livres, por uma constituição condizente com nossas tradições liberais.

Em que pese ao "Movimento Queremista", que insuflava pelo continuísmo, aliando-se o getulismo até mesmo aos comunistas, estranhamente, pois Luís Carlos Prestes fora prisioneiro de Getúlio durante nove anos, sendo até torturado, em 29 de outubro de 1945, o Exército, a Marinha e a Aeronáutica depuseram o Chefe de Governo.

Terminava um regime que se impôs pela força, por isso que ruiu pela força.

Entregaram o Governo — no dizer de SOUSA SOBRINHO (**A importância de Minas na política nacional**, Editora Laemmert, 1973) — à única autoridade legítima que restava ao país: o chefe do Poder Judiciário, Ministro José Linhares (S.T.F.).

O próprio Getúlio, no afã de angariar simpatias, já pressentindo o fim de seu governo, baixara a Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, a qual, em seu art. 4º, determinava que dentro de noventa dias, contados daquela data, seriam fixadas em lei as datas das eleições para presidente, governadores de estado, Congresso e Assembléias Legislativas. Ao mesmo tempo, deixava a critério do Congresso a faculdade de reformar a Constituição.

A Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, considerou como Poder Constituinte o Parlamento a ser eleito, conforme a Lei Constitucional nº 9, já referida, delegando-lhe poderes ilimitados.

O Governo José Linhares revogou todos os princípios autoritários da Constituição de 1937, inclusive o Tribunal de Segurança Nacional.

Realizada a eleição em 2 de dezembro de 1945, saiu vencedor o General Eurico Gaspar Dutra. O vencido foi o Brigadeiro Eduardo Gomes.

Empossado em 31 de janeiro de 1946, Dutra governou por decretos-leis, autorizado pelo art. 2º da Lei Constitucional nº 15, de 26 de novembro de 1945, até que a Constituição fosse promulgada.

A Constituição de 1946, de 18 de setembro, pega o país numa fase mais madura, buscando subsídios na Constituição de 1891 (influência americana), na de 1934 (influência de Weimar) e na Constituição francesa de 1848.

Nem socialista, nem individualista. Foi um equilíbrio: liberal até onde não fosse anti-social.

Principais características:

- 1) O mandato presidencial é reduzido para cinco anos (art. 82).
- 2) Estabelece a competência do Tribunal Federal de Recursos, criado anteriormente, porém sem funções delimitadas (art. 104).

3) Aperfeiçoa a Justiça Eleitoral (arts. 109 a 121).

4) Considera o trabalho uma obrigação social, assegurando a todos um trabalho que possibilite existência digna (parágrafo único do art. 145).

5) Institui no país a crença no uso social da propriedade (art. 147).

6) Proíbe o abuso do poder econômico, seja qual for o pretexto (art. 148).

7) Reconhece o direito de greve (art. 158).

8) Aperfeiçoa o mandado de segurança (art. 141, § 24).

9) Proíbe expressamente a retroatividade da lei (art. 141, § 3º).

Digna de nota apenas a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo.

Mais uma vez, o casuísmo. Jânio Quadros, consagrado por maioria de votos, renuncia. Ninguém esperava por isso. Elegeram João Goulart, mas negaram-lhe assumir a presidência naquela época. Aceitavam-no, sob condição. Mudaram as regras do jogo. Até que, em 6 de janeiro de 1963, o povo disse *sim* ao presidencialismo, no plebiscito.

No parlamentarismo, o Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, cabendo a este último a direção e responsabilidade da política governamental, assim como da administração federal.

O Presidente era figura decorativa. Representava a Nação perante os Estados estrangeiros, nomeava o Presidente do Conselho de Ministros etc.

João Goulart, de tendências reformistas, tentou implantar a reforma agrária. Rebelaram-se os empregados rurais contra os senhores de terras.

No dizer de PINTO FERREIRA, desenvolveu-se também no Brasil uma sensível consciência da luta contra o imperialismo econômico estrangeiro em suas diversas formas.

CONSTITUIÇÃO DE 1967

O movimento de 31 de março/1º de abril de 1964, político-militar, depôs o então Presidente João Goulart.

Os atos de subversão da ordem, a inflação galopante, as reformas sociais, para as quais não se estava preparado, as frequentes greves,

o propalado perigo comunista, enfim graves ameaças à segurança nacional fizeram a bandeira daquela revolução.

O Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Aeronáutica e da Marinha, Costa e Silva, Correia de Mello e Augusto Rademaker, respectivamente, baixaram o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, fixando o conceito daquele movimento, bem como estabelecendo eleição indireta para presidente e vice-presidente da República, a se realizar dentro de dois dias, instituindo o prazo final desse mandato aos 31 de janeiro de 1966.

O referido instrumento deu à Junta Militar direito de exercer o Poder Constituinte.

Fixou o prazo para a futura eleição de presidente e vice-presidente: 3 de outubro de 1965. Por essa eleição se escolheria o sucessor do primeiro Presidente da Revolução, eleito indiretamente pelo Congresso — Humberto de Alencar Castello Branco.

Pelo Ato Institucional nº 1, era autorizada a suspensão dos direitos políticos por dez anos.

Pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, a revolução foi investida do Poder Constituinte, elaborando emendas à Constituição de 1946, acrescentando normas excepcionais àquela Carta.

O Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966, estabeleceu eleições indiretas para governador e vice-governador de estado, a exemplo da eleição presidencial, e o voto vinculado para vice-presidente e vice-governador, ou seja, eleito o titular, automaticamente, estará eleito o substituto.

O Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocou o Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do projeto da Constituição apresentado pelo Presidente da República, estabelecendo o prazo inicial e final para esse desiderato: 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967.

Estabeleceu, outrossim, as regras de votação da nova Carta.

Em 24 de janeiro de 1967, em prazo recorde, promulgou-se a Constituição.

Episódio interessante ocorreu quando o Presidente do Senado, vendo a impossibilidade de finalizar os trabalhos constituintes no prazo, atrasou o relógio: é o jeitinho brasileiro.

Entre os artigos mais importantes da Carta destacam-se os que consagram medidas revolucionárias, bem como a adoção de eleição indireta para a presidência da República. A presidência do Congresso seria exercida pelo Vice-Presidente da República. Definiu inelegibili-

dades. Instituiu uma nova filosofia de segurança nacional, que, aliás, foi a tônica do período revolucionário.

Principais características:

- 1) Fortalecimento do Poder Executivo (arts. 74 a 83).
- 2) Eleição indireta para presidente da República (art. 76).
- 3) Alteração do processo legislativo, acrescentando-se as leis delegadas e os decretos-leis.
- 4) Poderes mais amplos para a Justiça Militar, que poderia julgar civis em caso de crime contra a segurança nacional ou as instituições militares, com recurso ordinário para o STF (art. 122, § 1º).
- 5) Deu grande ênfase à doutrina da segurança nacional.
- 6) Criou dispositivos de combate à corrupção (arts. 70, 152, § 2º, V, 167 e 171, parágrafo único).
- 7) Passou o Brasil a denominar-se República Federativa do Brasil.

O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, autorizava a decretação do recesso do Congresso. Dava ao Presidente da República essa faculdade, bem como a de intervir nos estados e municípios, em caso de interesse nacional, sem as limitações previstas na Constituição.

O Ato Institucional nº 5 se transformou no arbítrio instituído. Quantos desatinos e injustiças foram feitos em seu nome!

O Ato Complementar nº 12, de 13-12-68, decretou o recesso parlamentar, prevalecendo os atos de força, não mais a Constituição de 1967.

Vários atos foram expedidos. A cada passo um casuísmo que transformava, mais uma vez, uma revolução-redenção numa revolução-arbítrio, que em nada engrandecia a ordem jurídica nacional. Como sói acontecer na História pátria, a revolução engolia seus verdadeiros valores e líderes, ocasionando um hiato nas nossas lides políticas, impedindo o surgimento de lideranças natas, de que tanto o país está a necessitar.

O Presidente Costa e Silva encarregou seu Vice-Presidente, Dr. Pedro Aleixo, de redigir uma emenda à Carta de 1967, já em desuso pelos inúmeros atos de exceção.

A exceção passou a ser a regra.

Afastado por doença o Presidente Costa e Silva, sucederam-no os três ministros militares, que providenciaram a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Tal emenda reafirmou os dispositivos revolucionários, incorporando-os à Carta de 1967, alterando vários artigos daquela.

Principais características da emenda:

1) O mandato do Presidente da República passou a ser de cinco anos (art. 75, § 3º).

2) Estabeleceu eleições indiretas para governadores em 1970 (art. 189).

3) Estabeleceu a pena de morte (ressurgiu), prisão perpétua, banimento ou confisco nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinasse (art. 153, § 11).

4) Ampliou o poder de legislar por decreto.

Enumeração de outras emendas julgadas mais importantes:

Nº 2/72 — Regula a eleição para Governador em 1974, considerando-a indireta.

Nº 8/77 — Prolonga o mandato presidencial de cinco para seis anos. Cria a figura do senador "biônico", eleito indiretamente, na proporção de 1 para 3 (1/3).

Nº 9/77 — Institui o divórcio.

Nº 14/80 — Estende os mandatos dos prefeitos e vereadores, eleitos em 1976, até 31 de janeiro de 1983.

Nº 15/80 — Restabelece eleições diretas para governadores e senadores.

Nº 18/81 — Dispõe sobre aposentadoria especial para professores e professoras; professor, 30 anos; professora, 25 anos, após efetivo exercício em funções de magistério.

Nº 24/83 — Obriga a União a aplicar o mínimo de 13% da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como os estados, municípios e o Distrito Federal, só que na proporção mínima de 25%.

Nº 25/85 — Autoriza, pela primeira vez no Brasil, os analfabetos a se alistarem e exercerem o direito de voto.

Nº 26/85 — Convoca a Assembléia Nacional Constituinte para 1º de fevereiro de 1987, bem como concede anistia a brasileiros, com restrições, pois deixa a critério da administração pública, ao bel-prazer dessa, o direito de readmitir o servidor público anistiado.

Nº 27/85 — Institui o imposto sobre propriedade de veículos automotores, de competência dos estados e do Distrito Federal, destinando-se 50% da arrecadação do imposto à receita do estado e os

outros 50% à receita do município onde estiver licenciado o veículo. Extinguiu-se a inconstitucional taxa rodoviária única.

Resumo histórico

Instala-se a Constituinte, o momento solene, em que as atenções cívicas devem se concentrar nas sugestões, na vigília, nos ideais que devem permear a nossa futura Carta Magna.

A constituição, sendo o arrimo de um Estado civilizado, o cerne, a radiografia de um povo, deve conter toda a estrutura e organização estatal, enraizada no espírito de liberdade e de paz, características natas de nossa gente.

A constituição, a lei de todas as leis, está acima dos homens e governantes, que, se quiserem bem conduzir o destino de um país, jamais poderão desobedecer a ela, seja qual for o pretexto. É baseado neste princípio que se assenta a estabilidade estatal: ela é a “bíblia”, é a baliza do governante. É o estatuto de uma nação, estatuto esse que congrega a alma de um povo, os costumes, as tradições, a cultura e a própria evolução histórica da nação.

Na História pátria, podemos registrar que cada constituição “vestiu a roupa” de sua época, tanto mais democrática quanto democráticos e liberais eram os movimentos que as antecederam. Assim, a Constituição de 1824, de cunho monárquico, pela sua própria natureza, foi outorgada com vícios e desacertos, expressando a mentalidade da elite imperial, além de totalmente divorciada dos costumes nacionais.

A Constituição de 1891, sintetizando os ideais acalentados pelos republicanos, cuidou de apagar a lembrança do regime findo. Aqui, os ideais democráticos, tão apregoados a partir da Constituição norte-americana, foram absorvidos. Combateram-se os desníveis sociais, a dependência econômica, a politicagem, a miséria do povo e o personalismo.

1934, início de nova Constituição, cujo conteúdo era ainda mais liberal, resultante de uma época conturbada, que se iniciou em 1929, com os reflexos da “grande depressão americana”, prolongando-se até a Revolução de 1930. Pena não ter sido duradoura, pois introduziu grandes avanços como: Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, regulamentação dos direitos dos trabalhadores, o mandado de segurança contra os atos abusivos e ilegítimos dos agentes do Poder.

A Constituição de 1937, cópia da Constituição polonesa, enveredou-se pelo autoritarismo, onde a centralização do poder imperou, constituindo-se o Chefe de Governo no juiz de direitos individuais.

O Estado Novo, como se denominou aquele período, foi governado por intermédio de decretos-leis, uma forma de subtrair à apreciação

do Poder Legislativo assuntos de sua alçada. De positivo, apenas a *formalização dos direitos do trabalhador*, no que se refere à assistência e previdência social.

Passado o Estado Novo, o país clamava por uma nova ordem jurídica que o resguardasse de todos os descabros e arbitrariedades até então reinantes.

Ainda hoje, apesar de os tempos serem outros e as épocas serem distantes, temos sempre presentes os autoritarismos e os arbítrios: de um lado o getulismo, de outro os governos revolucionários — todos centralizadores.

Tudo nos leva a crer que a Constituição a ser elaborada na próxima legislatura será a mais próxima da ideal, pois, com os reveses de todos os movimentos revolucionários, restaram-nos a maturidade, a consciência cívica e, sobretudo, o amor à liberdade.

A Constituição de 1946, podemos citá-la como a mais liberal e a que imprimiu um maior sentido social à vida política pátria.

A propriedade privada deixava de ser um bem absoluto para se *condicionar ao bem-estar social*.

Reprimiu-se o abuso do poder econômico, ficou expresso o reconhecimento ao direito de greve, explicitou-se um dos princípios de garantias individuais mais valiosos que foi a *irretroatividade da lei*.

A Constituição de 1967 e a sua Emenda Constitucional nº 1 vieram formalizar os ideais da Revolução de 1964, dando ênfase especial à segurança nacional e ao combate à inflação, mantendo intocável o capítulo dos direitos e garantias individuais. Reformulou o sistema tributário nacional. Aumentou os poderes do Presidente da República, colocando-o em supremacia aos demais, esvaziando o Poder Legislativo ao máximo.

Instituíram-se os atos institucionais, *verdadeiras ofensas aos Poderes competentes e aos direitos e garantias individuais*.

A Constituição de 1967, costume dizer, foi boa na forma e perversa no espírito.

Feitas essas considerações, fácil é depreender que o ânimo e a vontade do povo nem sempre nortearam as nossas Cartas Magnas.

Não é sem razão que o primeiro artigo de nossa Constituição, consagrando um princípio universal dos Estados democráticos, diz que “*todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido*”.

O poder que não for exercido em nome do povo, razão do próprio Estado, será espúrio, arbitrário e ilegítimo, portanto nulo de pleno direito.

As Forças Armadas deverão garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem, como está contido na Constituição de 1946, art. 177. Este, seu papel histórico. Deverá cair por terra o art. 91 da Carta de 1967, que diz destinarem-se as Forças Armadas, dentre outras coisas, à garantia dos poderes constituídos. Disse o professor JOSÉ ALBERTO ASSUNÇÃO, ex-Consultor Jurídico do Estado-Maior das Forças Armadas, em entrevista ao **Jornal do Brasil**, “o texto constitucional em vigor, no tocante à delicada questão, está distorcido, porque coloca as Forças Armadas não em função das instituições, mas dos eventuais detentores do poder. O poder pode ser constituído de fato, com golpe de estado. O texto atual da Constituição é muito mais adequado a certas republiquetas latino-americanas e usa as Forças Armadas para garantir governos ilegítimos”.

Finalizando, é bom não perder de vista as palavras do professor CÉLIO BORJA: “A Constituinte não é um remédio para todos os males nacionais”, atentando, porém, para a grandeza do significado dos dizeres do jornalista VILLAS BOAS CORREA: “A próxima deve ser a Constituinte definitiva (...), a que consolida o verdadeiro e puro milagre brasileiro de uma transição pacífica entre um ciclo revolucionário, que durou quase 21 anos, e a conquista do governo pelo povo” (depoimentos em **O país que nós queremos; Constituinte: roteiro do futuro**, Rio de Janeiro, Ed. Salamandra, 1986).

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. **Instituições de direito constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 6.^a ed. Porto Alegre, Globo, 1976.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. In: **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 21 (83), jul./set. 1984, p. 141.
- BASTOS, Aurélio Wander, e outros. **Uma organização político-constitucional para o Brasil de hoje**. Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, 1982.
- BERNARDES, Nilo e outros. **Minas Gerais, terra e povo**. Porto Alegre, Globo, 1970.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 2.^a ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1974.
- _____ **A crise política brasileira**. Rio de Janeiro, Forense.
- CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1.
- CANÇADO, Antônio Augusto de Mello. **O direito de ser feliz**. Belo Horizonte, Leml, 1974.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 11.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1985.
-
- Constituição e Constituinte.** 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1986.
- DOTTI, Renée Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. In: **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 22 (88), out./dez. 1985, p. 21.
- FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte; a legitimidade recuperada.** 3.^a ed., São Paulo, Brasiliense, 1985.
- FERREIRA, Luís Pinto. **Curso de direito constitucional.** 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1974, v. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível.** 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1974.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional; teoria da Constituição; as Constituições do Brasil.** 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- GALVAO, Eduardo Rodrigues. **Estudo de problemas brasileiros.** 2.^a ed. Brasília, edição do autor, 1980.
- HORTA, Raul Machado. **A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro.** Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1969.
-
- Reflexões sobre a Constituinte. In: **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 23 (89), jan./mar. 1986, p. 5.
-
- Imunidades parlamentares. Separata da **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, 1967.
- JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional.** 8.^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- LIMA, Alberto de Sousa. **Artur Bernardes perante a História.** Belo Horizonte, Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1983.
- LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito.** 33.^a ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973.
- MALUF, Sahid. **Direito constitucional.** 8.^a ed. São Paulo, Sugestões Literárias, 1974.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 2.^a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- MUSSUMECI, Victor. **Organização social e política brasileira.** 23.^a ed. São Paulo, Ed. Brasil, 1963.
- NETO, Silveira. **Direito constitucional.** São Paulo, Ed. Max Limonad.
- PELÚZIO, Anna Mucci. **Organização social e política do Brasil.** Viçosa, Imprensa Universitária da UFV, 1984.
- SARNEY, José. **Democracia formal e liberdade.** Brasília, Arte Nova, 1976.
- SILVA, Vera Alice Cardoso, e DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **Tancredo Neves: a trajetória de um liberal.** Belo Horizonte, Ed. UFMG, 1985.
- SILVA, Vera A. Cardoso, e outros. **Constituinte e Constituição.** Belo Horizonte, Ed. UFMG, 1986.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional.** São Paulo, Saraiva, 1986.

Liberdades públicas

GERALDO ATALIBA

Professor nas Faculdades de Direito
da Universidade de São Paulo e da
Universidade Católica de São Paulo

No centro da construção constitucional ocidental moderna — como proposta pelo constitucionalismo informador das Revoluções francesa e norte-americana — está a tábua de direitos do homem e do cidadão, o rol das chamadas liberdades públicas. Quase todas as constituições do constitucionalismo têm, como a nossa, uma lista de direitos assegurados aos cidadãos (e muitas vezes, também, a não cidadãos). Esses chamados **direitos individuais** são postos como fulcros dos sistemas constitucionais.

Sublinha GIORGIO BALLADORE PALLIERI que é para proteção desses direitos que se erige uma construção tão complexa, como a da proposta constitucionalista. Não fosse a reconhecida necessidade de resguardar os direitos fundamentais, conter os abusos e excessos dos governos, e não haveria porque se criarem mecanismos

tão complexos, sofisticados e onerosos (tripartição do poder, *checks and balances* etc.). Tanto isso é exato, que as constituições absolutistas do passado eram rigorosamente singelas. E, hodiernamente, simples são, na parte materialmente constitucional, as cartas políticas dos Estados totalitários. A complexidade — expressiva da preocupação republicana com a fidelidade da representatividade política e o controle do governo — é só necessária, quando se quer erigir instituições democráticas, transparentes e correspondentes às exigências do “estado de direito”.

Deveras, as exigências da República são tais que a armadura constitucional há de ser, necessariamente, complexa e, muitas vezes, até complicada. É que impõe a necessidade de proteger e resguardar inúmeros direitos dos cidadãos contra todas as manifestações do poder, políticas ou administrativas, que podem desbordar da lei.

As cartas constitucionais brasileiras, na linha de uma tradição sesquicentenária, sempre contiveram uma réplica do *Bill of Rights*, assegurando “aos brasileiros e aos residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade” (art. 153 do diploma constitucional vigente em 1986). O rol que se segue, de direitos invioláveis, é, destarte, posto como direito público subjetivo contra o Estado; é voltado contra os poderes constituídos. Cada direito — e a lista não é exaustiva, conforme se vê do § 36 —, com todos os desdobramentos e implicações, constitui-se numa rígida e insuperável barreira ao Estado, que os não pode violar, seja por lei, seja por atos de sua aplicação. Nenhuma, absolutamente, nenhuma manifestação estatal pode violar tais limites. É que, ao conferir poder ao Estado, mediante o ato de dar-se uma constituição, o povo não lhe concede poder para ir além dessas barreiras, como o sublinham GOMES CANOTILHO e AGUSTIN GORDILLO. A titularidade da res publica pertence ao povo, no regime republicano representativo, por nós adotado. Isto está estampado nos textos constitucionais e gravado indelevelmente na consciência cívica dos cidadãos, como algo de sagrado (“todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido” — art. 1º, § 1º).

Quando o povo, reunido em constituinte, resolve criar o Estado e conferir-lhe os poderes necessários ao exercício das atribuições

que decide estabelecer, jamais pode entender-se que lhe tenha consentido, por seus órgãos, exercitar esses mesmos poderes contra si (o povo), em detrimento de seus interesses, ou ferindo o que este mesmo povo prescreveu serem seus direitos essenciais, postos como limites intransponíveis ao Estado e, pois, excluídos do seu poder, fora do seu alcance jurídico. Outras palavras: o povo confere poderes ao Estado, mas não para ultrapassar estes limites. Além destes, o Estado não tem poder. Essa é a “pedra de toque” do constitucionalismo.

Os totalitarismos — a começar pelo soviético, pelo nazismo e pelo fascismo — postularam concepção inversa, segundo a qual o Estado tem poderes naturais, acima e além (anterior) do que o povo lhe dá. Tal concepção é absoluta negação da república.

Para que isso fique absolutamente claro e as fronteiras rigorosamente demarcadas — sem a menor possibilidade de riscos, abusos, desvios ou excessos, que terminem por ferir esse próprio povo, em seu conjunto, ou em cada um de seus integrantes (cidadãos) —, para que isto fique claramente delineado, o povo, em constituinte, formula um rol de chamados direitos individuais, que são barreiras rígidas, absolutamente insuperáveis pelo Estado. Tais barreiras, como limites ao poder estatal, são circunscrições rigorosamente demarcadas, fixando até onde vai esse poder; além delas, não há poder. E todo ato estatal, normativo ou concreto, que se situar fora dessa peremptória circunscrição, significa abuso de poder, usurpação ilícita.

A cidadania corresponde, portanto, um feixe de privilégios, decorrentes da condição da titularidade da coisa pública. Desses, os mais conspícuos estão na imunidade jurídica aos excessos estatais, no direito à desistência aos abusos, na prerrogativa de responsabilizar os agentes excessivos e no direito à tutela jurisdicional contra os mesmos. A cidadania, criando o poder, ao mesmo tempo estabelece quais são seus limites, ou o perímetro dentro do qual tal poder há de circunscrever-se. Assim, a plenitude do princípio, em matéria de direito público, assume radical universalidade, quando se trata de matéria constitucional (definição das liberdades públicas e organização do poder à vista de sua promoção e proteção, mediante organização estatal disposta de modo a evitar excessos,

dotada de mecanismos automáticos de autocontenção e imediata correção dos mesmos excessos).

As liberdades públicas, inscritas na constituição, são as mais expressivas balizas ao poder do Estado. Configura usurpação e constitui-se na mais grave violação constitucional, o exercício — seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário — de ato de poder de todo tipo, ou de qualquer ato de força, voltado contra os cidadãos, ultrapassando essas mesmas barreiras.

O texto constitucional vigente, à semelhança dos anteriores, estabelece que não só os brasileiros mas também os estrangeiros residentes no país gozam desses direitos (art. 153, caput). Deve-se assinalar que os cidadãos, em constituinte, quiseram, generosamente, estender esses direitos aos não-cidadãos. Na verdade, esses direitos pertencem-lhes essencialmente, mas foram estendidos por eles — como donos da *res publica* — também aos estrangeiros residentes no país. A consideração dessas liberdades mostra que a República, melhor do que qualquer outro regime, existe não só para conservação e preservação dessas liberdades — que são a própria razão de ser da estrutura convencional do Estado constitucional — como também para o seu pleno desenvolvimento e afirmação. É em clima de liberdade e segurança que os cidadãos produzem, trabalham, crescem, afirmam e expandem sua personalidade e perseguem sua felicidade, como consta da solene promessa republicana dos tempos modernos, que é a Constituição norte-americana.

Efetivamente, os valores mais caros à cidadania não podiam deixar de ser a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade. Em torno desses valores é que se definem os direitos individuais. É à luz densa e fértil de seu universal e generoso significado que há de ser interpretado cada preceito dos constantes do rol do atual art. 153 do texto magno vigente.

Se o presidente da República turba esses direitos, pratica crime de responsabilidade. Se fazem o mesmo os ministros de Estado, incidem na mesma falta. Se são outros agentes, subordinados, do Executivo que violam esses direitos, cometem — conforme a intensidade do seu comportamento, da sua deliberação — crime comum, incidindo também em responsabilidade civil, administrativa e penal e,

se não forem punidos e processados pelas autoridades superiores (ministros e presidente), incidem estas em crime de responsabilidade. De qualquer modo, a reparação judicial impõe-se de todas as maneiras, sempre que, por qualquer razão, tenham falhado os mecanismos preventivos, à disposição do Executivo.

Além disso, antes mesmo da reparação judicial, impõe-se o socorro pronto do Poder Judiciário, mediante mandado de segurança (à semelhança do amparo mexicano) ou **habeas corpus**, conforme o caso, para preventivamente evitar que se consumam essas violações, já por provocação do interessado. Se é o Poder Legislativo, mediante lei, que pratica violação a qualquer desses direitos, também ao Poder Judiciário caberá declarar a inconstitucionalidade dessas leis, negando-lhes aplicação, porque o Poder Legislativo não recebe nenhuma competência para dispor de modo a violar exatamente as mais sagradas, expressas e peremptórias barreiras, de quantas forem postas, no texto constitucional, a todos os Poderes do Estado, inclusive, ao próprio Poder que se categoriza como órgão da representação popular, detentor da mais conspícua de todas as competências políticas: a legislativa.

A força, desamparada do direito, é mais repugnante, no regime republicano, que em qualquer outro: o Estado tem a força que os cidadãos lhe conferem. O seu uso contra os cidadãos deve ser repellido. É repugnante do conceito de república. O direito regula o exercício da força sobre o cidadão só nos casos em que, antes, teve seu consentimento patenteado no texto constitucional e traduzido nas manifestações legislativas regulares.

A promessa, ou melhor “compromisso” — que se contém na cabeça do art. 153 do texto da Constituição vigente —, é de proteção, entre outros bens, à propriedade. Esta expressão deve ser entendida no sentido mais amplo. Nem se diga que tal concepção se prende a valorações burguesas, cuja validade se limita a um tipo de democracia, circunscrita a uma época histórica ou a uma parte só dos países. Numa dimensão mais ampla, esses valores são universais no tempo e no espaço, por serem condição de afirmação de personalidade do homem, em qualquer lugar, em toda época.

Evidente que não se pode entender aqui o conceito **patrimônio** no sentido estrito de bens materiais, mas sim uma compreensão

mais ampla, abrangente de todo um acervo com suporte material, sim — entendido como projeção da personalidade do homem e de seus familiares e condição de sua afirmação.

Tal concepção transcende de muito a visão burguesa mesquinha e materialista de propriedade, para alcançar a dimensão de um conceito vasto e abrangente, profundamente cristão, humanitário e social.

Esses valores básicos são protegidos, em todas suas projeções e desdobramentos, contra qualquer manifestação estatal. Tal projeção — muito mais que da letra ou mesmo do espírito da lista do art. 153 — decorre do sistema, tal como plasmado em seu conjunto, como insistem em sublinhar ALIOMAR BALEEIRO e A. R. SAM-PAIO DÓRIA.

Rigorosamente, esse rol é dispensável. A simples adoção das instituições republicano-representativas já implica a efetividade desses direitos. É só para clareza, certeza e objetividade que foram inscritos. É que a institucionalização supõe consenso social (TÉRCIO S. FERRAZ JR., *Função social da dogmática jurídica*, p. 110) em torno das vantagens de uma idéia, de forma a mover, pelo menos a maioria, a adotá-la, atribuindo-lhe condições de eficácia jurídica. Ora, tais idéias-força somente se robustecem na convicção das pessoas, a partir de premissas claras e pressupostos sólidos, formados pela observação, experiência e meditação, fecundadas por amplo debate. Pois, inequivocamente, a convicção em torno dos valores individuais e sociais que lastreiam esses direitos, bem como a conveniência de sua institucionalização, foram — e persistem sendo — os pressupostos da ereção do instituto jurídico da República, como a mais perfeita forma de arranjam-se, compondo-os e harmonizando-os reciprocamente, os interesses sociais e individuais, as virtudes e os defeitos, as inclinações e os ideais dos homens, na sua vida social.

A república é das mais sábias instituições, pelo modo prático, equilibrado e eficaz de arquitetura e estruturação funcional dos instrumentos condutores das forças sociais. Foi a melhor fórmula encontrada pelos homens, até agora, para assegurar o necessário poder à sociedade, prescrevendo, concomitantemente, as liberdades públicas.

O partido político na Constituição

RONALDO POLETTI

Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor da UnB. Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Justiça. Ex-Consultor-Geral da República. Assessor Especial do Ministro da Educação

Os aspectos jurídicos e constitucionais referentes ao partido político não ensejam problemas da relevância daqueles decorrentes do exame do partido político pelas demais ciências sociais, notadamente pela ciência política e pela sociologia. Isto não afasta, todavia, do exame jurídico a busca de subsídios nos demais ramos do conhecimento humano, até porque — já se disse — o jurista que é só jurista é uma pobre e triste coisa.

O assunto, no entanto, ficaria limitado, se compreendido, tão-somente, em uma incursão na legislação, isto é, uma espécie de viagem panorâmica no ordenamento jurídico positivo. A lei, sabemos, não se confunde com o direito, nem exaure o seu conceito. Ela é, apenas, uma das revelações da jurisprudência. Seria, por isso, insuficiente percorrer, mesmo de maneira sistemática, a legislação eleitoral e partidária. O direito formalmente posto na lei não revela a realidade jurídica do partido político. A legislação tem variado tanto que não haveria exagero em afirmar que o fenômeno da inflação legislativa se exacerba no direito eleitoral. Esse fato indica a ausência de estrutura partidária capaz de afastar os “casuísmos” e a chamada legislação conjuntural e, por isso, nada permanente.

Em face disso, o que me proponho a fazer consiste, primeiramente, em tecer algumas considerações, rápidas e superficiais, sobre o binômio legislação/partido político, isto é, dar alguma notícia acerca da institucionalização legal e constitucional dos partidos. E, em segundo lugar, examinar os dispositivos em vigor na Lei Maior e, naturalmente, a sua repercussão na Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Nesta segunda parte, destacarei três pontos, sempre referidos ao prisma do direito e atinentes à personificação jurídica do partido político, à fidelidade partidária e à democracia de partidos.

Informa-nos GIOVANNI SARTORI, em uma das suas obras clássicas (*Partidos e sistemas partidários*, Brasília, UnB/Zahar, 1982, pp. 34 e 54 – o original inglês data de 1976), que o partido político ficou no “limbo” institucional durante muito tempo, adquirindo definição legal somente depois da Segunda Guerra Mundial e mesmo assim em poucas Constituições.

“Ainda hoje, na maioria dos países, os partidos continuam, juridicamente, associações privadas sem reconhecimento constitucional. Entre as poucas exceções notáveis estão a Lei Fundamental de Bonn e a Constituição francesa de 1958.”

Dessa maneira, a realidade sociológica das agremiações partidárias foi durante muito tempo ignorada pelo ordenamento jurídico. Elas pertenciam à constituição viva, ao país real, não recebiam, porém, tratamento constitucional. As Cartas americana e as francesas do século 19, e mesmo a de 46, não tratavam da vida partidária. Na Inglaterra, a importância do partido é conhecida, mas, dado o fato de não existir uma constituição escrita, ele não é reconhecido ou disciplinado pela lei. Nos Estados Unidos da América, somente através de algumas constituições dos estados membros, os partidos começam a receber tratamento legal, visando coibir fraudes e abusos nas convenções e eleições primárias (cf. PAULO BONAVIDES, *Ciência política*, Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1967, pp. 291 e ss.).

Apesar disso, os tribunais americanos de há muito reconhecem o direito de os partidos exercerem livremente sua ação, com fundamento nas garantias constitucionais da liberdade.

A primeira constituição no continente europeu a cuidar dos partidos políticos foi a italiana, de 27 de dezembro de 1947. Ela estabelece em seu art. 49:

“Todos os cidadãos têm o direito de associar-se livremente em partidos a fim de concorrer, segundo o método democrático, para a determinação da política nacional.”

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 23 de maio de 1949, por sua vez, estabelece em seu art. 21:

“1) Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A sua fundação é livre. A sua organização interna tem de corresponder aos princípios democráticos. Deverão prestar contas publicamente da procedência dos seus recursos.

2) Os partidos que pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos tentarem prejudicar ou eliminar a ordem funda-

mental democrática e livre, ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha, são inconstitucionais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre questões de inconstitucionalidade.

3) As particularidades são regulamentadas por leis federais.”

A referência à Carta de Bonn é importante, porque ela, nesta parte, tem influenciado muito a formação constitucional brasileira.

Mas a disposição restritiva não era uma novidade, como assinala PAULO BONAVIDES, pelo menos não o era em relação à Constituição brasileira, de 18 de setembro de 1946. Essa Carta, pela primeira vez em nosso constitucionalismo, deu um tratamento especial às agremiações partidárias e ensejou a consagração da democracia pelos partidos. Antes dela o Código Eleitoral (Decreto-Lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945) só permitiu concorressem à Constituinte candidatos registrados por partidos ou alianças entre eles, os quais deveriam ser nacionais (preocupação do Estado Novo). A Constituição de 1946 deu o passo maior para a democracia partidária, mas esta se consolidou em definitivo pela jurisprudência do Supremo Tribunal.

A Carta Magna de 46 tratava dos partidos políticos em vários passos. Ao consagrar o sufrágio universal e direto, o voto secreto, assegurava a representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei estabelecesse (art. 134). Dava a eles capacidade de representar para a perda de mandato de deputados ou senadores, por infração de proibições constitucionais (art. 48, § 1º). Incluía, na competência da Justiça Eleitoral, o registro e a cassação dos partidos políticos (art. 119, I), atribuindo, ainda, àquela justiça

“o conhecimento de reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos.” (119, VIII).

E, no art. 141, § 13, antecipava-se a Bonn:

“É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.”

(Dispositivo semelhante já existia no Decreto-Lei nº 9.258, de 14 de maio de 1946, art. 26.)

A partir daí, o ente partidário foi adquirindo um espaço cada vez maior e mais importante no ordenamento jurídico positivo. A Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, foi a primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

O nosso texto constitucional anterior ao vigente caracterizou-se pela intenção de inibir a formação de partidos. No entanto, a responsabilidade pela contenção do nosso desenvolvimento partidário coube mais à legislação ordinária do que à Lei Maior.

Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978 (*texto imediatamente anterior ao vigente*), a Constituição dispunha que a organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos seriam regulados em lei, observados determinados princípios. Dentre eles, a exigência de determinado percentual do eleitorado, que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara, distribuído por um número mínimo de Estados. Tal exigência não era, necessariamente, para a criação dos partidos. Era para o seu funcionamento. Assim, em princípio, nada impediria, já àquela altura, isto é, à época da vigência da Emenda Constitucional nº 11/78, e mesmo antes, que a lei disciplinasse o assunto de maneira a possibilitar que o partido político adquirisse personalidade para disputar as eleições e nelas ser verificado o cumprimento das exigências percentuais.

Parece natural separar a organização dos partidos de seu funcionamento; extremar seus atos constitutivos dos requisitos para a continuidade de sua existência. Para existirem em definitivo, como entes perfeitos, é natural a fixação dos critérios eleitorais. Diferente e errado era exigí-los, como condição inicial da aquisição de sua personalidade jurídica e para o competente registro no Tribunal Superior Eleitoral. A lei, em momento de pouca inspiração, alçou aquela exigência constitucional, que mirava a vida e o funcionamento, em condição para a organização dos partidos. De fato, a Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 (a Lei Orgânica dos Partidos Políticos), dispôs que só poderia pleitear a sua *organização* o partido político que contasse, inicialmente, com aqueles percentuais. Outras exigências formais foram previstas, de modo a tornar proibitiva e até temerária a iniciativa de criação de novos partidos, como aquela de as listas conterem o nome, o número do título e a qualificação dos eleitores que a assinassem. Tornou-se impraticável, para o povo, organizar-se em partidos, pois em um país como o Brasil é impossível conseguir tantas assinaturas de pessoas com título de eleitor à mão e, pior ainda, de uma só vez, num período relativamente pequeno. Com tais medidas, permaneceu a estrutura partidária brasileira no imobilismo, embora condenada e prestes a ruir. A postura, no entanto, mal disfarçava o seu visio antidemocrático. Na verdade, o governo do povo não se compadece com o tratamento desigual, mesmo previsto em lei, na exigência, para os futuros partidos, de requisitos não exigidos em relação aos então existentes. Era evidente que não obteriam as assinaturas exigíveis para as futuras agremiações, se delas necessitassem, para adquirir personalidade jurídica.

Desnecessário prosseguir na análise do texto constitucional anterior. O que se previa, aconteceu. Veio a Emenda Constitucional nº 25, de 15

de maio de 1985, que consubstancia um grande progresso, mas não resolve a problemática dos partidos no Brasil, embora a atenua. O progresso da Emenda nº 25 é mais material do que formal, porque neste aspecto ela tem muitos defeitos. Começa com uma imperfeição: “É livre a criação dos partidos políticos (...)” (art. 152 da Constituição). A afirmação é despreciosa, embora compreensível o sentido político da proclamação libertária, a indicar que essa liberdade não existia de maneira plena. No entanto, a Constituição, no artigo da declaração dos direitos individuais, estabelece: “É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos (...)”. Mas, além disso, há, em plena vigência, uma lei que regula a organização e o funcionamento dos partidos políticos. Logo, em termos formais, a liberdade existe, embora nos limites da lei e disciplinada pelo direito.

A idéia de estabelecer constitucionalmente princípios a serem observados na organização dos partidos políticos acrescentou-se que “sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional”, porque o restante da cabeça do artigo (“o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana”) já estava expresso como princípios no texto revogado. Não se menciona mais “regime representativo”, o que é um defeito (ver crítica adiante). Quanto à “soberania nacional”, a referência é feita, obviamente, por força da hipótese de partido que pudesse funcionar como “quinta coluna”, como aconteceu historicamente com partidos nazi-fascistas ou como se presumiu fosse o Partido Comunista, aqui no Brasil.

A redação anterior era tecnicamente melhor, pois falava de princípios, boa expressão para informar a organização das agremiações partidárias.

O item I do citado art. 152 da Constituição, na nova redação, o qual deveria ser um princípio e não o é, assegurando “ao cidadão o direito de associar-se livremente a partido político”, constitui redundância, pois sua substância já está não apenas na cabeça do dispositivo, como integra direito inerente à cidadania em um estado de direito.

No item II (“é vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”), o texto da Emenda Constitucional nº 25/85 não foi feliz. Repercussão tardia do problema criado pelas milícias partidárias de antes do conflito mundial de 39, a idéia procura evitar situação de fato já punível pela lei penal, militar ou comum. Além disso, o “princípio” não evitará a “polícia” dos partidos na manutenção de sua ordem interna. Depois, nunca é demais lembrar o episódio do partido nazista em que o *Führer* determinou a liquidação física da tropa de choque partidária, atendendo a pedidos do exército alemão. O episódio revela que o assunto

não tem expressão constitucional, devendo-se simplesmente cumprir a lei ordinária, se ela existir, e se houver condições para isso.

No item III (“é proibida a subordinação dos partidos políticos a entidade ou Governo estrangeiros”), mais uma vez a preocupação com o Partido Comunista, desta vez imprópria. A redação anterior falava do princípio da “inexistência de vínculo, de qualquer natureza, com a ação de governo, entidades ou partidos estrangeiros”. Agora, vinculação pode haver. Mas a subordinação (puderal) é vedada a potências estrangeiras ou internacionais socialistas, liberais, fascistas ou comunistas.

Na verdade, seria esdrúxulo admitir pudesse uma pessoa jurídica de direito público, como o é o partido político, ficar subordinado a um país estrangeiro ou a uma organização internacional.

Nesse ponto, parece próprio colocar o problema do Partido Comunista, referido mais de uma vez. Há quem pense que ele só pôde sair da clandestinidade depois da Emenda Constitucional nº 25. Acho que essa questão, a chamada legalização do Partido Comunista, sempre foi muito mal colocada. Pode ter havido pressões políticas, situações de fato, arbítrios disfarçados etc., mas, do prisma jurídico, a Constituição não proibia a organização do Partido Comunista no Brasil, dificultava-a, aliás, como o fazia em relação aos outros grupos. Dizia-se, também, que o Partido Comunista não podia organizar-se porque o seu registro havia sido *casado pela Justiça*. Isso, no entanto, *ocorrera há quarenta anos! Não parece* razoável supor que a agremiação comunista fosse a mesma. Além disso, impedir-lhe a existência implicava, sem que seus adeptos se manifestassem, em admiti-lo contrário ao regime representativo e democrático, em vê-lo avesso ao pluripartidarismo, aos direitos humanos, vinculado a ação de governos, entidades ou partidos estrangeiros. De qualquer forma, o direito de organizar-se não dizia respeito a qualquer proibição constitucional, salvo se aquele partido confessasse o vínculo ou admitisse ser contra a democracia. O que deveria ter acontecido seria dar aos comunistas o mesmo tratamento dado aos grupos que pleiteassem ser partido, com o juízo do Judiciário sobre a personificação jurídica de cada um e os riscos políticos inerentes à tentativa de ser partido e relativos à eventual frustração nas urnas.

De qualquer forma, substituir o vínculo por subordinação foi um progresso da Emenda Constitucional nº 25. Foi forma de sair de uma xenofobia e de um isolamento, gerados por insegurança e incompreensíveis no mundo moderno.

O item IV repete, piorado, o item II da redação anterior: “o partido político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral”. A fórmula anterior dizia a mesma

coisa de maneira mais escurteira e não mencionava, porque despidendo, o Tribunal Eleitoral, como local do registro.

Esta parte é importante. O partido político é pessoa jurídica e, por força da Lei Orgânica, é uma "pessoa jurídica de direito público interno" (ver art. 2º).

Estamos, portanto, na parte da personificação do partido político. Ele passa a ser sujeito de direitos e de deveres. Sabemos que qualquer associação pode ser sujeito de direito, desde que o seu fim seja lícito e possível. A personalidade dela nasce com o seu registro na junta comercial, se tiver fins comerciais; no cartório de títulos e documentos, se for sociedade civil. Assim, o partido político poderia, mesmo antes do texto da Lei Maior, ter personalidade jurídica. Mas a lei, que, em última análise, diz quem é sujeito de direito, deu mais ao partido político, não só lhe possibilitou ter personalidade, porém, mais do que isto, o transformou em pessoa jurídica de direito público interno. Qual o significado e quais as conseqüências disso?

O Código Civil arrola quais as pessoas de direito público interno: a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal.

Sabemos que essa lista do art. 14 do Código Civil representa um número aberto. Há outras pessoas de direito público interno, como as autarquias, talvez os territórios federais, e, agora, os partidos políticos.

Não parece ser o momento de discutir-se a explicação dos fundamentos filosóficos, sociais e jurídicos das pessoas jurídicas ou morais. A explicação delas constitui tema relevante para a ciência do direito. Há inúmeras e várias teorias a respeito. Para medir, todavia, a importância de ser o partido político uma pessoa jurídica de direito público, basta lançar os olhos para as outras dessa qualidade: a União, os estados, os municípios etc.

Visando à compreensão do que isso significa, precisamos, ainda que de maneira simplificada, vislumbrar o Estado brasileiro de fora para dentro. Vê-lo, antes, como uma pessoa jurídica do direito das gentes, do direito internacional. O Brasil é sujeito de direitos na órbita internacional, no concerto das nações. Possui um governo institucionalizado, um território sobre o qual exerce um poder soberano e incontrastável: o de dizer qual é o direito, o de estabelecer as competências, o de organizar-se em sociedade política etc. E com isso vincula a esse território um povo, unido dentre outras coisas por um elo de natureza jurídica, que é o próprio direito. Ora, essa consiste em uma visão de fora para dentro; para compreendê-la será preciso certo grau de abstração. Do ponto de vista interno, aquele Brasil, pessoa jurídica do direito das gentes, atua

transfigurado ou transsubstanciado em outras pessoas. Cabe bem a origem etimológica e histórica da palavra *pessoa*: a antiga máscara dos atores da tragédia grega. O Estado age internamente através de máscaras e de disfarces. São elas as pessoas jurídicas de direito público interno. São instrumentos ou órgãos de atuação do Estado no âmbito de seu território. Mas como pessoas, logo como sujeitos de direito, não podem ser meios, mas constituem fins em si e isto significa não haver hierarquia entre elas. Além disso, é importante salientar que essas pessoas, estes seres, não se confundem com o ente que os criou. Assim, a União, por mais importante que seja, não se confunde com o Estado brasileiro. É, tão-somente, uma emanção dele. Age por ele, tanto quanto as outras pessoas jurídicas de direito público interno. Verifica-se, assim, nessa qualidade de pessoa pública, a dignidade a que foi alçado o partido político. Daí, também, a relevância de suas funções e os privilégios de que desfruta nas relações jurídicas e, no caso especial, nas relações sociais e jurídicas. Por isso, a relevância que passa a ter a disciplina legal dos partidos. Na verdade, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos decorre de uma necessidade porque não está cuidando de uma associação qualquer, mas de pessoa jurídica de direito público interno. Tudo nela redundando em relevância: sua fundação e registro; seu programa e estatuto; seus órgãos; suas convenções; seus quadros; sua disciplina interna; sua vida financeira e a prestação de suas contas; sua atividade permanente etc. Explica-se, assim, a norma constitucional:

“Resguardados os princípios previstos no *caput* e itens deste artigo, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização financeira dos Partidos Políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento.” (art. 152, § 3.º)

Aqui, no tocante à disciplina legal dos partidos, cabe uma reflexão em face do pensamento liberal. O liberalismo é avesso à presença exagerada do Estado. Até o direito, admitido pelos partidários do liberalismo, se opõe à publicização jurídica. O direito dos liberais é o direito privado, como na idéia divulgada por LAURENT COHEN-TANUGI, no seu livro *Le Droit sans l'État* (cf. entrevista do autor no *L'Express*, 17/23 jan. 1986, pp. 70-77 — “Libéralisme: moins d'État, plus de droit”). O partido político, hoje, representa para o espírito do liberalismo, ainda mais no Brasil, uma imposição para a representação política. Mas a sua excessiva regulamentação legal, decorrente de seu *status* de pessoa pública, indica presença estatal em um nível incompatível com uma solução liberal pura. O dilema a resolver-se consiste em limitar a legislação partidária ou admiti-la plena e minudente. Em outras palavras, é preciso decidir, no plano do liberalismo teórico, se é possível estabelecer limites à disciplina estatal do partido político, os quais serão, de fato, muito tênues se ele continuar pessoa de direito público.

Aliás, a atuação permanente e o âmbito nacional foram erigidos em princípios. Não são bem princípios, porém exigências para que os partidos existam e atuem. Diz a Constituição:

“A atuação dos Partidos Políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais.” (art. 152, V)

A atuação permanente merece aplausos. Somente ela possibilitará ao partido desempenhar suas funções na representação política. Nada mais contrário ao espírito do partido político do que a agremiação esporádica, conjuntural, oportunista e eleitoreira: o partido que existe apenas para as eleições ou para compor determinada situação. O partido passageiro. Pior: o partido manipulado pelo poder para atender às exigências ou às vicissitudes do próprio poder.

Já a questão do âmbito nacional, precisa ela ser compreendida. Desde o Estado Novo temos essa preocupação, que deflui da Revolução de 30: nada de partidos estaduais ou regionais. Mas o tempo passou. A vida política nacional evoluiu. Não parece crível a existência de riscos abaladores da unidade brasileira nos partidos regionais ou estaduais, desde que eles almejem ser nacionais. Mas aqui convém mais uma vez distinguir entre organização e funcionamento (linguagem anterior à Emenda nº 25) ou, agora, entre organização/funcionamento e direito à representação.

Para o partido político ter direito à representação, é admissível a exigência do âmbito nacional. Mas a sua organização, a sua existência jurídica, desde que ele tenda à expressão nacional, não parece razoável impedir-lhe o nascimento em um ou alguns estados e mesmo na esfera isolada de qualquer município pátrio, ou bairro de uma cidade. Senão, como possibilitar-lhe o crescimento? Todos os partidos grandes, de expressão histórica, foram pequenos um dia, quando nasceram. O Partido Trabalhista inglês demorou vinte e dois anos para crescer e mais treze para consolidar sua posição no sistema bipartidário.

Ao trazermos à baila a dicotomia expressa no texto constitucional, em franca e boa evolução, organização/funcionamento e direito à representação, estamos no tópico da “democracia partidária” ou da “democracia pelos partidos”.

A Emenda Constitucional nº 25 representa quanto a esse problema, como dissemos, um grande progresso, mas não chega a resolvê-lo.

O partido político, no Brasil, integra o regime representativo. O texto constitucional anterior qualificava melhor o conteúdo programático da democracia, como exigência para a organização dos partidos, pois dizia “regime representativo e democrático”. O texto vigente não usa a palavra *representativo*. Ocorre que a democracia resulta em um regime político

de conteúdo variável. Dizê-la representativa parece qualificá-la melhor. Na omissão, seu conteúdo se esvazia um pouco, pois fica ela e restam os partidos, presos apenas ao compromisso do "pluralismo partidário" e dos "direitos fundamentais da pessoa humana". A crítica pode parecer um pouco formal ou meramente lógica. Acontece, porém, que a idéia de partido político é inseparável da idéia de representação política, logo, de democracia representativa. Quanto mais na democracia pelos partidos, em que não há representação fora deles. O modelo brasileiro é o da democracia partidária.

Nesse aspecto, a Emenda nº 25, como foi dito, revela um progresso. Agora, os partidos podem existir e disputar as eleições. O resultado delas, isto é, o teste eleitoral é que condicionará o direito à representação pelo partido.

Foi, a meu ver, também, um aperfeiçoamento não anular mais as votações, nem reconhecer mandatários os que, eleitos, o foram por legendas que não conseguiram obter percentuais eleitorais a possibilitar-lhes a representação. Com isso, atenuou-se a chamada democracia partidária, embora a solução final (a de optarem os eleitos pela legenda, que não vingou, por qualquer dos Partidos remanescentes) não pareça ser a melhor.

A tese consagrada no Brasil, da democracia partidária, nasceu de evolução jurisprudencial e se transformou em dogma na Lei Maior. Se o partido tiver cancelado o seu registro, ou obtiver votações inferiores a determinados percentuais, não terá direito à representação. Nessa hipótese, como salientamos, antes da Emenda nº 25, as votações eram nulas. Os mandatários deixariam de sê-lo. A representação não se estabeleceria (agora se estabelece?).

Chamo ao fenômeno da democracia partidária no Brasil de nosso "pecado original democrático". Não estou convencido de que a Constituição de 1946 deveria conduzir, necessariamente, à democracia pelos partidos. A isto concorreu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O episódio é conhecido. Dele faz parte o Partido Comunista. Alguns cidadãos, com base no já transcrito dispositivo da Carta de 1946 (art. 141, § 13 — proibição de associações contrárias ao regime democrático etc.), requereram em 1946 junto ao Tribunal Superior Eleitoral o cancelamento do registro do Partido Comunista, o que obtiveram por acórdão de 7 de maio de 1947.

Posteriormente, não sem grande e febril debate nacional, a Lei nº 211, de 7 de janeiro de 1948, determinou que perderiam seus mandatos os representantes eleitos por partido político cujo registro fosse cancelado por decisão judicial em face de incompatibilidade constitucional. Aplicado o dispositivo, os cassados, alegando a detenção de mandato popular e o

direito adquirido de exercê-lo mesmo sem legenda ou em outra qualquer, foram bater às portas do Supremo Tribunal Federal. Lá se decidiu não haver representação fora dos partidos. A Lei nº 211/48 não foi considerada inconstitucional. O parlamentar não era, fora dos partidos, representante do povo, de onde todo o poder emana.

O julgamento do Supremo Tribunal é rico de ensinamentos doutrinários. (A propósito das diversas ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, cf. EDGARD COSTA, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, Rio, Ed. Civilização Brasileira, 1964(v. 3, pp. 9 ss.; AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *História e teoria do partido político no direito constitucional brasileiro*, Rio, 1948, pp. 119 ss.; MARCELO CAETANO, *Direito constitucional*, Rio, Forense, 1978, v. 2, pp. 101 ss.). Os votos dos ministros indicam de maneira clara a adoção pela Constituição do conceito democrático identificado com o Estado de partidos. Entre o povo e o governo representativo nasce um novo elemento: o partido político. A teoria da representação nacional pura, em que os representantes da nação fornecem a vontade dela, independente da vontade nacional real, vem mitigada. Os representantes já não são tão livres para revelar a direção da política nacional. Agora, estão presos aos partidos. Os representados elegem-nos através das agremiações partidárias, segundo o programa delas. A representação é do povo, mas do povo organizado em correntes de opinião pública reveladas pelos partidos. Daí a representação partidária proporcional no Parlamento. Em consequência, os eleitores julgarão os eleitos pela sua fidelidade ao programa de suas legendas.

A democracia pelos partidos foi o nosso "pecado original democrático" não porque seja ruim em si, mas porque condicionou a nossa democracia à existência de partidos. Sem entrar, pois, na discussão técnica sobre a representação popular ou partidária; da representação de idéias ou de interesses; do problema do mandato de direito público; de integrar o partido o Poder Legislativo ou não; temos que a teoria da democracia de partidos gerou no Brasil um círculo vicioso: não temos partidos; logo, não alcançamos a democracia e sem ela não chegamos a criar partidos.

Por isso, a solução da Emenda Constitucional nº 25, de não anular os votos, nem impossibilitar a representação dos eleitos pelas legendas, seguiu, nesta parte, o figurino das críticas. O partido que não obtiver o determinado percentual eleitoral não terá representação no Senado e na Câmara, mas, apesar disso, poderá funcionar. O eleito pela legenda que não obteve representação não perderá o mandato, desde que, opte no prazo de sessenta dias, por qualquer dos partidos remanescentes.

Aqui, de fato, o problema. A Emenda nº 25 ficou a meio do caminho. Manteve a democracia partidária, mas contrariou os seus princípios básicos, não anulando a votação da legenda frustrada e admitindo que o eleito detenha o mandato, se filiado a outro partido. Então, já não valem

as correntes de opinião; pouco importam os partidos; nenhum valor aos programas; insustentável o princípio de os representados fiscalizarem os representantes, no cotejo de seu desempenho parlamentar de acordo com o compromisso partidário. Aí cabe a crítica ao novo texto da Lei Maior sobre os partidos. Seria melhor se acabasse, logo e de uma vez, com a democracia dos partidos, o que parece ser indispensável para que um dia aquela democracia se viabilize. Mas não admitiu o candidato avulso. Não rompeu com a dogmática constitucional brasileira. Devia, então, pelo menos, engendrar outra solução para não cassar o mandato do eleito por partido sem representação, menos a de admitir a opção. Ficasse sem partido. Livre para votar suas decisões no seio do Parlamento, de acordo com o programa da legenda frustrada ou das suas diretrizes, que continuam a existir e defluem do funcionamento da agremiação partidária, mesmo sem direito à representação.

A solução híbrida não foi boa, revelando incoerência.

A Emenda nº 25, fiel ao seu espírito, suprimiu o polêmico princípio da fidelidade partidária. Não tem sentido impô-la, embora seja ela inerente à democracia pelos partidos. A origem da fidelidade partidária, creio, é inglesa, onde a fonte do direito é o costume. Prende-se o instituto à idéia da representação liberal, que pressupõe a ficção da revogabilidade do mandato. Ela seria factível nas futuras eleições. Quem for infiel ao programa do seu partido receberá nas urnas a repulsa de seus eleitores. No sistema inglês, não há necessidade de aguardar-se o próximo pleito. O parlamentar, ao votar contra o seu partido, renuncia ao mandato, desde logo, porque sabe ser incapaz de resistir à pressão de seus eleitores, diante da sua infidelidade partidária. Mas isto não está na lei. Decorre de um costume político. Provém de um sistema amadurecido na história. A perda do mandato não nasce da decisão da Justiça Eleitoral, mas promana da consciência cívica, da força do próprio partido e do seu programa.

Se pudesse resumir o que penso deva ser feito para ajudar a evolução do nosso sistema de representação liberal, diria, na hipótese de a intenção ser a democracia de partidos, que é preciso sair dela para alcançá-la. Antes, a prática democrática, a representação do povo, dentro ou fora dos partidos; depois, se organizada a opinião pública, será possível ver nascerem os verdadeiros partidos políticos e somente com eles será razoável pretender a passagem de um sistema de representação nacional-popular para outro de cunho partidário. Se atrelarmos o carro da democracia aos partidos, sem tê-los realmente, acabaremos frustrando o sonho do aprimoramento democrático. Sem a existência deles, de fato e não meramente de direito, restaremos na abstração de um idealismo sem fundamento na realidade. A existência dos partidos implica o bom desempenho por eles de suas funções, sem o que não haverá nem opinião pública organizada, nem dela se ouvirá a voz, nem se aprimorará a representação e longe ficaremos do regime político em que todo o poder emana do povo.

O Ministério Público na Constituição

Proposta de enquadramento

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES

Procurador da Justiça do Distrito
Federal e dos Territórios

SUMÁRIO

1. Considerações preliminares. 2. Ministério Público — órgão do Estado. 3. A concepção de agente político. 4. Idéia e fundamentos do quarto Poder. 5. O Ministério Público como ramo do Poder Executivo. 6. O Ministério Público como ramo do Poder Judiciário. 7. Proposta final.

1. Considerações preliminares

Teremos, muito brevemente, uma nova Carta Constitucional.

Encerramos um ciclo revolucionário e nos achamos no limiar de uma nova fase da vida político-institucional do país.

Cumpramos que cada setor da vida pública, notadamente as instituições superiores que ainda não encontraram assento cômodo dentro dos padrões técnico-jurídicos da Constituição, procure unificar posições e arregimentar esforços para uma contribuição em alto nível ao aprimoramento de nossa ordem jurídico-constitucional.

Queixava-se, com sobra de razões, o professor e Procurador-Geral PAULO SALVADOR FRONTINI, no excelente artigo publicado na revista *Justitia*, sob o título “Ministério Público, Estado e Constituição”, ao afirmar:

“Diante desse cenário, parece insuficiente a preocupação de estruturar o Ministério Público no próprio corpo da

Conferência proferida no Grupo de Estudos Carlos Siqueira Neto, da Associação Paulista do Ministério Público.

Constituição. Pode ser surpreendente uma afirmativa dessa índole, mas ela tem explicação. É que, a despeito de disciplinado constitucionalmente, com maior ou menor precisão, com maior ou menor referência, pelos constituintes de 1934, 1946, 1967 e 1969, o Ministério Público nunca recebeu nos textos constitucionais o complemento indispensável à sua plena afirmação institucional. Permanece, assim, como um órgão algo impreciso, mal demarcado entre os Poderes da República, com atribuições complexas e, mesmo, antinômicas, que vão desde o contraditório constitucional até a supervisão administrativa de entidades privadas; que abrangem o árduo encargo de acusador do Presidente da República nos crimes comuns, e de chefiar o serviço jurídico da União, como principal advogado do Poder Executivo. A plena definição institucional, aqui reclamada, surgirá no dia em que a Constituição claramente explicitar as atribuições fundamentais do Ministério Público. Esse o complemento de que a Instituição carece.”(1)

Trabalho dessa natureza, contudo, é de responsabilidade tal, que não deve ser delegado a representações políticas de classe, sem que antes tenha havido amplo debate sobre as teses institucionais, e consciente, livre e desapaixonada tomada de posição a seu respeito, por parte das bases das diversas corporações do Ministério Público em todo o país.

A modesta contribuição que lhes trago, com a aceitação do convite honroso que me fez o Ministério Público de São Paulo, é orientada segundo essa diretriz puramente científica, com o elevado propósito de engrandecer as nossas instituições públicas, em geral, e a do Ministério Público, em particular.

Caminharemos para essa jornada com um novo e consistente material de trabalho, representado pelas conquistas da Lei Complementar nº 40, que elevou o Ministério Público ao reconhecimento de sua condição de instituição nacional permanente, essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado.

São duas revelações paraconstitucionais do mais elevado alcance. Como instituição nacional, o reconhecimento de que o Ministério Público atua na condição de verdadeiro e não mais discutível órgão da soberania do Estado; e, como essencial à função jurisdicional, a meu ver uma opção clara quanto ao seu até aqui indefinido posicionamento constitucional.

(1) V. 90, pp. 254-55.

Como observa o professor HELY LOPES MEIRELLES, “o Ministério Público, como instituição nacional, vem desde a primeira Constituição da República, de 1891, que apenas se referiu à designação do Procurador-Geral da República, relegando suas atribuições à lei ordinária” (2).

Era o primeiro passo que se dava na fixação dos lineamentos constitucionais do Ministério Público; mas não passava do início tímido e inseguro de uma longa e penosa caminhada.

Afinal, à míngua da consideração explícita das principais garantias que devem assegurar a ação dos seus agentes, essa honrosa presença constitucional do Ministério Público teve o condão apenas de generalizar a instituição na organização pública do país, tornando-a presente também nos textos das Constituições estaduais.

Com o surgimento da Lei Complementar nº 40, que não apenas expressa ser o Ministério Público uma instituição nacional, mas essencial à prestação jurisdicional do Estado, deu-se a revelação plena de sua essência.

O Ministério Público, realmente, é instituição nacional. Mas não é simplesmente por estar presente em um dos capítulos da Constituição, e sim, como foi observado, pelo reconhecimento de que sua função é essencial à prestação jurisdicional.

Para o exercício da jurisdição, existe um Poder de Estado, que é o Judiciário. Os Poderes do Estado, como não poderia deixar de ser, têm raio de alcance sobre toda a Nação.

Ora, sendo de âmbito nacional o Poder Judiciário e sendo o Ministério Público um órgão essencial a ele, resulta, logicamente, ser o Ministério Público também uma instituição nacional.

Por outro lado, a sede da soberania é o elemento humano do Estado — a Nação; porém, o seu exercício está a cargo da pessoa jurídica central do Estado, que é a União.

Os estados-membros não são soberanos. São apenas autônomos. Todo órgão que tem por fonte de atribuições o núcleo da soberania, não pode estar institucionalmente vinculado aos estados-membros, senão à ordem jurídica central.

Os estados-membros apenas organizam, administrativamente, o Ministério Público, por imposição da ordem jurídica central. Porém,

(2) APMP — Temas Institucionais, p. 6.

não são as autonomias dos estados, e sim a soberania da Nação é que lhe dá conteúdo.

Nemo dat quod non habet. Se o estado-membro não é soberano, dele não poderá emanar ato de soberania. Eis aí um verdadeiro ovo de Colombo, que por tanto tempo ensejou renhidos debates doutrinários, colocações extremadas e posicionamentos antagônicos.

O trabalho que lhes trago, por certo, não tem a riqueza dos que estão habituados a ouvir e produzir nesse venerável templo de ciência, arte e cultura, que é a portentosa capital bandeirante, mas representa a sinceridade de minhas convicções e o máximo de esforço que a trabalhosa função de Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios me permitiu realizar.

2. *Ministério Público — órgão do Estado*

Constituem marco indelével na evolução histórica do Ministério Público brasileiro as idéias divulgadas por essa figura exponencial de líder e jurista que foi JOSÉ AUGUSTO CÉSAR SALGADO, cujo nome pronuncio sempre com respeito, admiração e saudade.

Já o disse e repito:

“Tão significativa e maiúscula é a presença desse mestre na formulação das novas idéias que compõem o quadro doutrinário atual da instituição, que não se pode falar em Ministério Público, no Brasil, sem prestar reverência à sua memória e, para aqueles que, como eu, tiveram a ventura de privar do seu convívio e desfrutar de sua amizade, prantear a sua insuprível ausência.”⁽³⁾

Estou certo de que, se um dia pudermos falar em “Escola Brasileira”, no campo doutrinário do Ministério Público, não se poderá regatear a CÉSAR SALGADO o título de seu lídimo e autêntico fundador.

Não seria necessário repetir aqui as idéias tão conhecidas de CÉSAR SALGADO sobre a teoria do Ministério Público como “órgão do Estado”.

Resumi-las, porém, é privar o leitor e o ouvinte de deliciar-se com a retórica que, durante várias décadas, se tornou familiar em nossa tribuna forense, além do risco, que não desejo correr, de deformá-las ou de expô-las com menor clareza, ou prejudicadas em sua peregrina elegância verbal.

(3) *Ministério Público — sua gênese e sua história*. 1983, p. 22.

Ei-las, pois, nas próprias palavras do seu expositor:

“Ultrapassada a velha concepção dos que viam no Ministério Público simples mandatário ou preposto do Poder Executivo, impunha-se defini-lo de acordo com a situação que lhe competia no quadro das instituições do Estado moderno. Já era tempo de situá-lo no lugar certo, *in the right place*, pois de outro modo não seria possível responder à pergunta sobre a sua exata posição. A resposta seria encontrada na ‘teoria da organicidade’, de COMBA, como bem o demonstrou GIUSEPPE SABATINI, ao reconhecer no Ministério Público as características de um órgão do Estado. Eis o ensinamento de COMBA em ‘Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi’: ‘Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação, tendo-se em mente que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais age em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, seus próprios, mas, formalmente, são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste; na relação de organicidade não mais se apresentam dois sujeitos, porém a identificação do órgão na pessoa jurídica, de modo que esta age imediatamente por si mesma; em substância, é a mesma pessoa jurídica decidindo e agindo pelos seus órgãos, os quais dela não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgão e pessoa jurídica, porque aquele age como se fora a mesma pessoa jurídica.’”

E prossegue o ilustre jurista:

“Estes conceitos, JELLINEK os resume numa síntese perfeita: ‘Atrás do representante, há outra pessoa; atrás do órgão não se vê ninguém’. Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, com ele se confunde, e como outros órgãos estatais — segundo GIUSEPPE SABATINI, em ‘Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale’ — ‘vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes’.”⁽⁴⁾

O valor maior do trabalho de CÉSAR SALGADO, com a divulgação dessas idéias, foi o de alterar o velho conceito, assente, no período monárquico, de que os membros do Ministério Público não eram senão agentes do Poder Executivo, de sua escolha e confiança, molas de sua autoridade, que devem ser conservadas ou destituídas, como ele

(4) In: *Arquivos*, do Ministério da Justiça, v. 123, p. 228.

entender conveniente ao serviço público, na expressão enfática de PIMENTA BUENO (5).

Na verdade, esse foi o grande significado de CÉSAR SALGADO, entre os nossos pensadores, eis que o momento histórico em que viveu e pontificou não ensejava avanço mais extenso e profundo na direção da formulação dogmática das idéias nascentes, que precisavam evoluir mais, criar raízes, frondejar e florescer, antes que pudessem produzir frutos.

Não obstante, no projeto de código do Ministério Público do Estado de São Paulo, do ano de 1954, CÉSAR SALGADO, como seu autor, consignou no texto legal a conceituação do Ministério Público como “órgão do Estado”. Foi mera formulação teórica, mas constituiu um marco fincado no balizamento da independência funcional do Ministério Público.

3. A concepção de agente político

O passo seguinte na evolução da idéia do órgão é exposto, com muita propriedade e clareza, por outro nome insigne de nossas letras jurídicas, o professor HELY LOPES MEIRELLES.

Conceitua-o como “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja ação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem” (6).

Daí passa à classificação dos órgãos públicos, que subdivide em **independentes**, os originários da soberania e representativos dos Poderes do Estado; **autônomos**, os localizados na cúpula da administração, logo abaixo dos órgãos independentes; **superiores**, os que detêm poderes de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica; e **subalternos**, os que se acham vinculados à hierarquia dos mais elevados, com reduzido poder decisório e predominância de atribuições de execução.

Órgãos independentes são, segundo HELY LOPES MEIRELLES, os três Poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário —, colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro (7).

(5) Apud CÉSAR SALGADO. Conferência sobre Campos Sales. In: *Justitia*, v. 32, 1.º semestre de 1961.

(6) O Estado e a Administração — Seus Poderes, Órgãos e Agentes. In: *Justitia*, v. 89, p. 259.

(7) Ob. cit., pp. 261-62.

Entre os órgãos que compõem essa classe, segundo o mesmo autor, está incluído o Ministério Público, porque seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os funcionários das respectivas instituições.

4. Idéia e fundamentos do quarto Poder

Tem-se falado no Ministério Público como detentor de potencialidade e conteúdo para a formação de um quarto Poder do Estado. Ouçamos, por exemplo, o que afirmou ALFREDO VALLADÃO:

“O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se MONTESQUIEU tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele — o que defende a sociedade e a lei, perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.”⁽⁸⁾

É também o que se tem ouvido, vez por outra, entre os estudiosos da doutrina do Ministério Público.

No caso, valem as reflexões realistas do Chefe do Ministério Público paulista, PAULO SALVADOR FRONTINI, quando asseverou na introdução do seu valioso trabalho, já aqui citado:

“(. . .) por mais belo que seja sonhar, impõe-se a adoção de uma atitude crítica e realista para situar o Ministério Público precisamente no contexto da nação a que deve servir e do Estado, de cuja estrutura faz parte.”⁽⁹⁾

Atitude crítica e realista, pois, é o que devemos ter. De nada vale sonhar. Daí por que a sustentação, muitas vezes repetida, de que se deve pugnar pelo reconhecimento do Ministério Público como *quarto Poder do Estado*, deve ser analisada nos seus fundamentos e pesquisada no seu conteúdo.

O grande constitucionalista patricio, o professor SAMPAIO DÓRIA, cuja autoridade peço vênia para invocar em abono das convicções que exporei sobre a matéria, com segura precisão técnica, assevera que “uma coisa é separação de Poderes, e outra, muito diversa, distribuição de funções”⁽¹⁰⁾.

(8) Apud ROBERTO LYRA. *Teoria e prática da Promotoria Pública*, p. 17.

(9) Ob. cit., p. 245.

(10) *Direito constitucional*. 3.ª ed., t. 1, p. 264.

“Em sociedades incipientes” — prossegue o mestre —, “não se separam os poderes, e, até, a princípio, mal se discriminam as funções públicas e, mesmo, as particulares.”

Aduz mais:

“Mas, assim que a tribo cresce e se desenvolve, já não pode o chefe resolver, por si só, todos os problemas da comunidade. Quando não haja outros motivos, falta-lhe tempo, às vezes capacidade, e, não raro, resistência. Cerca-se, então, como auxiliares de seu braço, de indivíduos que escolhe, com quem vai distribuindo as funções públicas.”⁽¹¹⁾

“Mas todos os funcionários públicos, espalhados pelo país, são meros auxiliares do chefe, que é o soberano, a cuja vontade todos obedecem sem tugar, nem mugir. Do alto de seu trono, pode chegar à maravilha de forjar todos os moldes da vida social, desde a política até as modas, projetando sua sombra, dia e noite, por toda parte: entre os empregadores e os empregados, para contratar o trabalho; entre o produtor e o consumidor, para tabelar o preço; entre pais e filhos, para dirigir a educação; entre o crente e o sacerdote, para pontificar a fé; entre o cientista e o público, para dogmatizar a verdade; entre o homem e a mulher, para disciplinar o amor; entre tudo e todos, para que a nação, num só pensamento e numa só vontade, ocupe, como se propala, seu lugar ao sol, e realize, na paz e na guerra, como sonham os ditadores, seus destinos históricos irrenunciáveis. Em tais povos, há, sem dúvida, distribuição de funções públicas: ministros que administram, câmaras que legislam, tribunais que julgam, e, para tudo, repartições onde se aglomeram funcionários de todas as categorias. Distribuição de funções, não há dúvida; mas não separação de Poderes. A distribuição pode, mesmo, ter atingido o grau máximo da perfeição. Da homogeneidade inicial numa tribo primitiva, se pode ir ter à heterogeneidade complexa das funções de um Estado moderno. Mas hierarquizadas todas à vontade de um chefe. É a característica das sociedades incipientes, ou encruadas, ou retrogradadas: distribuição de funções; jamais separação de Poderes.”⁽¹²⁾

Se assim é, onde encontrar a gênese da separação de Poderes? Responde-o ainda SAMPAIO DÓRIA que essa separação começou, na

(11) Ob. cit., p. 264.

(12) Ob. cit., pp. 264-65.

história dos povos, com as reivindicações liberais. Constitui conquista de ordem política e, como lembra FRONTINI, coincidente com a versão moderna do Ministério Público:

“Foi nesse momento, também, que os cidadãos, escarmentados da prepotência do Estado absoluto, sujeitando todos os súditos aos caprichos do monarca (“L’État c’est moi...”), impuseram o princípio da separação dos Poderes, inspirado na célebre fórmula de MONTESQUIEU. Instituiu-se o sistema de freios e contrapesos: quem legisla, não administra, nem julga; quem julga não administra nem legisla; e como quem julga manifesta-se por último, não pode julgar de ofício; há que ser provocado pelo interessado. Aqui estão as raízes do Ministério Público! O Ministério Público é filho da democracia clássica e do estado de direito!”⁽¹³⁾

“Os povos mais viris’ — são agora expressões lapidares do insigne constitucionalista SAMPAIO DÓRIA — “foram atacando o poder ilimitado dos reis, e reclamando, para si, uma participação, cada vez maior, na estatuição das leis. De reivindicação em reivindicação, terminaram alguns povos — em primeiro plano, o povo inglês — por conferir a si mesmos todo o poder de legislar. Durante muito tempo, ainda ficaram os reis com o poder de executar as resoluções que o povo estatuiu. Mas, como, no exercício desta prerrogativa, os monarcas solapassem, às vezes pela astúcia, e outros pela força, o privilégio de legislar, que o povo lhes subtraíra, as reivindicações populares foram às últimas, chamando para si também a função de executar as leis e resoluções que votasse. Aqui, destronando monarcas como na França de Luís XVI; ali, conservando-os como na Inglaterra, onde reinam, mas não governam.”⁽¹⁴⁾

Conclui que as funções têm razões diversas para se separarem e para se destruírem. Distribuem-se por razões práticas — economia, eficiência, acerto e oportunidade das deliberações; separam-se por força de reivindicações políticas, para melhor garantia da liberdade.

Na separação de Poderes, porém, prevalece o critério da **precipuidade** sobre o da **exclusividade**, já que, por exceção, os Poderes exercem funções atípicas. O Legislativo administra e às vezes julga; o Executivo legisla e o Judiciário administra e legisla. Daí, e apenas por esse motivo, a acertada afirmação de ALCINO SALAZAR, segundo a qual

(13) Ministério Público, Estado e Constituição. In: *Justitia*, v. 90, p. 251.

(14) Ob. cit., p. 265.

“A teoria das funções tem base científica; já a divisão de Poderes é um arranjo artificial. Tem sido dito que é apenas obra de arte política.” (15)

“Pode haver função sem poder, e nunca poder sem função” — prossegue SAMPAIO DÓRIA.

E continua:

“Função é a faculdade de proceder dentro das leis. Poder é além de função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania. Não faculdade soberana de ação, nem, como se exprimia ROBESPIERRE, ‘as diversas partes essenciais e constitutivas da soberania’. Poder não é soberania em si. Mas delegação direta da soberania. Enquanto os órgãos forem hierarquizados, não há Poder. Quando se alçam a Poderes, a hierarquização desaparece. É possível, mesmo, para respeito da Constituição, oporem-se às vezes uns aos outros. A norma é serem independentes entre si, sem quebra de harmonia e da mútua colaboração, que lhes cumprem. Mas o traço específico do Poder é a capacidade de opor-se a outro Poder. Enquanto apenas função, não há, no jogo dos órgãos do Estado, garantias da liberdade. Só quando Poderes, é que a garantia surge e se afirma contra os excessos do Executivo, e, mesmo, do Legislativo.” (16)

Mas a soberania, conquanto distribuída entre os Poderes, está neles inteiramente contida.

Importa a sua própria negação admitir-lhe a extravasão dos compartimentos constitucionais herméticos em que se contém.

Como “Poder exclusivo e autodeterminante de dar ordens incontestáveis, sancionadas pela força” — na conceituação de SAMPAIO DÓRIA (17) — ou como “grau eminente do Poder do Estado” — para DARCY AZAMBUJA (18) —, a soberania tem como atributos essenciais a supremacia, a exclusividade e a autodeterminação e, como corolários, a unidade, a indivisibilidade e a inalienabilidade.

A titularidade dela está com o povo, que é o elemento humano do Estado. Dele é que “emana o impulso vital que faz o Estado agir.

(15) Poder Judiciário — bases para reorganização, p. 33.

(16) Ob. cit., p. 266.

(17) Ob. cit., p. 60.

(18) Teoria geral do Estado, 5.^a ed. p. 50.

Só o elemento humano é capaz de vontade e ação". É, porém, exercitada pela pessoa jurídica do Estado representativo da Nação, e repartida em funções típicas denominadas administrativas, legislativas e jurisdicionais. Essas funções esgotam o conteúdo da soberania.

Ora, o Ministério Público, a despeito de sua desvinculação hierárquica a qualquer dos Poderes, com o que se mostra investido de um dos atributos essenciais do Poder de Estado, não tem capacidade de opor-se aos demais Poderes.

Eis a defectividade que lhe retira a característica de Poder autônomo, reivindicada conjuntamente por "organicistas" e "quarto-poderistas".

Não lhe é dado praticar deliberações finais e auto-executáveis. Toda a sua ação se desenvolve no âmbito do Poder Judiciário e tem por finalidade, ora promover, ora fiscalizar, como órgão integrativo da jurisdição.

O ato judicial é simples; porém, o ato jurisdicional é complexo. Revela-o ALCINO SALAZAR em seu **Poder Judiciário — Bases para Reorganização**. (19)

Imperante a regra basilar do sistema contraditório, segundo a qual **ne procedat iudex ex officio**, evidenciado está que da elaboração desse ato, que consubstancia a prestação de um serviço de poder do Estado, pontificam outros agentes; um deles — o Ministério Público — com caráter de essencialidade.

Dizer que o Ministério Público é órgão da soberania, no entanto, equivale a afirmar ser ele um dos Poderes do Estado. A meu ver essa conclusão é inelutável.

Assim, os defensores da conceituação do Ministério Público como "órgão da soberania do Estado, embora não o digam, avançam na direção da proposta do quarto Poder".

Na verdade assim é porque, dentro dessa ótica, o Ministério Público deixa de ser visto como agente do Poder Executivo, para ser visualizado como partícipe da soberania do Estado.

Reduzo, com essa constatação, a corrente dos **organicistas** à dos **quarto-poderistas**, por evidente analogia de conteúdo entre suas proposições.

(19) Ob. cit., p. 26.

5. O Ministério Público como ramo do Poder Executivo

Os processualistas, notadamente os processualistas penais, sustentam com veemência maior a colocação do Ministério Público no âmbito do Poder Executivo.

Basta, para atestá-lo, a citação de um dos mais eminentes nomes da processualística pátria, que é o professor JOSÉ FREDERICO MARQUES, e que assim expõe o seu pensamento sobre a matéria:

“Sempre sustentei que o Ministério Público nem é um quarto Poder, nem tampouco órgão integrante do Poder Judiciário. Adotando a opinião de TITO PRATES DA FONSECA e PONTES DE MIRANDA (para lembrar apenas juristas não peregrinos), entendo que o Ministério Público ‘não é órgão jurisdicional, mas administrativo’, sendo outrossim ‘um dos ramos do Poder Executivo’. E perfilhando ensinamento de ALLORIO, assim escrevi: ‘O Ministério Público está na zona extrema da administração, justamente onde esta confina com a atividade jurisdicional’ (**Instituições de direito processual civil**, 1966, v. 1, p. 200, nº 112). Todavia, em outra passagem, deixei ressaltado: ‘Isto quer dizer que os membros do Ministério Público são funcionários da administração pública, isto é, do Poder Executivo; mas, como acentuam GLASSON e TISSIER, com uma certa independência que não têm os funcionários dessa categoria’ (ob. cit., pp. 200 e 201, nº 112).” (20)

É que, para a construção doutrinária da teoria da relação processual, reputam esses autores imprescindível a estruturação do Ministério Público em um dos pólos do processo, como titular da pretensão punitiva do Estado.

Dão-lhe a condição de parte no sentido formal e no sentido material, porquanto, além de sujeito do processo, representa o Estado na relação jurídica substantiva, contrapondo o **jus persequendi** ao **jus libertatis** do cidadão.

De maneira clara e enfática é o que diz o professor FREDERICO MARQUES, ao afirmar:

“Não se pode, hoje, desconhecer a qualidade de parte do Ministério Público, porque é ele ponto de referência de uma série de interesses, de natureza processual e material, para que possa ser exercido o **jus persequendi** do Estado-administração, quando da prática do crime.” (21)

(20) A Chefia do Ministério Público e a Constituição Federal. In: *Justitia*, v. 76, p. 9.

(21) *Elementos de direito processual penal*, 2.^a ed. v. 2, p. 39.

Para FREDERICO MARQUES, jurisdicionais são, unicamente, os atos emanados do juiz, isto é, os de decisão, os de instrução processual e os de documentação. Os atos de Ministério Público são, para ele, considerados atos postulatórios de parte. (22)

A réplica a essa conceituação é feita de maneira completa e, a meu ver, vantajosamente, por BIAGIO PETROCELLI, na conferência que se acha publicada na revista *Justitia*. (23)

Nessa conferência, de todos conhecida, PETROCELLI demonstra, inicialmente, que o sistema acusatório puro somente existe com a ação penal privada. A partir do momento em que foi afirmado o interesse público na perseguição dos delitos, esse sistema entrou em decadência. O que vige é um sistema misto.

Depois, demonstra PETROCELLI que a condição do Ministério Público, no processo, não é de parte. A independência funcional do órgão não se coaduna com essa construção.

De fato, diz ele, parte *sui generis* nada diz; parte pública exclui a vinculação a interesse e, sem interesse, não há parte; parte em sentido formal é enunciado de conceito vazio; e parte imparcial é flagrante *contradictio in terminis*.

A verdadeira parte, como destinatária da prestação jurisdicional, age por força de interesse; o Ministério Público, como órgão do Estado, age, imparcialmente, por força de dever.

Não creio, porém, que a bem montada teoria da relação processual venha a sofrer com a nova conceituação do Ministério Público, mesmo porque a pretensão punitiva não pode ser considerada como atributo do Poder Executivo, mas sim interesse geral da Nação.

O certo é que, nessa matéria, estamos hoje em face de *lege lata*. É a Lei Complementar nº 40 que prescreve, em seu art. 1º, que o Ministério Público é considerado Instituição nacional permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

No direito brasileiro, pelo menos, perde interesse o debate que se travava na doutrina a respeito da conceituação do Ministério Público como parte. O tema é, para nós, uma página do passado.

6. O Ministério Público como ramo do Poder Judiciário

O meio de elaboração do ato jurisdicional é o processo do qual participa, necessariamente, o Ministério Público, nas hipóteses que

(22) Ob. cit., p. 81.

(23) N.º 61, pp. 171-89.

a lei determina, isto é, em toda a amplitude da jurisdição penal pública e em toda a extensão da jurisdição civil pública.

Essa atuação o Ministério Público desempenha, como vimos, na condição de órgão essencial à prestação jurisdicional do Estado e não na condição de parte interessada.

Verdade que o instrumento típico da jurisdição é a sentença. Contudo, esta, embora ato formalmente unitário, é substancialmente complexa. Somente adquire força de coisa julgada após a intimação às partes e ao Ministério Público. Sem essa integração, se é ato judicial, ato jurisdicional não é, porque lhe falta a participação essencial do outro ramo do Poder, que é o Ministério Público.

Por aí se vê que o Ministério Público, isoladamente, não constitui Poder, como, de igual modo, a Magistratura, isoladamente, também não o constitui.

Assevera, sobre o assunto, SAMPAIO DÓRIA:

“O que mais caracteristicamente acentua e eleva a função judiciária à categoria de Poder, é a prerrogativa de se opor ao Executivo em suas ilegalidades, em seus abusos de poder (...).”⁽²⁴⁾

Mas como isso não pode ser realizado sem o Ministério Público, em virtude da regra segundo a qual o juiz não procede de ofício, duas conclusões daí surgem: a primeira é que a Magistratura, sem o Ministério Público, não é Poder; a segunda é que o Ministério Público não poderá jamais integrar o Poder Executivo, sob pena de quebra do princípio de independência e harmonia dos Poderes.

A decisão judicial é fruto de acasalamento do órgão promovente com o órgão judicante. Sem qualquer deles, estamos diante de órgãos defectivos e infecundos, a cada um dos quais faltando uma característica essencial de Poder do Estado, que é, como dito, a capacidade de oposição aos demais Poderes. É atributo que somente ambos têm, em ação conjunta.

Dir-se-ia existirem processos em que o juiz sentencia sem a intervenção do Ministério Público. São as questões de interesse privado. Contudo, a atuação em tais lides não é o que caracteriza o Poder de

(24) Ob. cit., p. 268.

Estado. Isto poderá significar ato de autoridade, porém não, ato de poder. De poder é aquele que tem força de oposição a outro Poder. E esse ato a Magistratura somente poderá praticar provocada pelo Ministério Público ou mediante sua interveniência.

O Ministro JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALKMIN, de saudosa memória, em brilhante conferência feita em Guarapari, por ensejo do II Congresso Nacional do Ministério Público, no ano de 1973, após jogar habilmente com duas idéias antagônicas a respeito da posição constitucional do Ministério Público — pondo frente à frente os pensamentos de CARNELUTTI e BIAGIO PETROCELLI, assim marca a sua posição sobre o tema:

“Tenho para mim, na verdade, o problema é de somenos, quanto à ubiquação constitucional do Ministério Público. O que importa são as garantias e a segurança dos meios para o exercício das funções que lhe devam ser cometidas, na própria Constituição, independentemente de incorporá-lo ao Poder Judiciário. E neste ponto, as restrições que se façam ao pensamento de PETROCELLI são de inegável procedência. Bem sabeis que, na forma de Governo que nos rege, a dois Poderes se atribui a chamada realização do direito: ao Executivo e ao Judiciário. Ora, a distinção entre a atividade jurisdicional e administrativa afasta positivamente a hipótese de que as atividades concernentes à defesa da ordem jurídica, através da investigação e da promoção de medidas tendentes à persecução criminal, possam enquadrar-se no conceito de jurisdição. Nem seria conveniente, à própria ordem jurídica, que o fosse. É que sabeis da desconfiança — creio que justificável — com que se encara o princípio inquisitivo. E a desconfiança — permito-me dizê-lo — não se prende somente ao *ne procedat iudex ex officio*. Não é tão-só a iniciativa do procedimento penal, de ofício, que pode marear a segurança da imparcial serenidade com que as causas devem ser decididas. A ampla liberdade investigatória conduz, igualmente, aos preconceitos e à possível quebra do equilíbrio na apreciação das razões expostas no contraditório. Ainda há pouco, reproduzíamos o pensamento de CARNELUTTI sobre o destacar-se, o Ministério Público, do juiz. Se a este se confiasse a função de investigar, também estaria comprometida, pela possibilidade de preconceitos resultantes da investigação, a sua imparcialidade. Nem se diga que, hoje, os juízes dispõem de poderes instrutórios. Eles lhes são limitados ou restritos a elementos constantes nos autos. Ora, a pretendida incorporação, advogada por PETROCELLI, do Ministério

Público aos quadros da ordem judiciária, iria restaurar, em toda a plenitude, o sistema inquisitivo.”⁽²⁵⁾

Há nesse posicionamento, **data venia** da grande autoridade do mestre que sustenta, duas embaraçantes dificuldades, a meu ver intransponíveis na doutrina da soberania do Estado.

A primeira delas está na afirmação de irrelevância quanto à busca de uma definição constitucional para o Ministério Público.

Com efeito, num ponto, pelo menos, parece estar acorde a maioria dos estudiosos do assunto: o ofício do Ministério Público é exercido em nome da soberania do Estado. Não é mais concebível o membro do Ministério Público, como um agente ligado institucionalmente à hierarquia do Poder Executivo, como o são todos os demais agentes ligados a essa área, mesmo os agentes políticos dos órgãos autônomos, os Ministros de Estado e os representantes diplomáticos.

Acordes nesse ponto, forçosamente deveremos todos estar acordes nesse outro: É que, para atuar em nome da soberania do Estado, o Ministério Público precisará constituir um dos Poderes ou compor, como ramo independente e autônomo, um dos Poderes existentes, sob pena de virmos a negar a atuação soberana do órgão.

Quando o Ministro ALKMIN assevera que o importante é que o Ministério Público tenha assegurados na Constituição os meios para o exercício de suas funções, mais uma vez com a devida vênia, outra coisa não está a fazer senão reconhecer a necessidade do que afirmou dispensável, isto é, a da exata definição constitucional do Ministério Público. Do contrário estaríamos a conceber um órgão destituído de predicação de soberania no exercício de poderes que só podem provir dela, o que seria simplesmente negar um dos seus atributos básicos, que é a supremacia.

Essa mesma dificuldade vejo-a, com igual respeito, no grande mestre HELY LOPES MEIRELLES, precisamente no parecer que publicou na coletânea de **Temas Institucionais**, pela Procuradoria-Geral, em colaboração com a Associação Paulista do Ministério Público, em 1982, quando escreveu:

“Assim sendo, a nosso ver, o correto posicionamento do Ministério Público foi o da Constituição de 1934, que o situou em título autônomo, sem vinculação a qualquer dos Poderes

(25) *Justitia*, v. 80, pp. 22 ss.

do Estado, atento a que no desempenho de suas atribuições não está hierarquizado ou subordinado a qualquer deles, tendo funções próprias e específicas, inconfundíveis com a de qualquer servidor público.” (26)

Data venia, se o Ministério Público é exercido por agentes políticos independentes, segundo afirma o mestre, e se agentes políticos independentes, que atuam em nome da soberania, são os representantes dos Poderes do Estado, evidente que o Ministério Público só tem duas posições na Constituição: a de Poder autônomo ou a de ramo independente e autônomo do Poder Judiciário.

A outra sustentação da memorável conferência de Guarapari e que também me parece destituída de raízes científicas mais profundas é a que prega a inconveniência para a própria ordem jurídica quanto à reintegração do Ministério Público ao Poder Judiciário, por significar a restauração do sistema inquisitório.

Pelo que se deduz de tudo o que ficou exposto na sustentação que vimos fazendo nesta palestra, a verdade é bem outra.

Com efeito, se houve um tempo em que a Magistratura poderia ser considerada como Poder autônomo, esse foi precisamente aquele em que vigorava o sistema inquisitorial.

A ação do juiz dentro desse sistema era totalmente independente e desvinculada de qualquer outro órgão. O seu comando era unitário, porque havia concentração das funções processuais no órgão judicante.

Com o advento do sistema acusatório, a sua unidade cindiu-se e o juiz passou a ser apenas um co-partícipe do ato de jurisdição.

Mas, vejam. O sistema acusatório rompeu com a unidade do ato de jurisdição, porém não o expulsou parcialmente da órbita do Poder Judiciário. Nem isto seria admissível. Centrifugando-se o outro co-partícipe desse ato, que é o Ministério Público, para a órbita de outro Poder, estaria quebrado o princípio de independência e harmonia dos Poderes. E, nesse caso, o sistema acusatório, ao invés de avanço democrático-liberal, teria significado a invasão e o atropelo de um Poder por outro.

Inadmissível ver as coisas por esse prisma.

Se o Ministério Público faz parte do Executivo e é essencial à prestação jurisdicional do Estado, o livre funcionamento do Judiciário

(26) Ob. e pp. cits.

rio fica na dependência de um agente de outro Poder. Nesse caso, deixaria o Judiciário de constituir um Poder autônomo, porque o Ministério Público passaria a representar um interventor do Executivo no Judiciário, e isto importaria a sua negação como Poder.

Então, não só não é inconveniente posicionar o Ministério Público no Poder Judiciário, quanto esse *status* lhe é natural e essa permanência, condição de recomposição e perfectude desse mesmo Poder, por significar a reintegração de uma parcela essencial dele, que se desprende com a instituição do sistema acusatório.

Nem é preciso, pois, entrar mais em debate sobre teses estereis, a respeito do perigo que representa à restauração do sistema inquisitorial, a inclusão do Ministério Público no Poder Judiciário.

A restauração desse sistema existiria se se devolvesse aos órgãos da Magistratura o poder de investigação unilateral da verdade, tal como é feito nos procedimentos contravencionais e nos delitos culposos da Lei nº 4.611/65.

Confiado a outro ramo independente e autônomo do Poder Judiciário, com funções específicas, de órgão promovente e fiscalizador da jurisdição, sem liame hierárquico a prendê-lo à Magistratura, não seria sequer cientificamente honesto fazer afirmação dessa natureza, que a experiência jamais viria confirmar.

Daf retirarmos algumas conclusões necessárias. A primeira delas é que o Ministério Público não tem essência de Poder autônomo, mas sua natureza é de ramo do Poder Judiciário; a segunda é que a Magistratura também não reúne elementos para constituição de Poder autônomo e sim, do mesmo modo e pela mesma razão, tem natureza de ramo do Poder Judiciário; a terceira é que o ato jurisdicional é complexo. Resulta da ação conjunta de dois órgãos do Estado: o órgão promovente e o órgão judicante.

7. Ministério Público — proposta de enquadramento constitucional

Com base nessas proposições, apresento a seguinte proposta de reforma constitucional, com referência ao Poder Judiciário:

CAPÍTULO

Do Poder Judiciário

Art. — O Poder Judiciário é exercido pela Magistratura e pelo Ministério Público, autônomos e independentes entre si.

Parágrafo único — Lei Complementar estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura e do Ministério Público, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes.

SEÇÃO I

Da Magistratura

Art. — A Magistratura é exercida pelos seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal;
- II — Conselho Nacional da Magistratura;
- III — Tribunal Federal de Recursos e juízes federais;
- IV — Tribunais e juízes militares;
- V — Tribunais e juízes eleitorais;
- VI — Tribunais e juízes do trabalho;
- VII — Tribunal e juízes do Distrito Federal e dos Territórios;
- VIII — Tribunais e juízes estaduais.

(Seguem-se os atuais arts. 113 a 144 da Constituição.)

SEÇÃO II

Do Ministério Público

Art. — O Ministério Público, instituição nacional, permanente e essencial à função jurisdicional, é o órgão do Estado responsável pela defesa da ordem jurídica e dos

interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição, das leis e dos direitos e garantias individuais.

Art. — O Ministério Público é exercido pelos seguintes órgãos:

I — Ministério Público Federal;

II — Conselho Nacional do Ministério Público;

III — Ministério Público Militar;

IV — Ministério Público do Trabalho;

V — Ministério Público junto ao Tribunal de Contas;

VI — Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;

VII — Ministério Público estadual.

§ 1º — São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º — São funções institucionais do Ministério Público:

I — velar pela observância da Constituição e das leis e promover-lhes a execução;

II — representar por inconstitucionalidade ou para a interpretação da lei ou ato normativo, nas respectivas áreas de atribuições;

III — promover, com exclusividade, a ação penal pública e requisitar a instauração de inquéritos, podendo presidi-los e avocá-los;

IV — promover, na forma da lei, a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e dos interesses indisponíveis da comunidade;

V — promover inquérito administrativo para instruir a ação civil pública;

VI — exercer outras atribuições previstas em lei e que se compreendam nas finalidades institucionais.

§ 3º — A atuação do Ministério Público poderá ser provocada por qualquer do povo.

§ 4º — Cabe ao Ministério Público promover a nulidade de ato de qualquer Poder e requerer providências para evitar que o mesmo se consuma, nos termos da lei.

Art. — O Conselho Nacional do Ministério Público, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se do Procurador-Geral da Nação, que o presidirá, de dois integrantes do Ministério Público da União, de um do Ministério Público do Distrito Federal e de três membros do Ministério Público dos Estados.

Parágrafo único — Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros do Ministério Público, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra os mesmos e, em qualquer caso, determinar-lhes a disponibilidade ou a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado o disposto em lei orgânica.

Art. — Os membros do Ministério Público ingressarão nos cargos iniciais da carreira, mediante concurso público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

Art. — Nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público Estadual.

Art. — Os membros do Ministério Público terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos, direitos, vantagens, deveres e impedimentos da Magistratura judicial.

Art. — A Chefia do Ministério Público será exercida pelo Procurador-Geral, eleito, entre os membros da instituição, na forma da lei.

§ 1º — O mandato do Procurador-Geral será de 2 (dois) anos.

§ 2º — Compete exclusivamente ao Ministério Público a iniciativa de leis pertinentes à organização e funcionamento da respectiva instituição.

Art. — Ao Ministério Público fica assegurada autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria e global.

Parágrafo único — O numerário correspondente às dotações destinadas ao Ministério Público será entregue no início de cada trimestre, em quotas estabelecidas na programação financeira do Tesouro, com participação percentual nunca inferior à estabelecida para os tribunais mencionados na Constituição e perante aos quais officiar.

Art. — A União, o Distrito Federal, os territórios e os estados terão procuradores para a defesa de seus interesses em juízo ou fora dele; excepcionalmente, tais funções poderão ser desempenhadas por membros do Ministério Público, enquanto não existir órgão próprio.

Art. — Onde ainda não houver sido criado, a lei instituirá o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da respectiva unidade federativa, cujas funções serão exercidas pelos integrantes do quadro único do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal e dos Territórios.

É esta a proposta que trago para o laboratório de nossas altas decisões institucionais, que é São Paulo, vanguardeiro nas pugnias pelo aperfeiçoamento e líder na condução das idéias que têm marcado as diversas etapas de evolução do Ministério Público brasileiro.

Sou daqueles que acreditam que o aperfeiçoamento institucional trará, por acréscimo, tudo o mais que as lutas de classe têm buscado em prol dos membros do Ministério Público e que, bem analisado, não é mais do que o que a Magistratura judicial conseguiu através de um processo de sedimentação histórica de alguns séculos de antecedência.

A proposta, que nada tem de política, em seu conteúdo, não obstante poderá, se acolhida, ganhar para o Ministério Público algumas etapas no ciclo de sua evolução, tornando-o passageiro do carro-chefe do Poder Judiciário, hoje ocupado inteiramente pelo órgão judicante.

Apontamentos sobre imunidades tributárias à luz da jurisprudência do STF

RUY CARLOS DE BARROS MONTEIRO

Advogado no Distrito Federal. Membro
do Instituto dos Advogados Brasileiros

I — Considerações preliminares

S U M A R I O

1. Natureza jurídica da imunidade tributária. 2. A exata compreensão da vedação: a imunidade e as taxas. 3. A imunidade e as contribuições: o adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante. 4. As sociais. 5. A do salário-educação. 6. A imunidade e os impostos. 7. A interpretação ampla das normas constitucionais atinentes à imunidade.

1. É incontroverso que o cultivo da ciência jurídica se efetiva através das mais variadas experiências. Basicamente, há que distinguir, depara-se, de um lado, com o estudo do direito interpretado pelo jurista, forjando hipóteses e doutrinas; de outro, bem diversa, com a sua viva aplicação, realçada a singularidade da espécie quando questionado em certo caso concreto.

Em meio ao sempre crescente número de trabalhos que assumem o primeiro caráter, ferindo o tema sob concepção doutrinária, este, também impregnado da seriedade cabível na matéria, mais se individualiza pelo intento de passar em revista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Além do conhecimento da diversifi-

A parte 2 deste estudo, que será publicada no próximo número da *Revista de Informação Legislativa*, abrange a imunidade dos partidos políticos, das instituições de educação ou de assistência social e do livro, jornal e periódicos, bem assim do papel destinado à sua impressão.

cação de seu objeto, dos inevitáveis entrechoques de idéias, ensaia-se, também, a informação das opiniões externadas pelos ministros que, ao curso dos anos, integraram e integram a Corte.

Adstrito este texto ao exame das imunidades tributáveis previstas nas alíneas do inciso III do art. 19 da Constituição da República, não obstante sua genérica titulação, convém ressaltar que o autor visou ao cumprimento de exigência acadêmica, móvel único do esforço cometido, sob o domínio da advertência do *Justice JACKSON* (US vs. ALLEGHEBY COUNTY, de 1944), lembrada pelo Ministro ALIOMAR BALEIRO:

“Olhando-se para o passado, é fácil ver que a linha entre o tributável e o imune foi traçada por mão vacilante.” (1)

É evidente que seria leviano dizer que, nas inumeráveis questões a floradas em seu discorrer, faltam desafios. Ao irrecusável grau de complexidade com que se revestem, poder-se-ia, quem sabe, carrear hesitações que, não raro, assomam ao espírito do intérprete. Positivamente e como se fosse permitida escusa de ignorância, de corriqueiras distorções terminológicas a imprecisões conceituais, se nota desprezo pelo rigor científico, como que lançadas em pleno império da sinuosidade — e, frise-se, desde o texto constitucional (o art. 161, § 5º, por exemplo) a venerandos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, que não podem ser remitidos —, recomendando, não uma revisão, é óbvio, mas, pelo menos, a necessidade de revolvê-las todas, sem distinção, até mesmo aquelas de desfecho de há muito pacificado, que não mais suscitam contestação.

Nesta trilha e não sendo aconselhável, em etapa de abertura, exceder os limites do indispensável, impende considerar dois aspectos com ela condizentes, para saber se o Pretório Excelso esteve compelido a definir a disputa doutrinária travada acerca do cerne do instituto da imunidade tributária, bem como qual o seu entendimento no que diz respeito ao alcance da vedação constitucional.

Não se desconhece o quanto tem afligido a doutrina a questão atinente à natureza jurídica da imunidade tributária. Basicamente, consoante as correntes usuais, vem ela, as mais das vezes, concebida como limitação constitucional ao poder de tributar, exclusão ou regra negativa de competência tributária, hipótese de não

(1) Nos votos que proferiu nos MMSS 12.809, 18.991 e 19.097, todos do DF (In: RTJ, 71/715, 733 e 754).

incidência constitucionalmente qualificada e técnica legislativa de exoneração (2).

O Supremo Tribunal Federal, não obstante tenha contado entre os seus integrantes com tributarista dos mais eminentes, não se deteve no exame aprofundado do problema, mostrando-se totalmente indiferente quanto à preponderância de uma das alternativas colocadas pela doutrina. Com efeito, a não ser em isolados pronunciamentos de ministros da Corte, emitidos sem nenhum liame com a preocupação de assentar a essência do instituto, não há um único julgado sequer que autorize inferir opção colegiada categórica (3).

Mais do que a conveniência de, afinal, perfilhar um dos conceitos há pouco indicados, merece reflexão, por causar certa perplexidade, o descompasso observado entre a doutrina, rica em debates, e a jurisprudência do mais alto tribunal do país, absolutamente silente a respeito. De que a questão se apresenta unicamente afeta à doutrina, dúvida não é possível pairar. É mister, então, testar a utilidade prática da divergência doutrinária, para verificar até que ponto é ela válida e decisiva à aplicação concreta do direito. Como justificação do dissenso e de sua amplitude, poderia ser aceita a inquietação, sempre presente, de distinguir a imunidade tributária da isenção e da não-incidência? Em termos efeitos, qual a derradeira razão da ênfase emprestada à competência tributária, nos propósitos de individualizá-la?

A rigor, o que é fundamental é que imunidade tributária e previsão constitucional são componentes indissociáveis da mesma concepção jurídica. Assim, se em sintonia com a norma constitucional pertinente permanece sobranceiro o reconhecimento de que se trata de *vedação para instituir impostos, pré-excluídos* se en-

(2) Esse elenco, parece, ainda não satisfaz os estudiosos da matéria, permitindo prever que a controvérsia não permitirá tão cedo, como está a indicar singular opinião, recentíssima, do professor PAULO DE BARROS CARVALHO, da PUC/SP. Este, em juízo revisionista, formulou nova concepção: "classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expreso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas" (Imunidades tributárias, in: *Revista Tributária*, 10/84, comentário 1.3, p. 269). Referido estudo suscitou o artigo "Imunidades, apontamentos, críticas às críticas", do professor SACHA CALMON NAVARRO COELHO, in: *Revista de Direito Tributário*, 31, jan./mar. 1985, pp. 199/210.

(3) Apenas, por exemplo, referência à sua caracterização como limitação ao poder de tributar se encontra nas ementas dos acórdãos lançados nos MMSS 18.809, 18.991 e 19.907, citados na nota 1 e no RE 97.708 — MG (Ementário 1.341-2, fls. 428) e na Rep. 937 — RJ (Ementário 1.197-1, fls. 220), objetiva afirmação do Min. MOREIRA ALVES: "a vedação da instituição de impostos é estabelecimento de imunidade".

contram quaisquer outros argumentos destinados a encerrar sua especificidade a partir da competência tributária. Realmente, não colhe vantagem nenhuma, independentemente do conceito que afinal se possa atribuir em consonância com as correntes doutrinárias prevalecentes. Diante das hipóteses objeto do presente estudo — imunidade recíproca, dos templos, dos partidos políticos, das instituições de educação ou de assistência social e do livro, jornal e periódicos —, é inequívoco que eventual inconstitucionalidade adveniente de manifestações do poder de tributar (que pressupõe, precedentemente, competência constitucional para tanto) seria resultante não de quebra da competência tributária (que é, consoante a correta exegese, unicamente legislativa), mas, sim, em face da concretude da vedação.

Em conseqüência e sem levar em conta a possibilidade de que a própria Constituição a tenha considerado dentre as limitações *constitucionais do poder de tributar* (art. 18, § 1º, *in fine*), não guarda maior significado — o debate é, pois, secundário — falar em limitação ou negação de competência, ou, ainda, em não-incidência constitucionalmente qualificada (esta, sem dúvida, a mais descabida) ou em técnica legislativa de exoneração. Na verdade, a questão da competência tributária só se faz inefastável na hipótese da isenção, à medida que, salvo o excesso do art. 19, § 2º, da Constituição da República, o poder de isentar, colocado a nível da lei ordinária, pressupõe sempre o de tributar: mesmo entendida como dispensa legal do pagamento do tributo devido, como reafirmou o Pretório Excelso⁽⁴⁾, a primeira indagação que se impõe, ao contrário da imunidade, é se existe competência constitucional considerada em relação de anterioridade, para o poder de tributar e, em decorrência, para o de isentar; o mesmo quase que pode ser afirmado no atinente à não-incidência: se o fato ainda não foi erigido a nível de hipótese de incidência, ocorrendo sua transmutação legal, cumpre, primeiro que tudo, verificar se competência precedentemente fixada a autoriza.

Por isso não se apresenta excessivamente despropositada a lembrança da imunidade material que vem assegurada pelo art. 32, *caput*, da Constituição da República e da faculdade a que alude o seu § 3º (redação da Emenda Constitucional nº 22, de 29-6-82), que diz respeito a imunidade de natureza processual, protegendo o congressista no exercício de seu mandato, bem assim da prevalência da imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro. Guardadas as devidas peculiaridades, não há negar, em todas elas, a prescindibilidade de, acaso positivadas, considerarem-se quaisquer outros aspectos, mesmo que subjacentes.

(4) Exemplificativamente, o RE 102.294 — RJ (in RTJ 111/442).

Das destinadas a defender o regular funcionamento do Poder Legislativo, na processual, preenchidos os requisitos constitucionais, a materialização afirmativa da resolução, sustentando o processo, implica a suspensão do foro especial do § 4º subsequente, tornando tudo o mais absolutamente inócuo; consoante a clássica doutrina que tem predominado no direito internacional público, o mesmo se dá com a de jurisdição. Uma vez invocada, no sentido da não submissão à nacional ou, ainda, não atendida a citação, o feito fica irremediavelmente trancado, postos à margem outros eventuais questionamentos.

De qualquer sorte e sendo certo que a celeuma doutrinária continuará a sensibilizar os defensores de cada tese discriminada, a adesão a uma delas, se, em termos práticos, fosse compulsória e decisiva à aplicação do direito, teria que ser norteadada a partir da compatibilização, num único lance e no mesmo patamar constitucional, entre a fixação da competência tributária com *simultânea* vedação à instituição de impostos — e, aqui, o risco de ficar envolto em mero jogo de palavras é imenso —, tudo sem relevar o fator complicador que advém do vigente contexto constitucional e *legal* em que se disciplina a imunidade tributária das instituições de educação e assistência social (*condicionamento* inscrito na parte final da alínea c do inciso III do art. 19 da Constituição da República, deslocando, ao contrário da Carta de 1946, do texto constitucional a estipulação dos requisitos necessários à sua concessão), de modo que impeça a constituição da obrigação tributária, quando não satisfeitas as exigências previstas à sua configuração.

2. Passando à questão introdutória seguinte, assinale-se, de início, que vem de longe o juízo que, em face da classificação dos tributos (Constituição da República, art. 18, I e II, e Código Tributário Nacional), fixa a exata compreensão da vedação.

Afora manifestações isoladas ⁽⁵⁾, que não chegam sequer a abalar a orientação flagrantemente majoritária, tem a doutrina excluído as taxas e as contribuições de melhoria da previsão constitucional.

A par do elemento literal da norma constante do art. 19, III, da Constituição da República — que declara ser vedada a imposição de impostos —, roborado pelo histórico — cuja referência, de um lado, é a Carta de 1891 ⁽⁶⁾ e, de outro, a de 1946 ⁽⁷⁾ —,

(5) Cf. CARVALHO, Paulo de Barros, ob. cit., p. 230.

(6) "Art. 10 — É proibido aos estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente."

(7) "Art. 31 — A União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios é vedado: (...) V — lançar impostos sobre (...)."

para divisar a constitucionalidade da cobrança argumenta-se sempre com o seu enquadramento dentre os tributos *vinculados*, extraíndo-se da atuação específica das pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de sua inevitável correspondência à prestação direta e individual ao próprio contribuinte (distintamente, então, dos impostos, tributos não vinculados), a incompatibilidade com a imunidade tributária.

No referente às taxas, ainda sob a égide da Constituição de 1946, o Pretório Excelso editou a Súmula nº 324 (8), informada por julgados que traduziam o seu atributo remuneratório (9).

Evidentemente, a matéria, até então, era, com freqüência, submetida ao Supremo Tribunal Federal, a ponto de ter justificado o compêndio consubstanciado no verbete sumular. Dos ares-tos mais remotos, merece menção o RE 20.600-SP, justamente por também ter-se prestado como respaldo do decidido o citado elemento histórico de interpretação:

“(. . .) não alcança ela, entretanto, no regímen constitucional vigente, as taxas *remuneratórias*, porquanto a atual Lei Máxima, ao contrário da Constituição de 1934 e da Carta de 1937, usa da expressão impostos, em seu art. 31, inciso V, letra a, em lugar da expressão genérica tributos, mais ampla do que aquela, usada naqueles estatutos políticos”. (10)

Na jurisprudência mais moderna, em todas as oportunidades se renovou o entendimento tradicional restritivo. Continuando, pois, a merecer pacífico deslinde, diga-se, apenas para revelar o

(8) “A imunidade do art. 31, V, da Constituição Federal não compreende as taxas.”

(9) Com destaque, o RMS 10.718-SP, relator o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, de 6-3-63 (in: *Referência da Súmula do STF*, JARDEL NORONHA e ODALÉA MARTINS, Serviço Gráfico do Senado, 1969, v. 16, pp. 186-192).

(10) Relator o Ministro ROCHA LAGOA, 2ª Turma, em 9-1-53 (in: *Ementário* nº 203-2, fls. 508). O art. 10 da Constituição de 1891 também veiculava proibição genérica. Mesmo assim, durante a sua vigência, o Supremo Tribunal Federal já seguia, sem grandes vacilações, a doutrina até hoje dominante. É o que esclarece acórdão de 26-12-1918, indicado por MENDONÇA DE AZEVEDO, na sua *Constituição Federal interpretada pelo Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, Typografia “Revista do Supremo Tribunal Federal”, 1925, p. 43: “Ao prescrever o art. 10 da Constituição Federal, o que teve em vista a Assembleia Constituinte foi vedar que o estado tributasse bens e rendas federaes, ou serviços da União, e reciprocamente, isto é, foi vedar a criação de impostos (e não a de taxas), que constituíssem ônus da União sobre serviços locais e reciprocamente ônus dos estados ou do Distrito Federal sobre serviços federaes.”

quanto tranqüila anda, que à Corte tem parecido bastante cingir a discussão ao questionamento da tipicidade dos tributos. (11)

3. No tocante às contribuições de melhoria, mesmo na amplitude dos julgados acima referidos, inexistente acórdão do Supremo Tribunal Federal que tenha delas e diante da imunidade tributária controvertido.

Todavia, merecem breves menções as *contribuições especiais* que, pelo sistema tributário estabelecido na Emenda Constitucional nº 1/69, podem ser instituídas pela União, tendo em vista a intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais. Ao lado das formas clássicas de tributo — *quartum genus* —, por tese acolhida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em 10-10-73, no RE 75.972-SP (12), se firmou a natureza jurídica do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, para ressaltar a sua autonomia. Como não se tratava de *imposto*, mas sim de contribuição especial instituída nos termos do parágrafo único do art. 163 da Constituição da República (faculdade de a União intervir no domínio econômico), em sucessivos e reiterados pronunciamentos se deu pela legitimidade de sua cobrança, ainda daqueles entes protegidos pela imunidade tributária (Súmula nº 553).

4. Se com relação a essas contribuições especiais, de indiscutível caráter tributário — modalidade autônoma de tributo —, não há falar de sua abrangência pela imunidade, no respeitante às *sociais*, a partir de 1977, a questão nem sequer se põe. Realmente, por irrecusável vontade do constituinte, recolhível das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 8 (arts. 21, § 2º, I e 43, X), foram elas apartadas da categoria dos tributos, desnaturamento esse que, logo em 7-6-78, não passaria despercebido ao Ministro MOREIRA ALVES no voto (vista) que proferiu, versando contribuição devida ao Funrural, no RE 86.595-BA (13). Desde 2-5-84, assumida pelo Plenário a trilha proposta há seis anos, e estando em debate a concorrência das contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) com o imposto único sobre combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais (art. 217

(11) Assim, nos inumeráveis recursos extraordinários que se defrontaram, a partir do julgado, em sessão plenária de 19-9-73, nos RREE 74.674-SP (in: RTJ 67/503), 74.816-SP, 75.342-SP e 75.343-SP (in: Ementário 733-1, fls. 205, 263 e 315, respectivamente), com a Taxa de Melhoramentos dos Portos (TMP): imunidade desprezada pacificamente, por se tratar de verdadeira taxa, nos termos da Lei nº 3.421/58 — registre-se diversidade de entendimento sobre sua natureza pelo menos no RE 75.580-SP, de 16-10-74 (in: Ementário 975-1, fls. 154), como anotado pelo Ministro ELOY DA ROCHA, no RE 75.338-SP, 1ª Turma, em 31-10-75 (in: RTJ, 80/799).

(12) In: Ementário 947-1, fls. 260.

(13) Relator o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, Pleno (in: RTJ, 87/273-4).

do CTN), ficou assentada a concepção extratributária de contribuições que tais ⁽¹⁴⁾, motivo por que, como já salientado, não repercutem no âmbito deste trabalho.

5. O mesmo se diga no pertinente à *contribuição do salário-educação*, prevista no art. 178 da Constituição da República. Em que pese às abalizadas opiniões doutrinárias que a definem como imposto ⁽¹⁵⁾, o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE já observava, certamente, que

“A despeito das ponderações da agravante a propósito do conceito de parafiscalidade, parece-me que o acórdão que invoquei decidiu com acerto ao negar a natureza tributária do salário-educação. Ainda, porém, que assim não fosse, também me parece que sua caracterização tributária o identificaria, na melhor hipótese, como taxa, e não como imposto, mesmo daqueles com destinação especial a um fim. Ora, as taxas não se compreendem na imunidade do art. 19, III, da Constituição (art. 31, V, da Constituição de 1946), a teor da Súmula nº 324 (...).”

Mas foi após o decidido RE nº 83.662-RS, relator para o acórdão o mesmo Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, que o plenário da Corte, em 19-9-76, pôs termo à controvérsia, ao afirmar, por maioria de votos, que a contribuição representada pelo salário-educação tem natureza *sui generis*, sem caráter tributário — é uma contribuição especial que forma ao lado de outros componentes da receita pública ⁽¹⁶⁾. Portanto, também aqui o tema não desperta interesse.

Em consequência, reserva há que opor ao decidido no RE 75.838-PE e ao precedente a que se reporta. Nele, apesar da ressalva do Ministro ALIOMAR BALEIRO, firme não na imunidade, mas na isenção, lançou-se a seguinte ementa:

“Salário-educação. Não estão a ele sujeitas as instituições de assistência social, *ex vi* da imunidade constitucional que as protege (Constituição de 1946, art. 31, V, b; Constituição de 1967, art. 20, III, c; Emenda Constitucional nº 1, art. 19, III, c.” ⁽¹⁷⁾

(14) RE 100.790-SP, relator o Ministro FRANCISCO REZEK; acórdão pendente de publicação.

(15) RE 74.998-MG (AgRg), Tribunal Pleno, em 9-5-73 (in: RTJ, 67/203).

(16) In RTJ 83/444.

(17) Da lavra do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO (in: RTJ, 69/200), RE 70.396 (in: RTJ, 55/214) e este ao RE 58.800 (in: RTJ, 39/215), ainda que se considere a época de seu julgamento (12-3-74), quando indefinida a natureza jurídica do salário-educação.

Na verdade, para fugir do entendimento comum à doutrina e à jurisprudência seria, em última análise, o mesmo que creditar ao constituinte o emprego do termo *imposto* numa acepção completamente imprópria ao direito tributário, o que, convenha-se, não é condizente com norma de direito constitucional de, como tal, inamovível conteúdo político e social.

6. Circunscrita, então, a imunidade tributária aos *impostos*, é mister, em último passo preambular, qualificar a sua natureza jurídica, principiando do disposto no art. 4º e incisos do Código Tributário Nacional: é ela determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação (art. 114), sendo irrelevantes a denominação e características formais empregadas pela lei, bem como a destinação legal do produto da sua arrecadação. Mas é o art. 16 da mesma codificação que encerra o seu conceito, ao prescrever que “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”. Sua tipologia, sem contar os que a União pode instituir em razão de seu poder tributante residual e os extraordinários, na iminência ou no caso de guerra externa (Constituição da República, arts., na ordem, 18, § 5º, 21, § 1º, e 22), vem discriminada, segundo a competência, nos arts. 21, 23 e 24 da Carta em vigor, podendo, consoante o Código Tributário Nacional, ser assim sistematizada: imposto sobre o comércio exterior, sobre o patrimônio e a renda, sobre a produção e a circulação.

Saber se a imunidade contempla, ou não, toda a espécie tributária é questão que, metodologicamente, melhor ficará se desatada em cada capítulo, em atenção mesmo à diversidade do enunciado das alíneas do inciso III do art. 19 da Constituição.

Entretanto, convém deixar registrado, desde logo, que, excepcionada a imunidade do livro, do jornal, dos periódicos e do papel destinado à sua impressão, o “FINSOCIAL”, definido pelo Supremo Tribunal Federal como *imposto inominado* (18), não é por ela coberto.

Com efeito, acolhida essa solução jurídica, salvadora do Decreto-Lei nº 1.940, de 25-2-82 (inconstitucional apenas a sua cobrança no mesmo exercício financeiro em que editado, por afronta ao princípio da anterioridade) — *data maxima venia*, o Excelso Pretório chancelou a criação da imposição ao arrepio, pelo menos, da proibição da arrecadação vinculada, contida no §

(18) RE 103.778-DF, relator o Ministro CORDEIRO GUERRA, Pleno, em 18-9-85 (in: RTJ, 116/1.138).

2º do art. 62 da Constituição —, é certo que as demais entidades imunes não poderão ser identificadas dentre os seus contribuintes.

7. Para finalizar esse título das considerações preliminares, importa salientar que, no campo da interpretação das imunidades, a única regra admissível é, ao contrário do que sucede no da isenção, a ampla, de modo que propicie a completa transparência dos princípios nelas consagrados.

Nesse sentido se inclinou, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, conforme o decidido, por maioria, no julgamento do RE 102.141-SP, relator para o acórdão o Ministro CARLOS MADEIRA, que, em seu voto vencedor, observou:

“O art. 111 do CTN impõe a interpretação literal da legislação tributária relativa à suspensão ou exclusão do crédito tributário, à outorga de isenção e à dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. Essa regra metodológica não diz respeito, porém, às normas constitucionais tributárias, mormente em se tratando de imunidades genéricas, que correspondem à não-incidência, em virtude da supressão da competência impositiva ou do poder de tributar certos fatos, ou situações. Não há crédito tributário a suspender ou excluir, porque ele simplesmente não pode ser criado.

Daí por que a interpretação das normas constitucionais de imunidade tributária é ampla, ‘no sentido de que todos os métodos, inclusive o sistemático, o teleológico, etc., são admitidos’, como anota Amílcar de Araújo Falcão (RDA, 66/672).

A interpretação sistemática da norma constitucional leva à conclusão de que o que caracteriza as imunidades é “a circunstância de que com elas o legislador constituinte procura resguardar, assegurar ou manter incólume certos princípios, idéias-força ou postulados que consagra como preceitos básicos do regime político, a incolumidade de valores éticos e culturais que o ordenamento positivo consagra e pretende manter livres de eventuais interferências ou perturbações, inclusive pela via oblíqua da tributação. ‘As imunidades’ — diz ainda o autor acima citado — ‘como as demais limitações ao poder de tributar, consoante o ensinamento de Aliomar Baleeiro, têm assim a característica de deixar “transparecer sua índole nitidamente política”, o que impõe ao intérprete a necessidade de fazer os imprescindíveis confrontos e as necessárias conotações

de ordem teleológica, toda vez que concretamente tiver de dedicar-se à exegese dos dispositivos constitucionais instituidores de tais princípios' (rev. cit. p. 369)." (19)

II — Imunidade tributária recíproca

S U M A R I O

8. A vedação e a forma federal de Estado. 9. Vocábulos condutores da sua concretude. 10. O "patrimônio". 11. A "renda". 12. Os "serviços". 13. Alcance da imunidade, em se tratando da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. 14. A das autarquias: bosquejo de sua incorporação definitiva. 15. A exegese da preceituação vedativa secundária. 16. As fundações de direito público. 17. Os territórios federais. 18. As sociedades de economia mista. 19. O ICM e o IPI: a controvérsia em torno de sua compreensão no art. 19, III, da Constituição. 20. A proposta da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.

8. Mediante a imunidade tributária recíproca entre a União, estados, Distrito Federal e municípios, põem-se a salvo, para resguardo do equilíbrio federativo, os recursos de uma pessoa jurídica de direito público interno em relação aos impostos de outra.

Imanente à forma federal de Estado, no direito constitucional brasileiro, foi introduzida na Carta de 1891 pelo já citado art. 10, mercê da decisiva influência do norte-americano, mais precisamente da jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos, que, diante do silêncio da Constituição, se incumbiu de formulá-la, em toda a sua amplitude.

Congênita ou consubstancial à federação, tem a doutrina, para integrá-la na infra-estrutura do sistema constitucional tributário, enfatizado a índole eminentemente política do princípio, perceptível desde o seu nascedouro (20), cuja observância progressiva permite, com segurança, amalgamar a imunidade tributária recíproca com a própria necessidade de entrosamento do complexo federativo.

(19) 2ª Turma, em 18-10-85 (in: RTJ, 116/267). Com a mesma orientação, na doutrina, SAMPAIO DÓRIA, firme nas razões de GILBERTO DE ULHOA CANTO e do citado AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO (*Impunidades tributárias e impostos de incidência plurijásica, não cumulativa*, in: *Revista de Direito Tributário*, 2(5), jul./set. 1978, p. 70) e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*Direito constitucional tributário*, edições CEJUP, p. 136).

(20) A decisão de MARSHALL, proferida no caso *McCulloch vs. Maryland*, de 1819, é apontada como o *leading case* no assunto (*Decisões históricas da Corte Suprema*, CARL BRENT SWISHER, ed. brasileira, Rio, Forense, 1964, p. 25).

Por isso mesmo que FRANCISCO CAMPOS advertiu que

“Não se pode conceber federação que não tenha como princípio ou postulado, *a priori*, em relação aos demais, como condição primeira em referência à qual todas, ainda mais essenciais, são acessórias ou subordinadas, o princípio ou a condição de que os serviços, os bens e as rendas de cada governo são imunes à tributação dos outros.” (21)

Não é por outro prisma que ALIOMAR BALEEIRO nela vislumbra autêntico princípio constitucional das federações, insistindo, em toda a oportunidade que se lhe apresentou, que a sua raiz se confunde com a das instituições particulares à federação (22).

Nestes precisos termos, é expressiva a nomenclatura de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, denominando-a de *ontológica*, que resume, com efeito, a sua essência:

“Corresponde a uma exigência natural do sistema. Em certo sentido é um subproduto dele. Contém-se, implicitamente, no próprio esquema constitucional, como verdadeira decorrência de sua composição. Não se trata de uma liberalidade do constituinte, mas da *resultante imediata* da adoção de certos princípios que definem o sistema federativo.” (23)

Concebida a imunidade, pois, para proteger outros princípios fundamentais — vale dizer, introvertida, política e constitucionalmente, à forma federal de Estado, com o único fito de preservar a pessoa jurídica de direito público interno contra impostos de outra —, cumpre, sem jamais perder de vista a sua *causa final*, atentar para o espírito que deve reger a exata interpretação do art. 19, III, *a*, da Constituição da República (24).

Realmente, para estabelecer, em face da Constituição, a precisa extensão de seu alcance, é mister, primeiro que tudo, não se afastar da sua finalidade teleológica (aplicada adequadamente à estrutura da forma de Estado, ao seu sistema de distribuição da competência ou dos Poderes de governo, em seus três níveis, cada

(21) *Direito constitucional*, Livr. Freitas Bastos, 1956, v. 1, p. 23.

(22) “Não acredito num regime federal em que o princípio da imunidade recíproca não seja básico” (Imunidades e isenções tributárias, in: *Revista de Direito Tributário*, 1 (1), jul./set. 1977, p. 76).

(23) *Natureza e regime jurídico das autarquias*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 462.

(24) “Art. 19 — É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios: (...) III — instituir imposto sobre: *a*) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;”

qual independente e inviolável no âmbito de suas atribuições), compreensível, como sucedido nos Estados Unidos, mesmo que se defrontasse com a omissão do legislador constituinte. Parece, assim, que a legítima exegese do dispositivo constitucional em comento só pode ser aquela que, coadunando-se com a coexistência harmoniosa das entidades políticas, *perdure no prestígio à organização federal*.

9. O Ministro ALIOMAR BALEEIRO, inquieto com possível desvirtuamento proveniente de interpretação meramente literal, cuidou de externar, em mais de uma vez, preocupação com as expressões *patrimônio, renda* ou *serviços*, para ressaltar que não é *todo* bem, *toda* renda ou *todo* o serviço, pertencente à União, estados, Distrito Federal e municípios, que a ela se subsume ⁽²⁵⁾. Procedia, é claro, o seu temor, pois tudo o que se puder, no complexo estatal, tipificar como tal, em consonância com o sentido imprimido pelo constituinte, estará imune à imposição tributária; ao contrário, não abrangido pela qualificação, certamente se submeterá à incidência de qualquer imposto.

Diante da pluralidade de significados dos vocábulos *condutores* da imunidade tributária recíproca — e que não diferem daqueles constantes da alínea c do mesmo preceito constitucional —, o receio ainda se faz presente, mais em razão da parcimônia, no particular, da doutrina em focalizar o tema a fundo.

Indicadores da concretude da imunidade, é indispensável, sem dúvida, atentar para o exato sentido dos três vocábulos fundamentais — *definidos quase sempre em função do maior realce comumente atribuído à recíproca* —, para que se possa, partindo sempre da essência do instituto, cogitar da efetiva repercussão do imposto sobre o “patrimônio, a renda ou os serviços”.

A sobredita propensão, de um lado, não suscita objeção, pois ao intérprete, no que tange ao “patrimônio” e à “renda”, não se lhe opõe empecilho para assentar noções que independam dos fins das pessoas jurídicas protegidas pela norma constitucional; de outro, todavia, no concernente aos “serviços”, quer parecer que ela pode dificultar a sua compreensão, à medida que o exclusivo interesse pelo conceito de *serviço público* corresponde à visão unitária, prejudicando a obtenção de definição uniforme, sendo, por isso, aconselhável discorrer com desígnio de desunir o conteúdo do termo básico de qualquer das entidades imunes.

10. No entremeio, então, do número exíguo de estudos doutrinários a respeito, assume importância a jurisprudência do Supremo

(25) *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 5.ª ed., Rio, 1977, pp. 117-8; *Direito tributário brasileiro*, 10ª ed., Rio, Forense, 1983, p. 86; e *Imunidades e isenções (...)*, cit. nota 22, p. 72.

Tribunal Federal, embora tenha tratado apenas de parte da questão, na referente ao patrimônio das instituições de assistência social.

Ao refutar tese sustentada pela União Federal, firmou-se, a partir do decidido no RE 87.913-SP (26), o entendimento de que está compreendida, na imunidade protetora do patrimônio, a do imposto incidente sobre a entrada, no país, de bem importado.

Para considerar imune operação de importação de bem integrante do patrimônio de entidades assistenciais — no caso, de aparelho de raios X pela Santa Casa de Misericórdia de Birigüi —, desprezou-se argumento de conteúdo eminentemente fiscalista, aferrado ao fato gerador da imposição, o ingresso do bem no território nacional (e não a propriedade ou posse do bem, pois é ele tributo que o CTN não inclui entre os incidentes sobre o patrimônio), que, se acaso prevalecente, implicaria estreitamento da “visão mais ampla que inspirou a imunidade constitucionalmente assegurada”.

Invocado, posteriormente, como paradigma, no RE 89.173-SP (27), foi mantida a sua fundamentação (“não há, pois, que aplicar critérios de classificação de impostos adotados por leis, inferiores à Constituição, para restringir a finalidade a que esta visa com a concessão da imunidade”), vencido o Ministro DÉCIO MIRANDA, cujo voto divergente, isolado, aliás, no assunto, também se apolou em outra finalidade do imposto de importação, consistente no fato de ser “um instrumento da política econômica do país, utilizado com o fim de regular o comércio exterior, as disponibilidades cambiais e a proteção à indústria nacional”.

Mais representativo, contudo, é o RE nº 88.671-RJ (28), que se prestou até mesmo de precedente específico para os RREE 89.590-RJ, 93.729-SP e 93.543-RJ (29).

Esta a sua elucidativa ementa, que bem retrata o desate da controvérsia:

“Imunidade tributária das instituições de assistência social (Constituição, art. 19, III, letra c). Não há razão jurídica para dela se excluírem o imposto de impor-

(26) Relator o Ministro RODRIGUES ALCKMIN, 1.ª Turma, julgado em 9-12-77 (in: Ementário 1.083-4, fls. 2.128/35).

(27) Relator o Ministro MOREIRA ALVES, 2ª Turma, julgado em 31-10-78 (in: Ementário 1.120/4, fls. 1.225/70).

(28) Relator o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, 1.ª Turma, julgado em 12-6-79 (in: RTJ, 90/263).

(29) In: RTJ, 91/1.103 e 104/248, e Ementário 1.198-3, fls. 944-957.

tação e o imposto sobre produtos industrializados, pois a tanto não leva o significado da palavra 'patrimônio', empregada pela norma constitucional. Segurança restabelecida. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Por terminante a parte final do voto vencedor, merece reproduzida:

"Como ensinou o Mestre BALEIRO, 'o patrimônio integra-se com todos os bens móveis e imóveis da instituição, sem distinções' (*Direito tributário brasileiro*, 9ª ed., p. 92).

Aliás, outro não pode ser o sentido da palavra 'patrimônio', que a Constituição passou a utilizar em lugar do vocábulo 'bens'. Do contrário, chegar-se-ia à extravagância de considerar tributável a importação de produto estrangeiro levada a efeito, por exemplo, por um dos estados, para emprego em serviço eminentemente público, porque, tal como em relação aos partidos políticos e às instituições de educação ou de assistência social, também a imunidade recíproca das entidades políticas que integram a federação alcança 'o patrimônio, a renda ou os serviços' de cada qual. Não diferem, com efeito, nas expressões fundamentais, a letra *a* e a letra *c* do inciso III do art. 19 da Constituição." (30)

Inadmissível distinguir, para os efeitos do reconhecimento da imunidade tributária, entre *bens* e *patrimônio*, visto que este é constituído pelo conjunto daqueles, incontestáveis é o acerto jurídico da fundamentação expendida pelo Pretório Excelso.

Positivamente, três elementos confluem para compor a correta definição de patrimônio: *valor econômico*, *relação jurídica* e *universalidade*. Se os dois primeiros já integram o conceito de bens ("coisas materiais ou imateriais que têm valor econômico e que podem servir de objeto a uma relação jurídica"), é o terceiro que o tipifica verdadeiramente e sem o qual não há falar em patrimônio: a universalidade.

Formado, pois, pela *totalidade*, pelo *complexo* das relações jurídicas que envolvem, economicamente, os bens — por isso mesmo o art. 57 do Código Civil dispõe que "o patrimônio e a herança constituem coisas universais, ou universalidades, e como tais subsistem, embora não constem de objetos materiais" —, apresenta-se irrelevante, revestida de significado somente reda-

(30) In: RTJ, 90/264-5.

cional, a transformação que se operou da Constituição de 1946 para a vigente (daquela constava “bens”), uma vez que são os *bens econômicos* que propiciam a integração positiva do patrimônio.

Inevitável, portanto, invocar o célebre conceito jurídico de CLÓVIS BEVILACQUA ⁽³¹⁾, que, reunindo os componentes referidos, lhe dá a devida compreensão — “(...) tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas”: patrimônio “*é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico*”.

No caso, estando em cogitação somente *peças jurídicas* — afastados, desde logo, os direitos que não repercutem na esfera econômica —, a patrimonialidade alcança a posse, os direitos reais, os obrigacionais, bem como as ações oriundas desses direitos, excluídos os autorais e as relações econômicas do direito de família por razões óbvias, já que com elas impossíveis, apesar de apreciáveis pecuniariamente.

Mesmo não considerando as pessoas físicas, é necessário contrapor o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado ao patrimônio público, em atenção ao preceituado no art. 65 do Código Civil ⁽³²⁾.

Assim e a par, em relação à União e aos Estados, dos bens arrolados nos arts. 4º e 5º da Constituição da República, há que atentar para a aceção restrita de patrimônio público, que revela a sua composição nos moldes da classificação do art. 66 do mesmo diploma legal, de cujo elenco se destacam “os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal” e “os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos estados, ou dos municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades”.

É essa, justamente, a exegese de ALIOMAR BALEIRO, externada quando cuidou ou da imunidade recíproca ou da dos partidos e instituições educacionais ou assistenciais:

“Patrimônio, para mim, é universo *rerum*, conjunto de todos os direitos que alguém pode exercer: direito de

(31) *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Ministério da Justiça, 1972, p. 173.

(32) “Art. 65 — São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos estados, ou aos municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

propriedade, de posse, obrigações, tudo constituindo um acervo de bens no sentido econômico.” (33)

Em relação ao art. 9º, IV, *d* do CTN, consignou que

“a totalidade dos bens, inclusive direitos subjetivos, constitui o patrimônio, a universalidade das coisas do titular delas, *universitas rerum*, que a C.F. quer imune dos impostos de qualquer outra pessoa de direito público” (34)

e diante da alínea *c* do inciso IV do mesmo dispositivo, que

“o patrimônio integra-se com todos os bens móveis e imóveis da instituição, sem distinções.” (35)

Bem a propósito evocar o decidido, à unanimidade, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE 93.078-SP, figurando como recorrente a DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S.A. —, que, por delegação do poder público, efetivara desapropriação de área necessária à construção da “Rodovia dos Imigrantes” e recorrida a Prefeitura Municipal de São Vicente, a qual, uma vez lavrada a competente escritura pública amigável, cuidou de ingressar em juízo, com o fito de cobrar-lhe imposto predial. O voto do Ministro DJACI FALCÃO, relator, para considerar descabida a exigência da municipalidade, restabeleceu os fundamentos do acórdão da apelação — que, por sinal, invocou o art. 66 do Código Civil, bem como lição de CRETELLA JÚNIOR sobre a criação do domínio público —, concluindo que “a natureza do bem é pública, sua destinação é de interesse público, tornando-se isento do imposto em face do art. 19, III, *a*, da Constituição Federal”. Vale transcrita, pois, a ementa nele lançada:

“Execução Fiscal, decorrente de imposto predial. DERSA — Desenvolvimento Rodoviário S.A. —, empresa concessionária de serviço público, que tem como uma das suas atribuições proceder a desapropriações de terrenos, os quais passam a constituir bens públicos (art. 66 do Cód. Civil), está isenta do imposto predial (art. 19, inc. III, letra *a*, da Constituição Federal). Recurso extraordinário provido.” (36)

Sem a menor dificuldade, é de ver que o sentido que o termo assume no texto constitucional não pode ser aquele que se apresenta acanhado em relação ao fundamento mesmo da imunidade recíproca. Incondizente, pois, com sua finalidade, impõe-se, certamente,

(33) Imunidades e isenções (...), cit. p. 72.

(34) Direito tributário (...), cit. nota 25, p. 86.

(35) Direito tributário (...), cit., p. 90.

(36) In: RTJ, 107/656.

afastar entendimento que vise adstringi-lo ou equipará-lo à propriedade territorial rural e urbana, à predial e à sua transmissão, bem assim de direito a eles relativos, importando, em decorrência, a incidência dos demais impostos.

11. No que diz respeito ao vocábulo *renda*, convém assinalar, de início, que é quase fatal a vinculação de seu sentido com a idéia adveniente da classificação dos bens quando considerados uns em relação aos outros, que autoriza a distinção entre coisas principais e acessórias.

Porém, esse significado, representativo de riqueza nova acrescida à coisa principal existente — frutos, produtos e rendimentos (art. 60 do Código Civil) —, não satisfaz, mesmo porque, a rigor e pela sua própria natureza dependente (arts. 58 e 59 do Código Civil), compreende nada mais que mero prolongamento da principal e, assim, integrante, também, do patrimônio, abrangido, em consequência, no vocábulo fundamental precedente.

Então e sob pena de incorrer em juízo de inocuidade do termo — mesmo porque seria grotesco prover sobre a imunidade da receita tributária —, é irrecusável atribuir-lhe expressão outra, para significar toda e qualquer *remuneração auferida* pelas entidades imunes: são, como já salientava AURELINO LEAL, ao comentar o Estatuto de 1891, os “lucros produzidos pelo domínio privado da União ou dos Estados”. (37).

Com efeito, se são valores autônomos, despidos do vínculo de subordinação a que se refere o mencionado art. 59 do Código Civil, razão assiste ao Ministro ALIOMAR BALEEIRO, pelo menos em parte, ao enfatizar, ainda perante o art. 19, III, a, da Constituição da República, que

“Aí se aplica o conceito de direito tributário, quer o conceito estreito, quer o conceito largo de rendas, ou seja, os frutos que vêm de uma fonte, ou seja, o aumento do patrimônio entre dois momentos do tempo. Se o meu patrimônio, mesmo que fisicamente permaneça inalterado, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro passa a valer o dobro, o excesso pode ser considerado como renda.” (38)

12. Com relação ao último termo essencial, a inclinação atrás referida, a de que as lições da doutrina são usuais em também avaliá-lo em face somente da imunidade recíproca, acarreta a sobreposição de aspecto que, logicamente, deveria guardar antecedência.

(37) LEAL, Aurelino. *Teoria e prática da Constituição Federal brasileira*, Rio, parte 1, pp. 151-2.

(38) *Imunidades e isenções (...)*, cit., p. 72.

Firmando, desde logo, noção qualificada a respeito, peca por omissão do que sejam serviços partidários, os das instituições educacionais e os das assistenciais, perdendo de vista a idéia primária contida na expressão constitucional, cujo verdadeiro sentido tem que ser procurado abstraídas as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, a que está vinculada.

Cada entidade imune, é evidente, ajusta e satisfaz as suas respectivas necessidades, visando melhor consecução de seus fins. Servindo a objetivos, para torná-los reais, haverá que harmonizar, o mais possível, a estrutura formal com o aparelhamento disponível, materializando-os através das atividades que lhe incumbem desempenhar.

São essas *atividades*, precisamente, que constituem a fonte originária de legitimação para a correta demarcação do alcance da expressão constitucional *serviços*. A imperiosidade de proceder à adequação delas a estes — principalmente em virtude da vastíssima gama das primeiras —, faz buscar critério que, com rigor, possa seriá-las corretamente.

Nova fronteira, pois, cabe ser traçada, mas a partir da idéia de que, *em direito*, o termo *serviço* assume acepção restrita, para significar a *atividade* que é realizada para *terceiro* e não em proveito próprio. ⁽³⁹⁾

Resta realizar, cabalmente, o pressuposto, consagrando o fundamental por ora, isto é, fixar a noção de serviço público imune. De acordo com a premissa, a atividade estatal tão-só pode diferenciar-se em função de seu gozo pelos administrados. Esse cunho de *prestabilidade* permite identificar, de pronto, todos os serviços de *ordem material* postos à disposição da comunidade. Em consequência, é na *estrita* definição proposta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no seu *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, que, em verdadeiro rigor, se concretiza o princípio da imunidade:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado (...), sob um regime de direito público (...)” ⁽⁴⁰⁾

Excluídas, principalmente, as que são executadas para atender as próprias conveniências do Estado, é temerário arriscar, *a priori*,

(39) No RE 101.339-SP, Pleno, em 14-3-84, estando em debate o imposto sobre serviços de transportes (ISTR), o Ministro MOREIRA ALVES, relator, colocou essa diferenciação, embora tivesse o Ministro OSCAR CORREA sustentado amplitude maior, aludindo ao conceito econômico de serviços (in: Ementário 1.139-4, fls. 712 e 716).

(40) São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 1.

elenco de caráter genérico que possa exprimir quais os serviços imunes, mormente se se levar na conta devida que, com relação às pessoas jurídicas de direito público interno, também podem ser considerados os *indiretos*, o que, por si só, aumenta o grau de dificuldade em delinear-los.

PONTES DE MIRANDA, contudo, salientou que

“Os *serviços* que não podem ser tributados são os serviços públicos, como o policiamento, administração, o calçamento das ruas, a higienização de rios e terras.”

E, logo em seguida, que

“São serviços públicos as estradas de ferro do Estado, os correios, os telégrafos, os serviços de água municipalizados.” (41)

A comissão instituída, em 1943, para estudar a conveniência de ser regulamentada a imunidade tributária das autarquias adotou o critério de considerar serviço imune todo aquele que a União, os estados e os municípios exercem, devidamente autorizados, explícita ou implicitamente pela Constituição (42). É preferível, pois, registrar vetusto julgado do Supremo Tribunal Federal, o Agravo de Petição nº 8.024-RS (embargos) (43), que bem demonstra, não obstante passado o tempo, que a questão ainda perdura em aberto, a suscitar polêmica, cuja relevância, hoje, é indiscutível, em razão da extrapolante presença estatal.

No caso invocado, de 2 de janeiro de 1941, controverteu-se se as loterias exploradas pelos Estados, com autorização da União Federal e sob a condição de pagarem tributo, estariam abrangidas, para os efeitos da imunidade tributária recíproca, na noção de serviços públicos *estaduais*. O relator, Ministro ANIBAL FREIRE, após reconhecer a grave falta cometida pelo legislador ao definir a loteria como serviço público, declarou que

“Só pode ser considerado serviço público aquele que se liga à engrenagem administrativa, ao aparelho governamental do Estado, nas suas várias projeções sobre o mundo *político*, sobre o mundo *social*, sobre o mundo *econômico*, de maneira a impulsionar a atividade do Estado, como consubstanciadora das aspirações e das tendências da coletividade.”

(41) In: *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed. revista. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, t. 2, p. 418.

(42) “Imunidade tributária das autarquias; relatório da comissão instituída para regulamentá-la. Separata da *Revista do Serviço Público*, 7-1(1), jan. 1944, Rio, Imprensa Nacional, p. 17.

(43) In: *Arquivo Judiciário*, v. 59, 1941, pp. 85 ss.

Do Ministro CASTRO NUNES, porém, a passagem mais significativa, por oferecer rumo certo e seguro ao deslinde da exata compreensão da expressão serviços públicos, embora se reportando aos de âmbito estadual:

“Os serviços estaduais a que se refere a Constituição são aqueles que o Estado possui por direito próprio e dos quais tem necessidade para a consecução dos seus próprios fins. São os serviços que a Constituição, explícita ou implicitamente, confere ao Estado, os *serviços necessários à sua autonomia política e administrativa*, os serviços que se prendem ao desempenho dos fins mesmos do Estado.”

Como explicar, assim, interpretação que arrola como imunes, acolhendo, indiretamente, conceito limitado de serviço, aqueles consoante a lista referida no art. 8º do Decreto-Lei nº 406, de 1968, na redação do art. 3º, VII, do Decreto-Lei nº 834, de 8-9-69?

Essa, por exemplo, a posição do professor CELSO CORDEIRO MACHADO:

“Os serviços da União, dos estados e do Distrito Federal, identificáveis com alguns dos serviços integrantes da lista anexa ao Decreto-Lei nº 834/69, não poderão ser tributados nem pelos municípios, nem pelo Distrito Federal, porque estão protegidos pela imunidade intergovernamental recíproca; da mesma forma, os serviços de transportes e comunicações, de natureza não estritamente municipal, mantidos pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, estão excluídos da incidência fiscal da União, porque se abrigam sob o manto da mesma imunidade.” (44)

Embora *serviços*, na nomenclatura do tributo, signifique, igualmente, trabalhos ou *atividades*, de acordo com a aptidão de seu prestador — entendida, de outro lado, a expressão *de qualquer natureza* no sentido de “de toda origem”, “de toda espécie” —, é impossível prevalecer, para os fins pretendidos, a correspondência acima. A verdade é que, não havendo como estabelecer paralelo — e, para tanto, basta testar a lista com os “serviços” inerentes, por exemplo, aos partidos políticos —, o seu prevalecimento importará total esvaziamento do princípio, originando restrição não contida no preceito constitucional. Ademais, a listagem do Decreto-Lei nº 834 é *taxativa* (45), não podendo ser ampliada por força da ana-

(44) O ICM e as entidades imunes — alcance do emprego do vocábulo serviços no dispositivo constitucional relativo à imunidade intergovernamental recíproca. In: *Revista da Procuradoria Fiscal do Estado de Minas Gerais*, 1973, nº 6, p. 21.

(45) RE 78.927-RJ, relator o Ministro ALIOMAR BALEIRO, 1ª Turma, julgado em 23-8-74 (in: *Ementário* 961-2, fls. 684).

logia, *ex vi* do art. 97 do CTN (na verdade, cada item seu comporta interpretação extensiva, e não ampla e analógica, como decidido no RE 104.571-PE (46), o que levaria ao absurdo da incidência da imposição sobre serviço desde que nela não discriminado.

Vale bisar, pois, a passagem lembrada do voto do Ministro CASTRO NUNES, em relação aos estados — “os serviços necessários à sua autonomia política e administrativa” —, inumeráveis deles, certamente, não integrantes da lista anexa do Decreto-Lei nº 834/69.

13. Pretraçado o sentido dos termos patrimônio, renda e serviços, cabe situar o alcance da imunidade, para saber se é ela *irrestrita* ou apenas *jacente* à conceituação constitucional da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Em outras palavras, há que estendê-la para preservar “bem” independentemente da origem e destinação ou basta o caráter patrimonial? Protege rendas das quais não depende o exercício da respectiva competência de cada ente? E, por último, refere-se somente àqueles serviços autorizados pela própria Constituição?

É digna de menção preliminar que, entre nós, a imunidade tributária recíproca perdura, hoje, em tratamento que não destoia da origem da sua adoção explícita. Mantida, sempre, como imperativo do Estado federal, as Constituições republicanas a disciplinaram quase *ipsis verbis* à de 1891: a de 1934 a previu no art. 17, X; a de 1937, no art. 32, c; a de 1946, no art. 31, V, a; a Emenda Constitucional nº 18, de 1965, no seu art. 2º, IV, a; e a Constituição de 1967, no art. 20, III, a. (47)

Unívocos os textos constitucionais, até mesmo pela inércia da tradição, é certo que da trajetória evolutiva da norma vigente mais não é possível extrair do que simples esclarecimento do princípio, não havendo como vislumbrar conteúdo outro que pudesse suportar intento exegético que não o que se conserva desde o seu nascedouro.

Por isso, não é demais recordar o que asseverou RUI BARBOSA, com o peso da autoridade de quem foi o responsável pela sua exploração na Constituição de 1891:

“A proibição instituída no art. 10 da nossa Carta republicana deriva da essência mesma do regime federativo, e não seria menos obrigatória, de parte a parte, entre a União

(46) Relator o Ministro OSCAR CORREA, 1ª Turma, em 30-4-85 (in: Ementário 1.379-5, fls. 885).

(47) Esses dispositivos constitucionais, na ordem, assim estavam redigidos:

“Art. 17 — É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

.....

(Continua)

e os estados, se a lei constitucional, em vez de se declarar como entre nós se declara, emudecesse neste ponto, como noutros países emudece.” (48)

Já àquela época, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal realçava a *ratio* da previsão constitucional:

“Se o fim do art. 10, citado, é, como parece evidente, evitar que uma das circumscrições administrativas e políticas e do paiz *prejudique, desorganize, cerceie, dificulte* de qualquer modo os serviços a cargo dos outros, é claro que tanto se poderia verificar esse inconveniente, cobrando uma dessas entidades administrativas, creadas pelo nosso Direito Público, o imposto em dinheiro, como exigindo a prestação gratuita de serviços que devem ser remunerados por taxas especiaes.” (49)

Quando da incorporação da evidência do princípio, o famoso julgado de Marshall já havia sido complementado pela decisão

(Continuação da nota 47)

X — tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão.”

“Art. 32 — É vedado à União, aos estados e aos municípios:

.....
c) tributar bens, rendas e serviços uns dos outros.”

“Art. 31 — A União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios é vedado:

.....
V — lançar imposto sobre:

a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;”

“Art. 2º — É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

IV — cobrar impostos sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;”

“Art. 20 — É vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

III — criar impostos sobre:

a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;”

(48) *Comentários à Constituição Federal*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, São Paulo, Saraiva & Cia., 1932, v. 1, p. 345.

(49) *Passagem do mesmo acórdão de 16-12-1918*, referido na nota 10 (ob. cit., p. 44).

firmada no caso *Collector vs. Day*, no tocante à imunidade dos estados ao poder tributário federal.

Proferida, em 1871, pelo *Justice Nelson*, vencido o juiz *Bradley*, vedava, expressamente, a tributação das “rendas” de servidores públicos, exceção feita pela Corte Suprema ao direito do Congresso taxar, em tempo de guerra, os vencimentos dos juizes estaduais. ⁽⁵⁰⁾

Para atenuar o rigor da doutrina estabelecida em *McCulloch vs. Maryland* e remover a proibição assentada em *Collector vs. Day* é que a Corte Suprema americana, a partir do caso *Graves vs. O'Keefe*, de 1939, derivou para deixar em aberto a apreciação de cada espécie concreta, adotado o *standard* de dever a decisão levar em conta “a natureza e o efeito do tributo.” ⁽⁵¹⁾

Redefinida a orientação da jurisprudência norte-americana, a restritiva da preservação, pura e simples, da integridade do exercício dos poderes conferidos pela Constituição, foi ela argüida, em 1943, por ocasião da discussão, sob a égide da Carta de 1937, da conveniência de ser regulamentada a imunidade tributária das autarquias, para sustentar interpretação de que a incidência da vedação deveria se ater aos meios e instrumentos de governo ⁽⁵²⁾.

A interseção ocorrida não impressionou a comissão então instituída. Sem desconhecer que nesse sentido copiosa era a jurisprudência americana, a invocação, a seu juízo, não alterava os lindes do problema, “uma vez que nos Estados Unidos da América inexistente dispositivo constitucional expresso que consagre a intributabilidade e a defina em termos claros, como ocorre entre nós. Também no Estatuto federal americano não existe uma discriminação de rendas ...” ⁽⁵³⁾

Renovou-se, pois, o entendimento de que a imunidade prescrita pela alínea *c* do art. 32 da Constituição de 1937 resguardava qualquer “bem”, sem restrições, bastando a sua integração no patrimô-

(50) Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat, *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Forense, 1958, p. 83.

(51) Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat, *ob. cit.*, mencionado, também, a título de exemplo, o julgado *New York vs. United States*, de 1946, p. 203.

(52) Em 1942, PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO escrevia, em contestação oposta pela Municipalidade de São Paulo, que “os meios de que se serve o governo para a execução de seus fins só estão a coberto de tributação na medida em que possa, esta última, interferir com eficiência nos referidos serviços” (*Autarquias federais e poder impositivo local*, Departamento Jurídico da Prefeitura do Município de São Paulo, p. 25).

(53) “Imunidade tributária das autarquias”; relatório da comissão instituída para regulamentá-la. Separata da *Revista do Serviço Público*, 1(1), jan. 1944, Imprensa Nacional, p. 15.

nio estatal; o mesmo raciocínio se aplicou relativamente às rendas, abrangidas desde que pertencentes, a qualquer título, à União, aos estados e aos municípios; e no referente aos serviços adotado idêntico critério, o de considerar imune todo aquele que é exercido devidamente autorizado, explícita ou implicitamente, pela Constituição. (54)

Ultimamente, roborando a orientação restritiva, o caso *Massachusetts vs. United States*, de 1978, informa a manutenção da tendência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Pertinente à autonomia dos Estados em face da tributação federal, seis ministros “preferiram aderir ao agora tradicional curso de definir estreitamente os limites da imunidade tributária estadual, de maneira a evitar desnecessário cerceamento do poder nacional de tributar”, pois, como assinalou LAURENCE TRIBE, o desfecho do caso *National League of Cities*, de 1976, não representou, efetivamente, o propósito de ampliar o escopo da imunidade estadual à tributação federal que afete, de modo frontal, funções estaduais essenciais. (55)

Com efeito, questionando *tax* criada pelo Congresso Nacional como parte de programa destinado à recuperação dos custos federais de aviação daqueles que utilizavam do sistema aéreo nacional, entendeu a Corte que a medida de receita não significava perigo indevido de uso pelo Governo federal, para controlar, interferir indevidamente ou destruir a capacidade de um estado de executar serviços essenciais.

No Supremo Tribunal Federal também não falta acórdão recente para ilustrar a tradição do direito constitucional brasileiro. No RE 93.382-SP (56), estando em causa a exegese do § 19 do art. 19 da Constituição da República, a 2ª Turma partiu de categórica dissociação, a imunidade *irrestrita* para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios e *restrita* para as autarquias.

O relator, Ministro MOREIRA ALVES, em seu voto unanimemente acolhido, assim estruturou a sua argumentação:

“(. . .) essa distinção entre imunidade política e imunidade ontológica se destina a justificar a extensão de imunidade concedida a certa entidade a outra, sem texto expresso e com base no fato de que essa extensão decorre da mesma exigência lógica do regime que levou o constituinte a conceder a imunidade a certos entes e que o deveria levar, também, necessariamente a concedê-la a outros.

(54) *Idem*, pp. 13, 16 e 17.

(55) *American Constitutional Law*, 1979, suplement. Foundation Press, pp. 19-20.

(56) Julgado em 12-11-82 (in: *RTJ*, 106/789).

Em outras palavras, a imunidade ontológica serviria para estender às autarquias, *sem texto constitucional que o fizesse expressamente*, a imunidade concedida aos estados, municípios, Distrito Federal e União Federal a que elas estivessem vinculadas. E só isso.

Se, porém, a própria Constituição, por texto expresso, dá tratamento diferenciado para — de um lado — a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, e — de outro — as autarquias, estabelecendo, para aqueles, imunidade irrestrita e, para estes, imunidade restrita, não há que se pretender, com base na imunidade *ontológica*, que a própria Constituição afastou de modo expresso (e por motivos que, evidentemente, não são ontológicos, mas simplesmente políticos), que essa restrição se interprete contra as razões políticas que a inspiraram, para fazer prevalecer, no máximo possível, a razão ontológica que foi desprezada pela própria Constituição.

.....

Observo, por outro lado, que a parte final do § 1º do art. 19 da Constituição federal — 'nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto que incidir sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda' — não se prende à extensão da imunidade prevista na alínea *a* do item III do mesmo artigo às autarquias, mas diz respeito à própria imunidade prevista naquela alínea, e, conseqüentemente, à imunidade recíproca entre União, estados, Distrito Federal e municípios, *para a qual não há a restrição da vinculação às suas finalidades essenciais*. Faço essa observação para afastar a possibilidade de, por interpretação *contrario sensu*, se entender que essa regra final estaria mostrando que os bens das autarquias não precisariam estar vinculados às suas finalidades essenciais, pois, se objeto de promessa de compra e venda, essa destinação os desvincularia daquelas finalidades." (67)

Inquestionável, no caso concreto, o provimento do recurso extraordinário, pois certo que *terreno baldio de propriedade do IAPAS*, por não estar vinculado, direta ou indiretamente, às suas finalidades essenciais, fica a descoberto da imunidade.

Não há deixar de reconhecer, contudo, que o único tratamento que condiz com a imunidade recíproca é aquele geneticamente extremado. E nem poderia ser de outra forma, pois, dimanando da natureza da federação, é incontestável a tributação quando inatin-

(57) In: RTJ, 106/794-795.

gida a capacidade do ente político protegido para perseguir suas finalidades. Relegada a substância do instituto, manter-se-á a sua aplicação anódina no respeitante à própria forma federal de Estado.

Convirá, portanto, que o entendimento diferenciado seja reexaminado, com realismo, pelo futuro constituinte, já que não convence a preponderância de desígnio político, importando, em última análise, o desprezo pelo motivo ontológico.

Mas por esse momento, extremamente favorável, *a priori*, à reflexão construtiva, acode mencionar a tese oferecida, em 1943, ao Congresso Jurídico Nacional, realizado no Rio de Janeiro, na qual PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO levantou, para demonstrar a "necessidade de ser disciplinada, por lei, a imunidade recíproca", as dúvidas suscitadas até então, em torno das três Constituições republicanas anteriores (58).

Melhor será que a nova Constituição uniformize os limites da imunidade recíproca em consonância com a construção restritiva, com o que não estará abdicando do espírito maior que norteou o constituinte de 1891, reiterado, sucessivamente, até o texto em vigor do art. 19, III, *a*.

Sem dúvida, ainda que revista, com largueza, a relativa variação do seu enunciado, não se logrará apreender essência diversa da que sempre esteve em cerrada conexão com o seu suporte fundamental, cujos verdadeiros contornos perduram situados em conformidade com o paralelismo estabelecido por RUI.

Em tese, só assim será possível ressoar, fielmente, a natureza do princípio constitucional, que não admite extensão, nem enseja a que pessoa jurídica de direito público faça irrestritos favores à custa dos cofres de outros. Nesse prisma, não pode ganhar força razão secundária da vedação, às vezes discriminada, a de evitar que a União, Estados, Distrito Federal se convertam, inutilmente, em contribuintes uns dos outros, recolhendo entre si impostos, sem proveito financeiro algum para o todo.

14. Anteriormente à reforma do sistema tributário nacional de 1965, o problema jurídico da extensão da imunidade às autarquias foi, pelo menos durante três lustros, verdadeira *veraxata quaestio*, empolgando e dividindo os juristas.

Vale recapitular, em breve bosquejo, a gradação de sua incorporação definitiva. No texto em que LÚCIO BITTENCOURT reuniu, em 27 de agosto de 1943, as conclusões dos trabalhos da referida comis-

(58) *A imunidade tributária recíproca do artigo 32, c, da Constituição Federal. Prefeitura do Município de São Paulo, 1945.*

são então designada para regulamentá-la, destacava o fundamento que levaria depois à conversão de seu projeto no Decreto-Lei número 6.016, de 22 de novembro:

“A chave do problema reside, porém, em verificar se a personalização dessas entidades torna-as inconfundíveis com o Estado, equiparando-se, portanto, a qualquer organização privada, a cujas rendas, bens e serviços nenhum privilégio ou isenção se reconheça. A doutrina não agasalha, todavia, nenhuma hesitação a respeito, entendendo que a descentralização da administração ou a atribuição de personalidade a um ente público constitui uma *forma* ou *modalidade* de organização, que não altera a natureza eminentemente estatal desses órgãos.” (59)

No mesmo ano, mas precedentemente à designação da Comissão, a 17 de maio, decidia o Excelso Pretório, no Agravo de Petição nº 10.908:

“São intributáveis, por força da Constituição e de lei ordinária, bens pertencentes ao Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado. São, porém, devidas pelo mesmo instituto as taxas remuneratórias de serviços.” (60)

O entendimento por que se pautou o voto vencido do Ministro CASTRO NUNES permite atingir o vulto, àquela época sempre crescente, que a controvérsia assumia:

“A questão é das mais delicadas, e de difícil solução. É preciso mesmo não perder de vista a extensão das consequências que possam resultar de uma equiparação *absoluta* das autarquias às pessoas públicas matrizes, em cada um dos setores em que se divide a administração pública em nosso país.

Basta considerar o desenvolvimento que vem tendo a criação dessas entidades, às quais a União, os estados e os Municípios vão delegando atribuições ou acrescentando funções novas, até então não compreendidas no âmbito do Estado, para se perceber, desde logo, que, com o andar do tempo, a imunidade tributária recíproca de que trata

(59) Relatório cit. pp. 17-8. Em artigo contemporâneo, também assinalava que “a imunidade dos entes autárquicos é uma consequência da própria imunidade de que gozam os serviços diretamente executados pelo Estado”. (O problema da imunidade fiscal das autarquias, in: *Revista Forense*, v. 93, KCIII, jan. 1943, p. 265.)

(60) Ementa do relator, Ministro ANIBAL FREIRE, 1ª Turma, por maioria de votos (in: *Arquivo Judiciário*, v. 69, p. 161).

o art. 32, letra c, estará sobremodo ampliada, distendida, repetida em cada um desses corpos de administração própria, acarretando uma evasão de rendas que jamais entrou nas cogitações a que obedeceu o dispositivo, viesse um dia ocorrer. Tem, sem dúvida, a melhor base teórica a exegese que equipara, para os efeitos da imunidade fiscal, as autarquias às pessoas públicas matrizes.

As autarquias são desdobramentos da administração pública — órgãos integrantes do Estado — e, por isso mesmo, são chamados entes *paraestatais*, designando o prefixo grego uma assemelhação muito mais fortemente acusada do que nos serviços concedidos, que realizam também uma forma de administração pública *indireta*, mas mediante contrato, ao passo que a administração autárquica é a personificação do serviço público; *ex vi legis*.

Está ainda na lição dos expositores que a administração *indireta* que o Estado realiza por via desses entes, que ele institui para o substituir na execução de certos serviços, entende, não propriamente com as formas de execução de serviços públicos, cuja modalidade típica é a *concessão*, mas com a *orgânica* mesma do Estado, que se descentraliza, descentralização por serviços, ou desconcentração administrativa.

Não fujo, portanto, às dificuldades da questão. A solução seria, pois, a que está indicada nas linhas gerais da conceituação das autarquias e levaria a interpretar o dispositivo constitucional como compreensivo não só das pessoas públicas aí mencionadas (União, estados, municípios), mas, também, das *outras* pessoas públicas que cada uma daquelas institua, nos desdobramentos da sua ação administrativa.

Creio, porém, que não só a letra, mas, sobretudo, o pensamento que ditou o atual preceito constitucional não sufragam esse entendimento.

A letra, porque o privilégio é conferido à União, aos estados e aos municípios, e não a *outras* pessoas de direito público, ainda que destacados ou desmembrados de cada uma delas; o espírito, atendendo-se a que a idéia que fez caminho, a partir da Constituição de 34 e acentuou-se na atual, foi no sentido de restringir a interpretação extensiva adotada pela jurisprudência no entendimento da cláusula do art. 10 da Constituição de 91, com apoio, aliás,

em julgados americanos, alcançando as empresas concessionárias de serviços públicos.

Em 34, é exato que deu entrada no texto constitucional essa extensão, mas em termos tais, sob tantas reservas, com tais limitações expressas no enunciado que a ampliação se tornou praticamente uma inutilidade, como, em voto aqui proferido, mostrei fundamentalmente. A Constituição atual nem isso permite. Os serviços públicos concedidos, diz o parágrafo único, não gozam da isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada no interesse comum por lei especial. Cortou pela raiz qualquer possibilidade de se estender, com base na cláusula constitucional, às empresas concessionárias o privilégio da imunidade recíproca conferida à União, aos estados e aos municípios.

Daí resulta que a razão que terá levado o legislador da Carta Política atual a retirar do quadro dos destinatários da imunidade recíproca as empresas concessionárias é a mesma em se tratando de autarquias, cuja administração, financeiramente autônoma, não é custeada pelos erários públicos e cujos atos não comprometem a responsabilidade do Estado, senão a elas tão-somente.

.....” (61)

A situação do contraditório não sofreu profundas alterações com o advento nem do citado Decreto-Lei nº 6.016/43, nem da Constituição de 1946. Em 1957, LEOPOLDO BRAGA, em alentado parecer, concluía:

“I — As autarquias não têm, jamais tiveram, direito próprio, *com base constitucional, ao privilégio da imunidade tributária recíproca*, outorgado *expressamente* e tão-só à *União*, aos *estados*, ao *Distrito Federal* e aos *municípios*, e não também a *outras pessoas* de direito público, ainda que destacadas ou desmembradas de cada um deles.

II — o Decreto-Lei nº 6.016, de 22 de novembro de 1943, não podia, em verdade, validamente, *estender* a ‘*imunidade*’ tributária recíproca estabelecida no art. 32, letra *c*, da Carta de 1937, a *pessoas outras* além daquelas que ali foram expressa e taxativamente declaradas destinatárias da excepcional outorga, pela simples e óbvia razão de que não era nem é juridicamente possível *alargar* por via de *lei ordinária* privilégio concedido em *texto* constitucio-

(61) Idem, pp. 164-5.

nal. Mesmo sob a vigência da Carta de 1937 — que excluía expressamente das matérias reguláveis por decretos-leis as '*modificações à Constituição*' (art. 13, letra *a*) —, só através de uma *lei constitucional* poderia ser alcançado aquele efeito.

III — Tal decreto-lei era, pois, de nascença, *exorbitante* e nitidamente *inconstitucional*. Por meio dele, dada a sua natureza de *lei nova* (isto é, *inovadora*), e de *lei ordinária*, apenas seria meramente *legal*, vale dizer, sem forma constitucional impositivo *erga omnes*.

IV — Como bem sustentam juristas eminentes, ainda na vigência da Carta de 1937, esse mesmo Decreto-Lei número 6.016, tipicamente federal, não podia ultrapassar a órbita da competência tributária da União, para alcançar e obrigar os estados e municípios, sendo essa a conclusão a que chegou a tese que sustentou o professor HAROLDO VALLADÃO, em brilhante parecer jurídico, proferido como *Consultor-Geral da República* e aprovado pelo Presidente da República (Parecer nº CXI, em *Pareceres do Consultor-Geral da República*, v. 4, Rio, 1950, p. 33). Qualquer *isenção* ali outorgada só teria força jurídica operante em relação aos impostos da competência *federal*.

V — Inda que assim não fosse, com a extinção da Carta constitucional de 1937, teria caducado automaticamente o dito Decreto-Lei nº 6.016, não se projetando os seus efeitos para além do advento da Constituição de 18 de setembro de 1946, que, de resto, o teria revogado tacitamente — como foi demonstrado nos nºs 8 e 9 deste parecer.

VI — A pretensa *imunidade tributária das autarquias*, ainda hoje, não encontra base jurídica constitucional, por isto que, nos precisos termos do art. 31, V, *a*, da Constituição vigente, tal *privilégio* (insuscetível de *ampliação* por via de interpretação *extensiva*, visto tratar-se, em *matéria tributária*, de *direito excepcional*, onde é de rigor hermenêutica a *exegese restritiva*) só foi expressamente concedido à *União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios*, e não também a *outras pessoas* de direito público, além dessas, ainda que destacadas ou desmembradas de cada uma delas, na expressão de CASTRO NUNES.

VII — Como instituições de educação ou de assistência social, quaisquer entidades — autárquicas ou não — podem pleitear e obter o gozo da imunidade tributária, com

fundamento na alínea b do art. 31, V, da Constituição, desde que realizados e comprovados os pressupostos ou condições estabelecidos no texto respectivo.” (62)

Em sentido diametralmente oposto, GILBERTO DE ULHOA CANTO, em artigo vindo a lume em 1958, renovava o conflito para considerar inteiramente aplicável às autarquias a imunidade tributária recíproca (63). Foi SULLY ALVES DE SOUZA que, em dois trabalhos dedicados ao tema, retratou o entendimento do legislador constituinte de 1946, bem assim o jurisprudencial, desde os decisórios administrativos até os do Supremo Tribunal Federal. (64)

Sem a menor margem de hesitação, quer na doutrina, quanto na jurisprudência, ficou vitoriosa a corrente segundo a qual as autarquias gozavam da imunidade tributária recíproca. Tão estimado era o acerto do ponto de vista flagrantemente majoritário que há lembrar o seu reconhecimento implícito, sob a vigência da Constituição de 1946, pelo Pretório Excelso, ao editar a Súmula 73. (65)

De um dos julgados que a informaram, o RE nº 37.790-MG, no qual se deu pela constitucionalidade, em 15-5-61, do Decreto-Lei nº 6.016/43, merece destacado conciso, porém cabal, voto proferido pelo Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES:

“Sr. Presidente, a Constituição proíbe a tributação de qualquer origem — federal, estadual ou municipal — sobre bens, rendas e serviços públicos.

Com a expressão bens, significou a Constituição qualquer situação jurídica patrimonial.

Ora, as autarquias são parcelas do patrimônio público federal, estadual ou municipal. Sobre elas não podem incidir tributos de qualquer origem, pois são partes, são departamentos do Fisco, da Fazenda Pública.

(62) O problema da imunidade fiscal das autarquias em face do direito positivo. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Prefeitura do Distrito Federal*, 7, pp. 236-7.

(63) Algumas considerações sobre a imunidade tributária dos entes públicos. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 52, abr./jun. 1958, p. 39, e *Revista Forense*, v. 178, jul./ago. 1958, p. 31.

(64) “(...) pode-se afirmar que foi propositada a omissão de referência às autarquias, na Constituição, e que a Assembléia Constituinte entendeu que as autarquias estavam automaticamente incluídas na imunidade tributária da União, dos estados e dos municípios.” (A imunidade tributária das autarquias; A imunidade tributária das autarquias e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista dos Tribunais*, vv. 265 e 339, nov. 1957 e jan. 1964, pp. 20-27 e 38-46, respectivamente.

(65) Súmula nº 73: “A imunidade das autarquias, implicitamente contida no art. 31, V, a, da Constituição Federal, abrange tributos estaduais e municipais.”

Assim, *era desnecessária* a disposição constante do Decreto-Lei nº 6.016, de 1943. É uma disposição *redundante*, porque a isenção tributária resulta da própria natureza do patrimônio, que é público e não tolera incidência de impostos.” (66)

15. A preceituação vedativa secundária, contraposta à imunidade da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios pelo constituinte revisionista de 1965, foi confirmada na Carta de 1967 e reproduzida no texto vigente no § 1º, primeira parte, do art. 19 da Constituição da República. (67)

No atinente às expressões patrimônio, renda e serviços, que também figuram no seu enunciado, nada a acrescentar aos conceitos anteriormente expendidos.

Em parecer emitido acerca da imunidade das autarquias federais ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), correspondente aos imóveis funcionais de sua propriedade, eis o que afirmou o Ministro RAFAEL MAYER, então Consultor-Geral da República:

“Cabe acentuar, na verdade, que a tônica da vinculação, posta na cláusula do texto, está relacionada com os serviços. Com efeito, se, na Emenda nº 18, essa estrita correlação se evidenciava pelo emprego da adversativa, no preceito vigente ainda se impõe essa apreensão, quer por não se surpreender uma razão de mudar, quer por a locução adjetiva, a mesma, não apresentar compatibilidade e inerência senão como qualificativa de serviços, isto é, *serviços vinculados às finalidades essenciais, serviços decorrentes das finalidades essenciais*. (Grifos do original.)

(66) Relator o Ministro CANDIDO MOTTA, Tribunal Pleno (in: RTJ, 18/138).

(67) Este, o teor do § 1º do art. 2º da Emenda Constitucional nº 18/65:

“Art. 2º —

§ 1º — O disposto na letra *a* do nº IV é extensivo às autarquias, tão-somente no que se refere ao patrimônio, à renda ou aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.”

Já o preceito em vigor reza:

“Art. 19 —

§ 1º — O disposto na alínea *a* do item III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes (...).”

A segunda parte, na linha do que dispunha o § 2º do art. 2º da Emenda Constitucional nº 18/65, louvavelmente ratificou, a par da exclusão dos serviços públicos concedidos, a superação da Súmula nº 74 do Supremo Tribunal Federal:

“O imóvel transcrito em nome da autarquia, embora objeto de promessa de venda a particulares, continua imune aos impostos locais.”

Objetivos, competência, instrumento de ação, rendas e patrimônio da administração pública autárquica, são aqueles postos na lei, sendo impensável essa matéria senão sob o resguardo do princípio da legalidade. A legalidade é, portanto, o necessário critério de aferição, a saber se os serviços da autarquia se contêm no quadro dos seus objetivos, e se o patrimônio e a renda inerem à sua capacidade pública e atribuições legais, constituindo, por isso, rendas e patrimônio públicos, e não atividades, bens ou rendas privadas a igual dos particulares, caso em que não caberia o reconhecimento da imunidade (68).

Partindo dessa premissa, assim concluiu, repelindo o argumento de que as unidades residenciais construídas ou adquiridas, no Distrito Federal, pelas autarquias, para uso de seus funcionários, se desvinculam dos respectivos objetivos fundamentais:

“Ora, a natureza desses bens, que são bens públicos, alguns determinadamente inalienáveis, outros, alienáveis, tão-somente sob certos requisitos legais e sempre a funcionários da entidade, e pelo preço de custo atualizado, importa em que eles tenham uma inequívoca destinação pública e decorram de atribuições legais afetas às entidades públicas.

Como se vê, portanto, dos textos legais, são, eles, elementos vinculados a um plano de governo que visa, primordialmente, assegurar o funcionamento dos próprios serviços, proporcionando aos agentes administrativos — fator mais ponderáveis daquele desempenho — as condições de moradia indispensáveis, a fim de que se possa contar com a sua força de trabalho.

.....

Permitir-se a incidência de impostos sobre essa parcela do patrimônio infringiria o intento político-constitucional da imunidade, representando, de certo, ingerência a restrição a interesses da entidade, com repercussões negativas no desdobramento da sua vida funcional e na utilização dos seus recursos.

Forçoso é, portanto, reconhecer que a imunidade que reveste o patrimônio público das autarquias é compreensiva desses bens imóveis, que o integram por imposição legal e em benefício do serviço autárquico. Pessoas públicas, a União e as autarquias, participantes do mesmo sistema legal referente a tais imóveis, é logicamente necessá-

(68) In: *Revista de Direito Tributário*, 2(5), jul./set. 1978, pp. 44-5.

rio que, com relação aos mesmos, a imunidade que se reconhece a uma não se conteste às outras.” (69)

Sucedem, porém, que, no já arrolado RE 98.382-MG, foi a matéria conduzida de maneira diferente pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo sido proclamado que

“A expressão ‘vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes’, a qual se encontra no § 1º do art. 19 da Constituição Federal, alcança não só os serviços, mas também o patrimônio e a renda das autarquias.”

Essa interpretação, como elucidou o Ministro MOREIRA ALVES, relator, resulta, inequivocamente, do espírito do dispositivo constitucional:

“Com efeito, não há razão alguma para restringir a expressão final (‘vinculados às finalidades essenciais ou delas decorrentes’), que gramaticalmente também alcança os antecedentes mais afastados (patrimônio e renda), ao antecedente mais próximo (serviços). Qual seria o motivo para fazer incidir impostos sobre serviço da autarquia não essencial à sua finalidade e para tornar imune a ele a renda decorrente desse mesmo serviço?” (70)

Dispensável ressaltar a autoridade das opiniões transcritas para mostrar a variação exegética que tem ocorrido acerca do real alcance da vinculação a que alude o preceito constitucional.

Não havendo como contornar a fundamentação desenvolvida no voto do Ministro MOREIRA ALVES, que põe fim a qualquer dúvida que a respeito paira, uma ligeira observação se faz necessária em relação à solução alvitada pelo Ministro RAFAEL MAYER, no parecer L-138, de 21-3-77, atinente, é verdade, a fator extrajurídico, mas de inegável repercussão no âmbito da questão: é que, decorrido quase um decênio, de muito já ultrapassada a situação transitória em que a Capital Federal demandava a criação de condições especiais — desempenho, portanto, *a latere* —, estimuladoras do exercício dos cargos públicos.

De outro lado, não pode ser desprezado que, com a exclusiva ênfase no fundamento de que os “objetivos, competência, instrumentos de ação, rendas e patrimônios da administração pública autárquica, são aqueles postos na lei, sendo impensável essa matéria senão sob o resguardo do princípio da legalidade”, a argumentação acabou por abstrair o tratamento constitucional que devem

(69) Idem, pp. 46-7.

(70) In: RTJ, 106/795.

desfrutar os entes políticos segundo o verdadeiro manancial do instituto — e, por via de consequência, os autárquicos, em virtude da sua índole serviente e auxiliar —, como se a lei que os instituisse pudesse aquartelar, na disciplina de um sistema, a concessão da imunidade tributária.

Por isso, a par de destituído da idéia central, diretora, que enfeixe, em harmonia de conjunto, os aspectos que envolvem o tema, parece certo que a tese acolhida, mercê da própria legislação arregimentada (71), esbateu os contornos dos objetivos autárquicos imunes, vindicando que dentre eles se intercale *meta utilitária descontinua*, presa à imposição — superada — aos entes administrativos de “propiciar residência aos seus servidores, em Brasília, pelo reconhecimento de uma ineludível *circunstância de fato*, fazendo desse encargo uma *tarefa da administração*”.

Se, como regra única, o que estiver fora da essencialidade, ou dela não for decorrente, estará fora da imunidade tributária, a controvérsia estabelecida no RE 93.932-MG (72), em torno da exigibilidade do imposto único sobre minerais de *empreiteira* fornecedora de material para *autarquia estadual*, o Departamento Estadual de Rodagem (DER), destinado à construção e conservação de rodovia, escapa do quadro vulgar da jurisprudência conhecida acerca do tema.

Por ser especial a posição da *empresa* — as instâncias ordinárias concluíram que ela não se dedicava a atividades de produção, comércio, distribuição, consumo e exportação de substâncias minerais —, o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, relator, não a teve como contribuinte do IUM, “mas, sim, a autarquia estadual, em favor de quem o acórdão invocou, com procedência, o princípio da imunidade recíproca consagrada no art. 20, III, *a*, e § 1º, da Carta de 1967 e art. 19, III, *a*, e § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969”.

A caminho de nova Constituição, convém deixar reiterado que deve ser *ontologicamente* igual o alcance das duas previsões vigentes, as do art. 19, III, *a*, e seu § 1º, primeira parte, pois ambas, em sistema, não nasceram de origem distinta, a ponto de permitir a dualidade vigorante.

Diante dessa proposição, poderia entrar na pauta de cogitação a preponderância de critério mais judicioso, que supere mero desígnio político, como o que inspirou a revisão de 1965, uma vez que é preciso fortalecer a unidade de tratamento, até mesmo porque

(71) Decreto-Lei nº 1.390/75 e sua regulamentação.

(72) 1ª Turma, julgado em 12-9-83 (In: Ementário 1.360-2, fls. 372-84).

as autarquias consistem em entidades criadas para *secundar* os entes políticos, aos quais, *em princípio*, competiria desenvolver as atividades conferidas à sua titularidade (73).

Sem dúvida, é problema da política discutir se foi conveniente ou importuna a restrição da imunidade estabelecida desde o advento da Emenda Constitucional nº 18, de 1965 (74). Porém, é questão afeta ao direito a sujeição à igualdade consoante os limites defendidos no capítulo precedente, em ordem a vê-la como reforço à regra maior que fundamenta a imunidade tributária recíproca.

16. A questão da imunidade tributária das autarquias, pelas razões desvendadas, teve começo de solução quando alinhada aos antecedentes — próximos e remotos — da Emenda nº 18, de 1965; do fecho é possível aproximar com a avaliação de uma outra sua faceta, que envolve as *fundações de direito público*.

Digressões à parte, é certo que exagero não sobrevém mediante a repulsa à concepção que vise arredá-las da cobertura pela vedação, pois barreira alguma se opõe ao impulso de enquadrá-las como espécie do gênero autarquia. Em primeiro lugar, porque se apresenta expressivo o rol de juristas que cultivam, no âmbito do direito administrativo, o entendimento que aparta a fundação de direito público daquela de direito privado, mas instituída pelo Estado.

Recentemente, ao traçar idêntica fronteira, o Supremo Tribunal Federal contribuiu, em termos definitivos, para o prevalecimento da tese que permite justificar o direito à imunidade, uma vez que, partindo do mesmo princípio dicotômico, assentou que as *fundações de direito público nada mais são do que espécie do gênero autarquia*. Do decidido, unanimemente, no RE 101.126-RJ (75), referência especial merecem as seguintes passagens do voto do relator, Ministro MOREIRA ALVES:

“.....
Não há dúvida, portanto, que a Faperj é fundação de direito público, e, portanto, segundo a melhor doutrina, *pessoa jurídica de direito público*, subordinada aos preceitos da lei que determinou sua instituição, e não sujeita

(73) MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Natureza* (...), cit. nota 23, p. 226.

(74) *Idem*, ob. cit., p. 464.

(75) Tribunal Pleno, em 24-10-84 (in: RTJ, 113/314), estando em debate a extensão às fundações instituídas ou mantidas pelo poder público estadual (no caso, a de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro — FAPERJ) da proibição de acumulação remunerada de cargos públicos (art. 99, § 2º, da Constituição da República).

às normas do Código Civil. Parece-me contra-senso querer-se continuar a sustentar que as fundações de direito público, que assumem a gestão de serviço estatal e que se submetem a regime administrativo previsto, nos estados-membros, por leis estaduais, permaneçam como pessoas jurídicas de direito privado. Para se evidenciar o absurdo dessa colocação em nosso sistema constitucional, basta atentar para o fato de que se tais fundações fossem pessoas jurídicas de direito privado teriam de submeter-se necessariamente às normas jurídicas de direito privado, que são da competência legislativa exclusiva da União, normas essas que não poderiam ser afastadas por legislação administrativa estadual. Tal invasão de competência inconstitucional não existe justamente porque essas fundações não são pessoas jurídicas de direito privado, mas sim de direito público, competindo aos estados-membros legislar sobre elas, com fundamento em sua competência para editar leis de direito administrativo no âmbito estadual.

.....

Aliás, forte corrente doutrinária existe — a que se filiam, entre outros, CRETILLA JÚNIOR (ver, entre outras de suas obras, *Fundações de direito público*, p. 68, Rio de Janeiro, Forense, 1976), C. A. BANDEIRA DE MELLO (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, São Paulo, 1967, pp. 370 e ss., e SÉRGIO DE ANDRÉIA FERREIRA (*Direito administrativo didático*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 82) — no sentido de que as fundações de direito público (que não se confundem, evidentemente, com as fundações de direito privado instituídas pelo Estado) nada mais são do que espécie do gênero autarquia.

Essa, a meu ver, a tese correta, até porque não tem sentido que sociedade de economia mista e empresas públicas, que são meras pessoas de direito privado, integrem a Administração Indireta, tendo seus empregados inúmeras restrições por equiparação a servidores públicos, e as *fundações de direito público*, que são inequivocamente pessoas jurídicas de direito público, com patrimônio público, mantidas por verbas orçamentárias, sob a fiscalização direta do poder público, sujeitas aos tribunais de contas, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, não pertençam a essa administração indireta, sob o fundamento único de que, por serem fundações, têm de ser pessoas jurídicas de direito privado, que, no entanto, não se submetem às normas do Código Civil relativas às funda-

ções. Em verdade, as autarquias são ou do tipo *fundacional* (ou institucional), ou do tipo *associativo* (ou corporativo), enquadrando-se as fundações de direito público no primeiro. Essas fundações são um instrumento de descentralização do poder público, e se inserem na administração indireta, como não poderiam deixar de inserir-se, por serem autarquias.

.....” (76)

Neste horizonte, não é plausível erguer antinomia entre a imunidade do § 1º do art. 19 da Constituição da República e as fundações de direito público. Ainda que filtrada a sua compreensão pela pessoa jurídica de direito público imunizada — as autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes —, a força que dissuade o rechaço à aplicação da norma não nasce tanto do desdobre do gênero autárquico nos tipos *fundacional* ou *associativo*, mas antes da sua própria *autonomia* — seu papel *interveniente nas atividades públicas descentralizadas* —, resultante daquela conjugação sublinhada pelo Ministro MOREIRA ALVES (patrimônio público; manutenção por verba orçamentária, sob a fiscalização direta do poder público; e sujeição aos tribunais de contas), nota saliente da caracterização de pessoa jurídica de direito público.

Aliás, fácil é de ver que essa dimensão, que torna certo o reconhecimento da imunidade, já havia ganho, ainda sob a égide da Carta de 1946, verdadeira acuidade, na rigorosa definição dos elementos constitutivos de tipo fundacional em tudo similar à Faperj — a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo Fapesp —, colocada pelo professor JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA, em parecer versando, especificamente, a mesma ordem de preocupação. Nesse trabalho (77), se verifica, de forma clara e inequívoca — por isso, não será demais realçá-lo, pois também ele, por primeiro, não pode deixar de ser apoiado —, o espaço nacional da exata abertura do preceito constitucional então vigente, concretizado o princípio da imunidade a partir da melhor hermenêutica, do pressuposto jurídico de que a Fapesp, sendo pessoa de direito público, é espécie do gênero autarquia.

Encaminhado, ao que parece, por essa boa doutrina, suscita, igualmente, particular interesse o voto condutor do decidido no RMS 16.086-SP, da lavra do Ministro HERMES LIMA (78). Profe-

(76) In: *RTJ*, 113/330-332.

(77) As fundações públicas são imunes. In: *Revista dos Tribunais*, v. 338 (ano 1952), dez. 1963, pp. 72-84.

(78) Tribunal Pleno, em 8-11-65 (in: *RTJ*, 36/14).

rido na conformidade de precedente específico, o RMS 14.386-SP (79), outra a questão de saber se ambos representaram o real sentido do enunciado da Súmula nº 468, consolidação do entendimento assentado a partir do julgamento dos RREE 54.190-CE e 55.574-CE (80).

Objetivamente, ganha relevo a passagem capital de seu pronunciamento, em virtude de juízo emitido em torno da mesma *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo*, que levou ao reconhecimento da imunidade ao então imposto do selo (81):

“Ora, a *autarquia*, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, é *protegida pela imunidade fiscal*, porque as *autarquias seguem a mesma estrada, as mesmas condições das pessoas de direito público* e a Emenda Constitucional nº 5 não lhes retirou a imunidade; fez, apenas, o imposto do selo recair na parte não protegida por essa imunidade.

Assim foi o voto do eminente Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, num caso em que a recorrente era também a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

A fundação não tem renda. *Ela recebe do estado todo o dinheiro de que dispõe para suas aplicações*. Se tributarmos esse dinheiro, o estado estará tributando a própria renda que fornece à fundação, para que ela preencha suas finalidades.” (82)

Se assim já era diante da Carta de 1946, o que dizer em frente da inovação inserida no texto constitucional, com a Emenda número 18/65? Está evidente, portanto, o acerto do que escreveu, em 1975, o Ministro RAFAEL MAYER, então Consultor-Geral da República:

“*Distintamente das denominadas fundações de direito público, espécie do gênero autarquia*, a que se aplica necessariamente o regime jurídico da entidade pública em cujo conceito se insere, as *fundações oficiais de direito privado*, como é o caso da Rural-Minas, não gozam de

(79) Tribunal Pleno, em 23-3-65 (in: Ementário 612, fls. 143 ss.).

(80) In: Ementários 595, fls. 744 ss., e 590, fls. 695 ss., respectivamente: “Após a EC nº 5, de 21-11-61, em contrato firmado com a União, estado, município ou autarquia, é devido o imposto federal de selo pelo contratante não protegido pela imunidade, ainda que haja repercussão do ônus tributário sobre o patrimônio daquelas entidades.”

(81) As leis a ele relativas foram revogadas pelo art. 15 da Lei nº 5.143/66.

(82) In: *RTJ*, 36/15.

imunidade tributária que é extensiva tão-somente às autarquias (art. 19, III, e § 1º da Constituição.)” (83)

17. Do ponto de vista teórico, é válido, também, questionar a imunidade dos Territórios Federais. O principal motivo pelo qual ocorre debatê-la arrima-se no reconhecimento certo de que, para definir a sua natureza jurídica, há, em nosso país, opiniões doutrinárias em vários sentidos, capazes de afiançar a dupla extensão da vedação tributária.

No CJ 6.140-RO (84), estando em causa a competência para dirimir litígios decorrentes das relações de trabalho de servidores com a administração centralizada ou indireta (art. 110 da Constituição), o Ministro ANTÔNIO NEDER, relator, empreendeu envolvente abordagem que permite acompanhar as diversas correntes que se formaram em torno da matéria.

Como adeptos daquela que sustenta que o território federal “constitui algo descentralizado da administração Federal”, foram discriminados OCÉLIO MEDEIROS, CARLOS MEDEIROS DA SILVA, LEOPOLDO T. DA CUNHA MELLO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO E SERPA LOPES (85); perfilhando o entendimento de que é “autarquia geográfica”, HELY LOPES MEIRELLES, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, CRETILLA JÚNIOR, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO e JOSÉ AFONSO DA SILVA (86); preconizando a natureza de fundação, MICHEL TEMER (87) e SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA (88), no sentido de que o território federal é pessoa política.

Em separado da reconstituição do dissenso, a concepção tradicional, que nega personalidade aos Territórios Federais, foi fortalecida com a transcrição das conclusões de estudo do Ministro RA-

(83) Ementa que encimou o Parecer nº L-081 (publicado, na íntegra, no DO de 24-10-75, p. 14.117).

(84) Pleno, em 18-4-79 (in: RTJ, 90/429). Fixada, por unanimidade, a competência da Justiça Federal comum para apreciar recurso interposto em reclamação movida contra o Território Federal de Roraima.

(85) *Territórios federais*, Rio, Ed. Nacional de Direito Ltda., 1944, pp. 102 e 516; Pareceres, in: *Revista de Direito Administrativo*, v. 12, abr./jun. 1948, pp. 398 e 402; *Curso de direito civil* — parte geral, 18ª ed., Saraiva, v. 1, p. 104; *Curso de direito civil*, 4ª ed., Freitas Bastos, 1962, v. 1 pp. 338 ss.

(86) *Direito administrativo brasileiro*, 7ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 768; *Natureza e regime* (...) cit. pp. 399 ss; *Dicionário de direito administrativo*, 3ª ed., Forense, 1978, p. 506; *Princípios gerais de direito administrativo*, Forense, v. 2, p. 220; *Curso de direito constitucional positivo*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 171.

(87) *Território federal nas constituições brasileiras*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 73.

(88) *Lições de direito administrativo*. Ed. Rio, 1972, p. 67.

FAEL MAYER, elaborado ao tempo que exercera o cargo de Consultor-Geral da República, valendo, portanto, a reprodução de tópico que as resume:

“(...) os territórios federais são, essencialmente, espaços delimitados do território nacional, subtraídos ao domínio dos estados e sob o domínio eminente da União, esta que os administra, em caráter de descentralização ou desconcentração mediante a instituição de um governo local, sem a interseção de uma personalidade jurídica. Nem autonomia política, nem ente autárquico, os Territórios Federais devem ser, pois, entendidos, sem o esforço de querer enquadrá-los nas categorias gerais, como entidades *sui generis*, bem delineadas pelas características de de um vir-a-ser, de uma parcela ou de uma circunscrição submetida à União que se destina e se encaminha a ser um estado-membro da Federação, circunstância que impregna a sua organização e o seu aspecto jurídico.” (89)

O Ministro ANTÔNIO NEDER, em seu voto, declarou-se a favor da visão unitária, com a terminologia empregada pelo Ministro RAFAEL MAYER, para considerar o “território federal como sendo entidade *sui generis* integrante da administração federal para descentralizar serviço desta”, tendo em vista que “o nosso direito não dispõe de modo sistematizante sobre a matéria, e que, por isto, não é fácil, diante das normas incongruentes que a regulam, fixar-lhe um contorno jurídico definitivo, e, conseqüentemente, definir-lhe a natureza jurídica” (90).

Raciocinando por essa solução jurídica, como, de resto, pela corrente que a abrange, a imunidade dos territórios federais só pode ser a irrestrita, em virtude da “sua dependência e integração da União” — para o Ministro RAFAEL MAYER — e da falta de autonomia política e administrativa — segundo o Ministro ANTÔNIO NEDER.

Do pressuposto, contudo, não é possível partilhar, sendo outra, em conseqüência, a extensão da vedação tributária.

(89) A natureza jurídica dos territórios federais. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, 138, pp. 24-5, ou *Revista de Direito Administrativo*, v. 145, p. 15.

(90) Trata-se de posicionamento individual do relator, que não reflete o do Supremo Tribunal Federal. Em dois conflitos semelhantes, apreciados antes e depois do mencionado CJ 6.140-RO, na linha de conta do plenário, para o efeito do prevalecimento da mesma solução jurídica, não entrou a imperiosidade de definir, preliminarmente, a natureza jurídica dos territórios federais: CCJJ 6.148-RR, relator o Ministro DJACI FALCÃO, em 8-3-79 (in: Ementário 1.129-1, fls. 63-73), e 6.250-RO, relator o Ministro CORDEIRO GUERRA, em 8-11-80 (in: RTJ, 96/584).

Em verdade, da decomposição dos elementos conceituais dos Territórios, aquele decisivo de sua natureza é a aptidão para ter direitos e contrair obrigações, cuja evidência sobressai não obstante todo o esforço desenvolvido para enfraquecê-la.

O próprio Ministro RAFAEL MAYER, embora asseverando a carência de personalidade e privação de patrimônio, acabou por admitir “certo poder de gestão patrimonial”, até mesmo a utilização ilimitada de bens alheios pela administração dos territórios, alcançado, aí, o poder de disposição, tudo a título da delegação conferida pela União. (91)

Ora, a disponibilidade de transferência patrimonial imediata inere à personalidade, levando ao reconhecimento da autonomia, não havendo, por isso, vencer a dilúcida linguagem de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO, ao referir à capacidade administrativa, que verdadeiramente os caracteriza:

“(...) sendo os territórios entidades personalizadas, dispõem de titularidade relativamente aos interesses que a ordem normativa lhes confiou, quais sejam, os de administrar sua coletividade. Neste sentido têm interesses próprios e negócios próprios. Relativamente aos interesses e negócios confiados à sua gestão dispõe de direitos oponíveis ao próprio Estado no sentido de que a administração dos próprios interesses e negócios é um bem privativo seu, subtraído, pois, à ação dos órgãos executivos da União”. (92)

Fácil é de ver, pois, que o propósito em atribuir à natureza dos territórios federais conteúdo *sui generis* significa, em última análise, a admissão de personalidade jurídica de fato, erguido o quadro institucional em que inseridos como barreira intransponível da de direito, o que, *data venia*, não convence.

Aliás, esse ilogismo já havia ganho exata dimensão nas palavras do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, que, tratando os territórios como pessoas jurídicas — unidades descentralizadas da administração federal; entidades políticas com direito a representação no Congresso —, afirmou:

“No vigente quadro institucional, é evidente o ilogismo de recusar-se ao território a qualidade de pessoa jurídica que se reconhece aos estados e ao Distrito Federal, quando as três entidades, integrantes da União, atendem ao mesmo objetivo de descentralização política e administrativa, embora em graus variáveis. Esse ilogismo afigura-se ainda

(91) *A natureza jurídica (...)*, cit., p. 28.

(92) *Natureza e regime (...)*, p. 406.

mais acentuado quando se considera que a lei define como pessoas jurídicas os municípios dos territórios, meras subdivisões administrativas, subordinadas ao governo territorial.

Quanto ao aspecto patrimonial, parece por igual injustificável que os municípios tenham patrimônio próprio, enquanto que os territórios permanecem privados dessa prerrogativa. A confusão do patrimônio do território com o da União é irreal, praticamente inviável e, por isso, inconveniente aos interesses da administração.

A administração do território seria impossível se o seu governo não pudesse praticar inúmeros atos que pressupõem a plena capacidade jurídica. Eles se obrigam em contratos de toda espécie, desde os relativos à compra de material de expediente aos pertinentes à exploração de jazidas minerais e à construção de obras e empreendimentos públicos.” (93)

Na perspectiva de que o território federal é pessoa jurídica pública, autarquia especialíssima de natureza estritamente administrativa — e, daí, portanto, a forma ampla de administração consagrada, com grau máximo de descentralização: autonomia administrativa e financeira (art. 3º do Decreto-Lei nº 411/69) —, a imunidade que lhe cabe é a restrita do § 1º do art. 19 da Constituição da República, observada, pois, a vinculação às finalidades explícitas no art. 2º do mesmo Decreto-Lei nº 411, de 6-1-69, dentre as quais a primordial é a inscrita no inciso I, o “desenvolvimento econômico, social, político e administrativo, visando à criação de condições que possibilitem a sua ascensão à categoria de estado”.

18. Derradeiro ponto importa sobressair, pois há movimento doutrinal que pode tender a ressoar, considerando não esgotado o domínio do § 1º do art. 19 da Constituição da República, a despeito do abrigo das fundações de direito público.

Trazendo para a faixa clássica reservada às pessoas jurídicas de direito público as sociedades de economia mista (94), essa vertente ganhou voto unânime dos participantes do 1º Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido, em São Paulo, pelo IBET, quando se procedeu à apreciação da tese “Da Imunidade Tributária das Sociedades de Economia Mista Prestadora de Serviços Públicos

(93) In: *Direito constitucional estadual*. Rio, Forense, 1980, p. 309.

(94) Que não se confundem com as sob o controle acionário do poder público, RREE 79.840-MG, relator o Ministro MOREIRA ALVES, 2ª Turma, em 18-8-75 (in: RTJ, 75/204), e 91.035-RJ, relator o Ministro SOARES MUNOZ, 1ª Turma, em 26-6-79 (in: RTJ, 96/ 1.323).

e da Inexigibilidade do ICM sobre os Materiais Aplicados em Serviços Públicos de Pavimentação”, de autoria de EUGÊNIO DOIN VIEIRA (95)

O seu texto, correspondendo à visão lateral da questão — às municipais, criadas especificamente para a prestação de “serviços públicos”: o calçamento de vias públicas —, foi assim recebido pelo Professor GERALDO ATALIBA:

“.....

Concordo que haja imunidade neste caso — embora pareça que a Constituição está dizendo, e até de modo muito claro, que a imunidade não se estende às sociedades de economia mista e às empresas públicas.

.....

A Constituição fixa o princípio de que os serviços públicos são imunes. Então é evidente que o serviço municipal, desempenhado por uma entidade criada pela lei municipal, é imune a impostos. O serviço público federal, desempenhado por uma entidade criada por lei federal, é igualmente imune. E me parece que não é difícil concordar com isto.

Se essa entidade que vai desempenhar esse serviço, conforme foi afirmado, é sempre uma entidade criada pela lei da pessoa política titular do serviço e, portanto, criatura desta entidade (criatura, pois, da pessoa política criadora, desempenhando serviço que é próprio dessa pessoa política), então o princípio geral da imunidade deve se aplicar a essa entidade, independentemente da “roupa” que ela vista. A Constituição permite que ela vista roupa de direito público — autarquia — ou que use roupa de direito privado — empresa pública ou sociedade de economia mista. Tem-se sempre a presença de um serviço público, regulado por lei da pessoa política competente, e desempenhado por uma entidade criada por essa pessoa política titular desse serviço. Não vejo como negar o reconhecimento de que, aí, há imunidade. Só seria possível negar a imunidade nesses precisos casos, com o argumento de que, aí, se adotou forma de empresa pública, ou forma de sociedade de economia mista. Mas as formas, no direito, só se justificam porque servem a determinadas finalidades. Quando a Constituição põe sob o abrigo da imunidade o serviço público, ela não faz distinção de “formas”.

(95) In: *Revista de Direito Tributário*, 6(21/22), jul./dez. 1982, pp. 271-283.

A tese considera um caso limitado: é o caso de uma entidade criada por uma pessoa política, desempenhando serviço do qual essa mesma pessoa política é titular. Nesse caso o argumento que, como eu dizia, pode ser oposto à imunidade é o da simples letra da Constituição, quando fala em "concessão" de serviço no § 1º do art. 19. Mas não pode ser considerado porque, no caso, a figura da concessão está excluída. É que, aí, não há uma concessão; porque não há concessão de serviço público quando a lei de uma pessoa política, titular de um serviço, cria uma entidade e determina que essa entidade desempenhe esse serviço.

....." (96)

Convém recordar que o Supremo Tribunal Federal, em vários tempos, tem-se pronunciado contrariamente ao reconhecimento da imunidade tributária das sociedades de economia mista: o que há de vivo na sua tradição jurisprudencial é justamente a consagração do que está compendiado, desde a vigência da Constituição de 1946, na Súmula nº 76 (97), cuja base pode ser aferida no decidido, por exemplo, no RMS 2.724-DF, relator o Ministro EDGARD COSTA:

"Sociedade de economia mista; suas características. O hibridismo do capital é incompatível com a natureza patrimonial dos entes autárquicos, somente aos quais se estendem os privilégios de que goza a Fazenda Pública, e, pois, a imunidade tributária. (98)

Sem se afastar da essência do rígido posicionamento do Excelso Pretório, a fundamentação traçada por um dos mais preeminentes cultores da ciência do direito tributário nacional o supera, à medida que potencia, sobremaneira, os "serviços públicos" que, não raro, seriam desempenhados pelas pessoas jurídicas de direito privado questionadas, dele extraíndo, em última análise, a integração para o fim de legitimar a imunidade.

A solução perfilhada impressiona, mormente porque, sob certo aspecto, pode constituir significativo avanço em relação a tão pacificada jurisprudência, conservada, contudo, a sua estrutura inicial. Inclusive, não lhe seria completamente estranho outro julgado da Corte Suprema, o mais recente sobre a matéria, o RE 75.000-SP (99). Referido decisório, figurando a Petróleo Brasileiro S.A.

(96) *Da imunidade tributária das sociedades (...)* cit., pp. 288-9.

(97) "As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, a, da Constituição Federal."

(98) Ementário 257, fls. 171.

(99) 1ª Turma, em 27-5-80 (in: *RTJ*, 94/613).

(Petrobrás) como recorrente, está exatamente resumido na ementa do seguinte teor:

1) Constituição de 1967, arts. 163 e 169. Lei nº 2.004, de 3-10-53, art. 2º

Monopólio das atividades pertinentes à pesquisa e à lavra do petróleo. Não se trata de serviço público inerente à estrutura política da União Federal, e sim de monopólio legalizado para proteger o interesse geral envolvido nas referidas atividades.

2) O princípio da imunidade tributária recíproca não favorece a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), que é sociedade comercial de economia mista sem ser delegatária da União para executar serviço que a esta seja inerente como pessoa jurídica de direito público.

3) Imposto de transmissão de imóvel entre vivos cobrado pelo Estado de São Paulo à Petrobrás. É legítima a cobrança.

4) Recurso extraordinário a que o Supremo Tribunal Federal nega provimento para confirmar o acórdão que julgou exigível o referido imposto."

Em seu voto, observou o relator, Ministro ANTÔNIO NEDER:

".....

Vê-se do exposto que a Petrobrás recorrente considera que o discutido monopólio é inerente à estrutura da União Federal como pessoa jurídica de direito público, e ainda mais, que a ela, Petrobrás, foi concedida, pelo art. 2º da Lei nº 2.004/53, a execução de tal serviço, donde a sua qualidade, que ela proclama, de verdadeira legatária da União para executar o questionado monopólio.

Estou em que a tese da Petrobrás não se harmoniza com as normas acima citadas.

Sem dúvida, conceitualmente a idéia de monopólio não pode afastar-se da de livre competição, que é a sua antítese, porquanto a conceituação de monopólio só adquire sentido próprio e pleno quando se acha referida a uma normalidade em que pelo menos hipoteticamente deve imperar a plena concorrência, e a liberdade, também plena, da livre iniciativa, de indústria, de comércio, isto é, do livre jogo da oferta e da procura numa economia de mercado (cf. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XVI, p. 591).

Admitindo a livre competição em tudo que diz respeito ao comércio e à indústria, a Constituição afastou de tal liberdade a pesquisa e a lavra do petróleo, evidentemente por causa do interesse público envolvido nessas operações, legalizando, assim, o monopólio invocado pela recorrente (Constituição, art. 163).

Trata-se, pois, da legalização de certo monopólio, e não da estatização, de um serviço, como pretende, cerebrinamente a Petrobrás.

Não se deve confundir *serviço público e indústria de interesse geral* (PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, II, p. 420).

.....

Vê-se que a combinação dos arts. 163 e 169 da Carta Política demonstra que a finalidade perseguida pelo constituinte no que diz respeito ao monopólio foi o de apenas legalizá-lo como exceção ao regime de livre iniciativa que ela instituiu, e não de transformá-lo em serviço público inerente à estrutura política da União Federal, como foi salientado acima.

Se não se trata de serviço público e sim de monopólio legalizado para proteger interesse geral, não se tem como aceitar a tese da recorrente.

.....” (100)

Pelo que ficou implícito, é admissível surpreender respaldo à tese colacionada. Realmente, o tópico transcrito apresenta-se bastante claro para mostrar que se, no cerne da controvérsia, ao invés do monopólio das atividades atinentes à pesquisa e à lavra do petróleo, estivesse “serviço público inerente à estrutura política da União Federal”, o reconhecimento da imunidade não poderia ser elidido, ainda que cometido a sociedade de economia mista.

Malgrado assim pareça, é temerário não formar com aqueles que se colocam na linha do entendimento consubstanciado na citada Súmula nº 76, cujo sentido de existência, muito ao contrário, se viu reforçado após a sua edição. Também, aqui, bem indica magistério do Ministro RAFAEL MAYER, constante do parecer inicialmente invocado:

“No tocante à matéria, o efeito imediato da Emenda 18, de 1965, é o de explicitar e delimitar, isto é, tornar incontroversa a imunidade da autarquia e ao mesmo tem-

(100) In: RTJ, 94/617.

po circunscrever a ela, *subjetivamente*, em atenção à sua natureza e finalidade, a intangibilidade aos impostos. *A partir daí, não mais se poderá cogitar de entidades outras que se tenham como implicitamente compreendidas no princípio.*" (101)

De resto, há que referir, ademais, que, na apreciação da legitimidade da prerrogativa publicística que lhe pretende outorgar, aspectos outros cumpre aventar, pena de patinar a final na formalização da compreensão sustentada como *questão de exterioridade da forma jurídica*.

O problema começa exatamente pelo *não acatamento legislativo*, num intransponível corte dogmático — para não dizer autoritário, com perniciosas seqüelas —, das solicitações *adequadas* da ordem jurídica. No ciclo mais recente, inclusive, não raro deslizou o legislador, de maneira "conscienciosa", para conturbada atipicidade, cuja importância mais pode ser avaliada em face da construção de modelos baseados sempre no *posterius*, nunca no *prius*.

A transmutação, pura e simples, em "serviço público" do objeto legal de sociedade de economia mista estigmatiza o arcabouço constitucional, pois *não é admissível possa ela, enquanto pessoa jurídica de direito privado*, embora ostentando a peculiaridade de estar inserida no quadro da administração pública indireta, *exercer poderes expressivos de soberania, de coersão, sobre outros particulares*; compete-lhe, sim, na execução proficiente de seu objeto, visar a *lucro* a ser distribuído a seus acionistas, dentre eles, os *particulares*, como dividendos.

Sobre a pauta dos que têm meditado sobre a matéria, destacadamente a de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (102), cabe acrescentar que, pelo art. 242 da atual Lei das Sociedades Anônimas, *não obstante reprimida a sua sujeição à falência, são seus bens penhoráveis e executáveis, respondendo, subsidiariamente, a pessoa jurídica que a controla pelas suas obrigações*.

De outro lado, o preceituado no art. 125, I, da Constituição da República (que repete a regra da de 1967, art. 119, I) aponta tratamento disforme — sobre o qual, também, há que pôr o maior cuidado —, que assaca, francamente, a participação do Estado na execução de relevantíssimo papel: *liberta dos limites de competência da Justiça Federal as causas em que sociedade de economia mista for interessada, na condição de autora, ré, assistente ou oponente, mantida, na mesma alçada, ao lado da União e de enti-*

(101) In: *Imunidades das autarquias (...)*, cit., p. 44.

(102) *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp. 103 ss.

dade autárquica, a *empresa pública federal*. Claro, idêntico caminho foi obrigada a seguir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em reiterados julgados, considerou que a competência da Justiça Federal se exaure nos lindes em que lhe fixou a Constituição (103), levando-o à edição da Súmula nº 556 (104).

Essa fixação de competência, inatacável em relação às sociedades de economia mista — a diferenciação das empresas públicas federais é que é insatisfatória, à medida que, não correspondendo à sua natureza jurídica, mais se revela como consagração da anomalia já referida —, sugere o seu confinamento à margem da imunidade tributária: mesmo quando criada na órbita *federal* e *para além* de eventual desempenho de “serviço público”, ainda assim o processamento de causas do interesse da prestadora se verificará perante a Justiça comum ... E mais. Prevalecendo a integração de seu objeto no domínio do serviço público, poder-se-á anular o reconhecimento do exercício do direito de greve, pois, como é cediço, este não existe, a teor do art. 162 da Constituição da República, no campo do serviço público *lato sensu*. De outra parte, principalmente no âmbito municipal, não convém deixar distante a possibilidade da assunção de postura monopólicia ao arrepio do art. 163 da mesma Carta, como pode suceder na hipótese concreta ventilada na tese de EUGÊNIO DOIN VIEIRA.

Se o *dilema* aconselha, pelo menos, o não reconhecimento da imunidade das sociedades de economia mista, não por isso ocorre comprometimento com a invocação do decidido no RE 93.078-SP (105): como já atrás houve ocasião de referir, nele a espécie versada era outra, assentada a imunidade ao imposto predial em razão de que os bens imóveis desapropriados, por delegação, pela DERSA (Desenvolvimento Rodoviário S.A.), passaram a constituir bens públicos.

Da mesma forma e numa outra perspectiva, é insuscetível de dúvida que os *lucros distribuídos*, não os ingressados nas reservas da sociedade, constituem *renda* e, como tal, coberta pela imunidade quando incorporada à receita da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, independentemente de tratar-se, ou não,

(103) No CJ 5.996-SP, relator o Ministro LEITÃO DE ABREU, Pleno, em 9-2-76, chegou-se a decretar a inconstitucionalidade do art. 16 do Decreto-Lei nº 60/66 — redação atribuída pelo de nº 669/79 —, na parte que determinava fossem “os feitos de interesse do BNCC, sociedade de economia mista, processados privativamente perante a Justiça Federal, com os direitos, privilégios e prerrogativas da Fazenda nacional” (in: *RTJ*, 77/12).

(104) “É competente a *Justiça comum* para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.”

(105) In: *RTJ*, 107/656.

de sociedade de economia mista, bem assim da posição acionária do ente público ⁽¹⁰⁶⁾.

19. Para encerrar este capítulo, importa dizer uma palavra em relação ao ICM e ao IPI, dada a acentuada controvérsia em torno de sua compreensão no art. 19, III, da Constituição da República.

No centro do conflito interpretativo que emerge dos próprios textos constitucionais — e sem prejuízo do anteriormente referido no tocante às expressões “patrimônio, renda ou os serviços” —, cresce a mais viva atenção para o problema da coexistência, ou não, do princípio da não-cumulatividade com o da imunidade tributária.

Também tem feito apelo a especial reflexão, consolidando a real complexidade da questão, a norma tributária complementar, constante do art. 6º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406, de 1968, que sujeita mesmo ao ICM os entes públicos que pratiquem atos de comércio, independentemente do porte de sua clientela.

Conveniente, contudo, principiar por outro ponto não menos saliente, o fenômeno da repercussão, característico de ambos os impostos. Consistente na transferência pelo contribuinte de direito ao *de facto*, que suporta o imposto ou no preço da mercadoria — quando em etapa de processo de circulação — ou do produto industrializado — na hipótese de sua saída do estabelecimento se vincular a operação mercantil —, a distinção teve, desenganadamente, o revelado objetivo de impedir, por via oblíqua, comprometimento da imunidade tributária recíproca, esmaecida na *aquisição* por pessoas jurídicas de direito público.

Trasladado para o contribuinte de fato ou nele, afinal, recaindo *economicamente* o imposto, o Pretório Excelso chegou a inclinar-se no sentido de deslocar também a vedação. Primeiro, em ato administrativo de sua egrégia Presidência, a Portaria nº 34/66, pela qual o Ministro RIBEIRO DA COSTA, para obstar incidência do então imposto de consumo sobre automóveis adquiridos para o serviço do Supremo Tribunal Federal, invocou a imunidade, explicando que “a União Federal não pode cobrar este imposto de seus próprios órgãos, que são a mesma pessoa jurídica de direito público interno” ⁽¹⁰⁷⁾. A essa fundamentação aderiu a presidência do Ministro LUIZ GALLOTTI, por *acosião* de nova compra, só que com a circunstância de que, se acaso positivado o recolhimento do imposto, insuficiente seria a verba disponível ⁽¹⁰⁸⁾.

(106) RE 66.888-MG, relator o Ministro THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, 2ª Turma, em 5-5-69 (in: RTJ, 50/525).

(107) In: DJ, 7-3-66, p. 699.

(108) In: RTJ, 57/260.

Na mesma senda, sua jurisprudência não tardou em assimilar a imunidade do *comprador*, pessoa jurídica de direito público. Discutidos e decididos nesse sentido, com ascenderado empenho, na então 1ª Turma, vejam-se, apenas por exemplo, os RRMSS 16.627-SP e 17.380-SP, relatados pelo Ministro BARROS MONTEIRO, em 24-10 e 13-11-67; 19.000-SP, relator o Ministro VICTOR NUNES LEAL, em 17-6-68; e RE 68.450-SP, relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, em 4-12-68 ⁽¹⁰⁹⁾.

Entretanto, ao julgar, em 9-9-70, os ERE 68.215-SP, figurando, da mesma forma, entidade pública como adquirente de mercadorias para próprio uso ⁽¹¹⁰⁾, o plenário reformulou, por maioria, seu anterior entendimento ⁽¹¹¹⁾, acolhendo a orientação da incompatibilidade da consideração econômica com a relação jurídica tributária, até hoje dominante, conforme jurisprudência reiterada que veio a cristalizar-se no enunciado sumular nº 591 ⁽¹¹²⁾.

Certo é que, sob várias luzes, foi a matéria versada com desenvoltura, concitando à breve rememoração dos argumentos que motivaram ambas as perspectivas, inclusive o convencimento vencido que, pelo menos, teve a valia de resolver a noticiada investida do Departamento de Rendas da União, a qual, à mesma época, além do Supremo Tribunal Federal, alcançou o Tribunal Superior Eleitoral ⁽¹¹³⁾ e as duas Casas do Congresso Nacional ⁽¹¹⁴⁾.

No plano da concepção superada, suas linhas de força foram exauridas na fundamentação expendida pelo Ministro ALIOMAR BALEEIRO, que já em 1959 discorria sobre os pressupostos da verificação do efeito econômico.

Durante o julgamento dos ERE 68.215-SP, assim se manifestou:

“(...) o legislador ordinário não pode esposar uma forma jurídica ou adotar uma técnica legislativa que tenha como consequência anular um princípio contido na Constituição (...). A Constituição não quer apenas uma fórmula sacramental. O que quer é que, de fato, o Estado

(109) In: *RTJ*, 45/88, 44/127, 46/18 e 53/386.

(110) Relator para o acórdão o Ministro THOMPSON FLORES (in: *RTJ*, 57/244).

(111) RE 68.538-SP, relator para o acórdão o Ministro BARROS MONTEIRO, em 3-12-69 (in: *Ementário* 811, fls. 146/187).

(112) “A imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do imposto sobre produtos industrializados.”

(113) Resolução nº 8.162, de 22-6-67, relator o Ministro VICTOR NUNES.

(114) Imunidade tributária da União. In: *Revista de Informação Legislativa*, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 3(10), abr./jun. 1966, p. 63.

não perca um tostão do seu patrimônio ou de seus serviços, por tributação de uma outra pessoa de direito público." (115).

E, de modo mais impressionante, no voto que proferiu já após o prevalecimento do ponto de vista antagônico ao seu:

(...) a imunidade, como princípio constitucional e de acordo com o art. 166 do Código Tributário, pressupõe a realidade cientificamente apurada do fenômeno da repercussão.

Assim, quando a União, por exemplo, compra um equipamento qualquer e o estado exige ICM nessa operação, quem paga (17%) é a União. Quando um estado compra um equipamento, suponhamos caminhão de limpeza, ou de terraplenagem, e a União exige do fornecedor IPI, lesa 30% do estado, dificultando tremendamente a execução de serviços públicos mais relevantes para o País." (116)

Nada de casual provocou a alteração jurisprudencial. Em data anterior à dos julgados que validaram o fenômeno da transferência, a mesma 1ª Turma recusara a imunidade na aquisição de automóveis pela Caixa Econômica Federal (117). Logo depois, idêntica diretriz foi seguida pela 3ª, no julgamento do RE 52.479-SP (118), para admitir a cobrança do imposto de consumo sobre mercadorias vendidas a compradores imunes.

Mas, a volta rápida, em 180 graus, do plenário do Excelso Pretório foi marcada pelo predomínio da tese que o Ministro ELOY DA ROCHA, vencido, expusera em prol da não-extensibilidade da vedação, no citado RE 65.538-SP, sintetizada nesta parte conclusiva de seu voto:

"(...) no antigo imposto de consumo, como no atual imposto sobre produtos industrializados, contribuintes são as pessoas expressamente mencionadas na lei, e, entre elas, o industrial.

A relação tributária se estabelece, apenas, entre o poder tributante e o contribuinte ou o responsável, nos termos da lei. E somente ao sujeito passivo da obrigação tributária, e não a outrem, pode dizer respeito a imunida-

(115) In: RTJ, 57/259-60.

(116) RE 78.619-RN, 1ª Turma, em 3-9-74 (in: RTJ, 74/181).

(117) RMS 16.489-GB, relator o Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, em 19-9-66 (in: RTJ, 38/623).

(118) Relator o Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA, em 27-10-66 (in: RTJ, 40/695).

de ou a isenção. Para esse efeito, nenhum relevo tem a figura do contribuinte de fato. O contribuinte de fato, que é o consumidor, aparece nos impropriamente chamados impostos indiretos, como, por exemplo, no imposto de vendas e consignações, hoje imposto de circulação de mercadorias. Quem paga esse imposto é o comerciante, mas quem lhe suporta o ônus, que se insere no preço, é, no fim, o consumidor.” (119)

Havia certa razoabilidade *prática* no fundamento daqueles que sustentaram a imunidade tributária do contribuinte de fato, para entender que, só assim, mais eficazmente se concretizaria o princípio constitucional.

Aliás, foi o que me bastou para, em artigo estampado no jornal *O Estado de S. Paulo*, insinuar orientação que, no fundo, não discrepava da corrente de pensamento liderada pelo Ministro ALIOMAR BALEEIRO (120), pois também visava a assegurar o mais fiel da imunidade, “principalmente ao constatar-se a presença intensa e marcante do Poder Estatal na ordem econômica, atuando não só a título supletivo, o que lhe é legítimo, mas, na realidade, assumindo papel nitidamente concorrencial”.

Igualmente calcado nessa inconfutável realidade, que “mostra a atuação intervencionista ampla, desregrada e tumultuária, em todos os campos, sem que se lhe possa opor obstáculo efetivo”, foi a tônica do voto vencido do Ministro OSCAR CORRÊA, proferido no RE 95.885-MG (121), para recusar a imunidade do Instituto do Açúcar e do Alcool, justamente por desenvolver “atividade comercial comum, em concorrência com os demais vendedores do ramo, atividade empresarial completamente alheia às suas finalidades essenciais”.

A partir desse prisma, claro que a consideração expedida objetivou quebrantar a rigidez que, não obstante a injuridicidade da repercussão econômica, poderia se impor pelo apego exclusivo ao elemento forma jurídica, redundando no constante reconhecimento da imunidade, *mesmo naquelas atuações das pessoas jurídicas de direito público reputadas como inconciliáveis com as suas respectivas finalidades precípuas.*

(119) In: Ementário 811, fls. 158.

(120) “(...) entendo perfeitamente viável, no exame de cada caso concreto, que ora se enfatize a forma jurídica, ora a realidade econômica, mantendo, em qualquer alternativa, íntegra a imunidade tributária recíproca” (*Imunidade tributária recíproca*, edição de 6-12-81).

(121) Relator o Ministro CORDEIRO GUERRA, Pleno, 5-5-83 (in: *RTJ*, 107/1 e 105-10).

Em verdadeiro rigor doutrinário, mais do que salvar a imunidade de comprometimento certamente advindo da desenfreada intervenção do Estado na ordem econômica, essa orientação acaba por transmitir-lhe a anomalia desta, para tolerar, tudo somado, resvalos no ordenamento constitucional, mercê de análise menos refletida.

Ora, se, em tese, o único entendimento que se compadece com a geratriz do princípio é aquele que não deve desgarrar da essencialidade, a transformação pragmática de seus lindes não é suficiente para constranger a sólida argumentação do voto do Ministro **ELOY DA ROCHA**, no sentido de que nada interfere ter o contribuinte de fato imunidade, se o *legal não a tem*.

Ademais, o tratamento que o Pretório Excelso dava à matéria vinha comprometido pela própria natureza da questão, estritamente *objetiva*: se é a severa definição dos sujeitos passivos da obrigação tributária, o dualismo contribuinte e responsável, o *melhor garante* para a realização do princípio da imunidade, libertá-lo desse limite, por forma que cubra o “contribuinte de fato”, importa torná-lo maleável, adiada a sua configuração para momento posterior atípico e sobre quem não guarda a menor vinculação com o fato gerador.

Por isso, sem revestir a condição de contribuinte, o ponto mais extremo em que se pode conceber a vedação diz com o responsável tributário, substituto ou supletivo, como clarificou o Ministro **ALIOMAR BALEEIRO**: “a transferência evidentemente não se opera contra quem seja imune ou isento do imposto” (122).

Neste passo, uma última ponderação de reforço. **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**, firme no art. 128 do CTN, conceitua a responsabilidade tributária como,

“A *sujeição passiva* à obrigação tributária, por força de lei, imposta à pessoa física ou jurídica, que, sem revestir a condição de contribuinte, *tenha vinculação direta a seu fato gerador*, seja por substituição excludente daquele, seja por atribuição supletiva do cumprimento da respectiva obrigação, total ou parcialmente.” (123)

(122) “Direito tributário (...)”, cit., p. 480.

(123) *A responsabilidade no direito*. São Paulo, 1982, p. 32.

(124) “Art. 58 — § 4º — Os órgãos da administração pública centralizada e as autarquias e empresas públicas federais ou municipais, que explorem ou mantenham serviços de compra e revenda de mercadorias, ou de venda ao público de mercadorias de sua produção, ainda que exclusivamente ao seu pessoal, ficam sujeitas ao recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias.”

Fácil de confirmar, pois, o clima de imprecisão que, para além do *responsável*, levaria a consagração da equiparação do “contribuinte de fato”, desarticulando mesmo a imunidade, transformada, aí, no seu *contrário*, uma vez que longe está ele, como mero *consumidor*, de sujeitar-se passivamente à obrigação tributária.

Firmemente delineada a premissa — imunidade das pessoas jurídicas de direito público tão-somente enquanto contribuintes *de jure* —, não é difícil prever os seus reflexos.

Na sistematização positiva do ICM, a alteração introduzida pelo art. 3º do Ato Complementar nº 34, de 30-1-67, acrescentando o § 4º ao art. 58 do CTN, principiou a impedir consenso a respeito de sua inclusão na imunidade ⁽¹²⁴⁾.

A matéria, em face desse preceito, foi objeto de debate no plenário do Supremo Tribunal Federal, levantada a discussão acerca do tema central que consistiu em saber se pode estado-membro exigir do Instituto Brasileiro do Café (IBC) o imposto sobre suas operações ou se está ele protegido pela imunidade recíproca.

O Pretório Excelso, por maioria, se posicionou pela inaplicabilidade do AC nº 34/67, com a explícita aceitação de que a *venda* de café é serviço que inere às finalidades essenciais da autarquia, à precisa medida que, como controladora da sua comercialização, executa a política cafeeira nacional. E as ementas, nos respectivos acórdãos, assim ficaram redigidas:

“Imunidade recíproca. Venda de café pelo IBC.

1 — Está protegida pela limitação constitucional resultante da imunidade recíproca a operação de venda de café celebrada antes do Dec.-Lei nº 406/68, pelo IBC, por conta da União, como agente desta na política de comercialização externa daquele produto.

2 — No caso especial dessa operação oriunda de política da União Federal no controle do comércio exterior e do balanço de pagamento, a imunidade recíproca não foi afastada pelo art. 58, § 4º, do C. Trib. Nac., na redação introduzida pelo Ato Complementar nº 34, de 30-1-67.” ⁽¹²⁵⁾

Três mandados de segurança idênticos, o julgamento conjunto se prolongou por quase 6 anos, findando em 16-10-74. Não surpreende, assim, acabasse lembrada a norma do art. 6º, § 1º, III, do Decreto-Lei nº 406, de 31-12-68, até hoje vigente, que validou, como contribuintes do ICM,

“os órgãos da administração direta, as autarquias e empresas públicas federais, estaduais ou municipais, que

(125) MMSS 18.809, 18.991 e 19.097, todos do DF, relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, em 16-10-74 (in: RTJ, 77/709, 727 e 745).

vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.” (126)

Instrumento legal baixado com base no § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5/68, sua legitimidade, contestada, de início, pela inexistência, na Carta à época em vigor, de preceito que provesse a instituição de novas categorias de contribuintes, se tornou indiscutível graças ao princípio da recepção em matéria constitucional: sobrevindo a Emenda nº 1, de 1969, o disposto no art. 23, § 4º, supriu a omissão, passando o diploma a contar com a eficácia da lei complementar nele referida (127).

A simples circunstância de que, no Supremo Tribunal Federal, o dispositivo de 1968 só veio à baila em 1974 — e como extensão de fundamento — confirma que a questão da validade do Decreto-Lei nº 406/68 ficou suplantada.

Por isso, ao término do mesmo ano e ainda a título de convicção defendida sem o comprometimento colegiado, o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO reafirmava, à margem do argumento principal desenvolvido para solver o tema então em debate, o entendimento vencido que, na qualidade de relator primitivo, sustentara no MS 19.097-DF (128).

Desta feita, decidindo a 1ª turma pela incidência do ICM nas vendas procedidas pelo Posto de Abastecimentos de Bicas, da Estrada de Ferro Leopoldina, deixou assinalado, como mero suporte de reforço, que:

“Ainda que a Rede Ferroviária Federal não fosse sociedade de economia mista, como é conceituada pela jurisprudência do Supremo Tribunal, estaria sujeita ao tributo em causa, *ex vi* do disposto no art. 6º, III, do Decreto-Lei nº 406/68, explícito em impor essa obrigação tributária aos órgãos da administração pública direta, bem como às autarquias e empresas públicas federais.” (129)

Todavia, a partir do dissídio de teses jurídicas, o Supremo Tribunal Federal, ao ensejo de nova decisão plenária, dissipou toda

(126) Desse modo votava o Ministro LEITAO DE ABREU, abonando, desde logo, a inexistência de incompatibilidade com a regra que substituiu o § 4º acrescentado ao art. 58 do CTN pelo A.C. 34/67 (in: *RTJ*, 77/720, 738 e 761).

(127) COSTA, Alcides Jorge. *ICM na Constituição e na lei complementar*. São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1978, p. 142; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito constitucional* (...), cit., pp. 162-3.

(128) In: *RTJ*, 77/747.

(129) RE 79.413-MG, em 12-11-74 (in: *RTJ*, 72/278-80).

a dúvida acerca da previsão do Decreto-Lei nº 406/68, assentando, em aresto assim ementado:

“A atividade exercida pelo IBC, que é uma autarquia, quando compra e vende café, diz respeito às suas finalidades essenciais, e conseqüentemente abrangida pela imunidade tributária do art. 19, § 1º, da Constituição Federal. O art. 6º, § 1º, nº III, do Decreto-Lei nº 406/68, só pode ser aplicado se harmonizado com o princípio da imunidade constitucional.

RE conhecido e provido. (130)

Assegurada a imunidade das operações governamentais de *venda do café*, celebradas *depois* do Decreto-Lei nº 406/68, em julgamento posterior, o do RE 95.885-MG — anteriormente referido, os mesmos fundamentos foram reiterados para prover pretensão do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA).

Diante da paridade com a situação jurídica do IBC (competência para, na execução da política cafeeira nacional, controlar a comercialização do café), o Plenário, embora por maioria de votos, também identificou, na atividade de venda de álcool, em destilaria própria, a imprescindível vinculação à finalidade essencial do IAA — a execução da política agroindustrial açucareira do Brasil —, estando, igualmente, abrangida pela imunidade tributária do art. 19, § 1º, da Constituição da República (131).

(130) RE 88.625-PR, decidido com o voto condutor do Ministro CORDEIRO GUERRA, em 22-2-79, por unanimidade de votos (in: *RTJ*, 89/614). Ausente o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE da sessão final de julgamento, convém registrar que, no RE 81.740-SC, do qual foi relator, o mesmo plenário, em 5-11-75, havia decidido que “o Sesi é contribuinte do ICM, *ex vi* do disposto no art. 6º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68.” Em seu voto, destacou o seguinte tópico do proferido pelo Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, no RE 75.505-PR (in: *RTJ*, 65/575): “Parece-me certo que o ICM não grava o patrimônio, nem as rendas, nem os serviços do Sesi. Ele recai sobre a comercialização de bens de consumo e é, na verdade, pago pelo consumidor. Se as próprias agências governamentais, sem exceção, estão sujeitas ao pagamento do ICM, não vejo como possa o Sesi liberar-se dessa imposição, qualquer que seja a conceituação jurídica dessa entidade” (in: *RTJ*, 76/302-3).

(131) Relator o Ministro CORDEIRO GUERRA, em 5-5-83 (in: *RTJ*, 107/1097). Aliás, em relação à receita dessa autarquia, mas fundadas na imunidade do art. 19, III, *a*, da Constituição Federal, ambas as turmas já tinham firmado entendimento no sentido de que a contribuição paga pelo usineiro ou produtor, para custeio de seus serviços (Decreto-Lei nº 308/67, art. 3º), é insuscetível de integrar a base de cálculo do ICM: RREE 68.979-SP, relator o Ministro ANTÔNIO NEDER, 2ª Turma, em 9-6-72 (in: *RTJ*, 62/359) (“Por sua natureza e por seu objeto, tal contribuição compõe o serviço público para cujo custeio foi instituída, senão que se confunde com ele (...) Que o serviço executado pelo IAA é serviço público federal, não se pode negar”); e 94.618-PE, relator o Ministro SOARES MUÑOZ, 1ª Turma, em 23-6-81 (in: Ementário 1.220-1, fls. 553).

Vê-se, dessa sorte, que, a par da natureza do produto, a quebra do consenso verificado na decisão-paradigma foi a novidade jurisprudencial efetivamente significativa. Antecipando a sua vez, o Ministro DÉCIO MIRANDA, ao votar vencido, observou:

“Deu-se, no caso, como fundamento da imunidade do Instituto do Açúcar e do Alcool, em relação ao ICM do álcool que produz, situação similar à que ocorreria em relação a outras autarquias federais, que também produzem determinada mercadoria, para cujo fomento são instituídas, mas que o fazem somente em caráter experimental ou demonstrativo.

Fundou-se essa imunidade, segundo ouvi do eminente relator e das decisões precedentes, no art. 19, inciso III, letra *a*, da Constituição, segundo o qual “é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal, e aos municípios instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros”.

Este sistema, estas expressões constitucionais, têm sua contrapartida, seu reflexo, no Código Tributário Nacional, elaborado a partir da reforma que resultou na Constituição de 1967.

Impostos sobre o patrimônio e a renda são os definidos no Capítulo III do Título III do Livro Primeiro do Código Tributário Nacional; sobre os serviços, os de que cuidam as Seções V e VI do Capítulo IV do mesmo Título.

Já o imposto sobre a circulação de mercadorias em nenhum daqueles pressupostos incide — o patrimônio, a renda, ou os serviços.

É, em essência, um imposto de consumo, pois recai sobre o consumidor final, sucessivamente trasladado pelo produtor ao atacadista, por este ao varejista, que, por sua vez, o carrega ao consumidor.

Não está, visivelmente, compreendido na imunidade recíproca. *É isto porque a imunidade não se traslada na cadeia da circulação.*

.....

O Instituto do Açúcar e do Alcool ou outra autarquia qualquer que produza, eventualmente, uma determinada mercadoria, há de pagar o imposto sobre circulação de mercadorias. Este pagamento não significa sobrecarga, ou

detrimento, ao patrimônio da autarquia. Por quê? *Porque é imposto que se traslada ao comprador. Cada comprador recebe a mercadoria com o imposto acrescido e tem o direito de, sucessivamente, nas operações subseqüentes, ir acrescentando sua parcela do imposto.*

.....

Na verdade, quem paga este imposto não é quem produz, é quem consome. Então, se um determinado elo da produção, ou da circulação, é isento deste imposto, o que está acontecendo, na verdade, é que ele está se beneficiando de favor que não se converte em proveito do barateamento final do produto. *A parcela, que caberia ao Estado, é aproveitada como crédito ficto do intermediário ou do revendedor, e o preço final não reflete o benefício.*

....." (132)

Quanto ao primeiro ponto grifado, diversa já era a orientação da Suprema Corte, desfavorecendo, por conseguinte, a limitação reeditada pela classificação dos impostos prevista no CTN (133). Da mesma maneira, desautorizada se encontrava a invocação do aspecto respeitante à trasladação do imposto ao comprador, porquanto, em julgados mais recentes, posta a repercussão econômica do tributo (para alcançar o contribuinte de fato), fora ela repelida, entendendo-se que a relação jurídica tributária se estabelece, apenas, entre o poder tributante e o contribuinte legal ou responsável (134). Em relação ao último fundamento em destaque, o Ministro

(132) In: *RTJ*, 107/1102-4.

(133) Decisões de ambas as turmas referidas no item 10 deste capítulo. Recorde-se que, no RE 89.173-SP (nota 27), o Ministro DECIO MIRANDA, estando em causa o imposto de importação, havia sustentado — vencido, por igual — idêntico critério.

(134) HUGO DE BRITO MACHADO, examinando, no seu *Curso de direito tributário*, (3ª ed. Rio, Forense, 1986, pp. 223-4, o art. 6.º § 1.º, III, do Decreto-Lei nº 406/68, assevera, com toda a propriedade: "Pouco importa se esses órgãos, ao vender mercadorias, transferem o ônus do imposto a terceiros. A relação jurídica tributária se instaura entre o fisco e o contribuinte de direito, vale dizer, aquele a quem a lei atribui essa condição de contribuinte, porque ligado, diretamente, à situação que constitui fato gerador do tributo. O chamado contribuinte de fato é estranho à relação de tributação. O órgão da administração pública direta é imune, logo não pode ser obrigado a pagar o ICM. Aliás, o argumento de que ele transfere o ônus do imposto ao comprador é inteiramente inaceitável, porque, se prevalecesse, também o inverso deveria ser verdadeiro, isto é, quando um órgão da administração pública efetuasse uma compra, o comerciante vendedor não deveria pagar o ICM porque afinal quem suporta o ônus deste é o comprador, que é imune."

DÉCIO MIRANDA, ao contrário, se colocou condicionado pela realidade de acórdão do Pleno, precedente que também não contara com o seu apoio.

Esse, portanto, o dado do tratamento da matéria que permite expressar a posição que o Supremo Tribunal Federal adotou em face do princípio da não-cumulatividade, antes da exceção criada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1985 (Constituição da República, art. 23, II; e Decreto-Lei nº 406/68, art. 3º).

Preliminarmente, parece intuitivo que referência alguma ao IPI se tenha feito necessária no domínio da imunidade tributária recíproca. No entanto, mesmo inexistente condição prévia para envolvê-lo (135), o ângulo de igualação com o ICM — impostos plurifásicos e não cumulativos, suscetíveis de serem colhidos pela vedação — autoriza se dê extensão à solução para o problema do aproveitamento do crédito fiscal, em virtude justamente da intercalação de ente imune no sucedimento que lhes é próprio.

A citada decisão plenária, proferida nos ERE 92.766-RJ (136), ao definir o exato sentido da Súmula nº 571 (137), afirmou, por maioria de votos, o direito das torrefadoras de café, em *revenda* no mercado interno, ao crédito do ICM *recolhido* por ocasião da *compra* do produto pelo IBC.

Resumindo o entendimento majoritário, disse o Ministro RAFAEL MAYER, relator:

“Justo porque é da substância desse imposto, servindo-lhe de base de cálculo, o valor agregado ou acrescido, que se presume ocorrente em cada operação, parece-me dificultoso admitir que a venda feita pelo IBC ao consumidor, em módulo inferior ao da compra e sem acréscimo de valor — mesmo que o IBC não estivesse revestido da imunidade que no ponto a construção jurisprudencial lhe conferiu — pudesse servir de suporte para o abatimento

(135) Em tese, residiria ela na eventualidade legítima de as pessoas jurídicas de direito público, como contribuinte *de iure* (vendedoras, vale dizer) e sem afronta ao princípio da subsidiariedade inscrito no art. 170, § 1º, da Constituição da República, operarem processo de transformação física, química, mecânica ou técnica, que redundasse, *para consumo*, “produto industrializado” final (CTN, arts. 46, II e parágrafo único e 51, II e III).

(136) Julgado em 16-9-82 (in: RTJ, 100/1248).

(137) Súmula nº 571: “O comprador de café ao IBC, ainda que sem expedição de nota fiscal, habilita-se, quando da comercialização do produto, ao crédito do ICM que incidiu sobre a operação anterior.”

de montante na operação que sobrevém, se em si mesmo não representa um valor impossível.

Assim é que a solução dada pelo acórdão paradigma, que tenho como condizente com o sentido da Súmula número 571, se impõe como decorrência da própria natureza do tributo em causa, pela sua sucessividade e não cumulatividade sob o critério do valor acrescido, cabendo retroceder em busca da operação anterior que o suportou, para retirar dela a referência para o necessário abatimento na operação atual, toda vez que intermedeia um lapso ou hiato no curso da impossibilidade, em razão de operação por qualquer motivo isenta.” (138)

Manifestações discordantes não deixaram a descoberto nenhum aspecto da complexa questão. Assim, a expressão renovada do voto do Ministro DÉCIO MIRANDA, ao sustentar o acórdão embargado, de sua lavra:

“.....”

No caso concreto, essa cadeia se quebra num determinado momento, pela intromissão no círculo de comercialização, do Instituto Brasileiro do Café. Então, este fato, que é inteiramente anômalo, na teoria do valor acrescentado, tem de merecer uma consideração especial. Não se pode ignorar essa situação anômala, que a teoria não previu, de ocorrer, no ciclo da comercialização, que um determinado produtor, agente da comercialização, não acrescenta valor algum ao tributo e, pelo contrário — e

(138) In: RTJ, 100/1.256-7. O Ministro NÉRI DA SILVEIRA, concorrendo com o seu voto, situou a questão nesta linha: “Logra, a meu pensar, inteira pertinência, assim, defina este colendo Tribunal a exata compreensão da Súmula nº 571, no que respeita ao crédito do ICM que incidu sobre a operação anterior. No exame da controvérsia, não compreendo se possa considerar senão o valor do ICM efetivamente pago, e não aquele que constituiria objeto de pagamento pelo vendedor, na hipótese de não ser imune o IBC (...). Compreendo que a norma do art. 3º do Decreto-Lei nº 406, de 1968, não autoriza a conclusão do acórdão embargado, quando admite, como valor a ser abatido, por *fictio juris*, aquele que o IBC recolheria se imune não fosse. É que, em verdade, o art. 3º do diploma aludido, ao reafirmar o princípio constitucional da não-cumulatividade, estabelece abatido, em cada operação, “o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou outro Estado”. A meu entender, não se há de dar abatimento de imposto não pago. Nem guarda maior relevo, outrossim, *data venia*, o argumento posto no aresto embargado, consoante o qual o IBC vende às torrefadoras o produto por quantia inferior à da aquisição do produtor. O de que se cogita, a propósito da não-cumulatividade, não é o preço da mercadoria, mas o tributo efetivamente pago. A torrefadora há de fazer inserir, na sua escrituração, determinado quantitativo a título de abatimento e este cumpre ser certo e documentado, não por mera *fictio juris*. A base de cálculo para o crédito do ICM não pode ser *fictícia*” (pp. 1258-9).

esta é a maior anomalia, que normalmente não ocorre nas operações comerciais e industriais — que a operação subsequente não tenha valor acrescentado mas valor subtraído, pelo subsídio governamental via IBC. Normalmente, a não ser quando o comerciante vende com prejuízo, há sempre um *quantum* de valor acrescentado.

.....

Digo que esta operação é toda peculiar e tem de ser vista de uma maneira peculiar, e a maneira peculiar de vê-la, que, no meu entender, está nos acórdãos, que consideraram o assunto, e na Súmula, que os compendiou, e é justamente a incidência ficta no valor exato daquela operação que o IBC realizou. E acrescento mais, que o problema não existiria, se o IBC praticasse normalmente a operação e vendesse, ao menos, pelo mesmo preço pelo qual comprou. Ninguém tem um desconto de 15% que represente, na verdade, 20 ou 30%, porque 15%, sobre um valor que não existe, quando se comprou por menos desse valor, não são 15%. Então, é um desconto privilegiadíssimo, que nenhum outro comerciante ou industrial tem em qualquer outra cadeia sucessiva de operações comerciais.

O que se quer, em verdade, e a Súmula admite, é que se calcule um imposto teórico sobre o preço, como se fosse a primeira operação sobre um determinado produto. A primeira operação sofre, então, o imposto original de 15%. Essa operação do IBC passa a ser considerada primeira operação, do ponto de vista teórico e legal, e sobre ela é que se deve imaginar um imposto capaz de ser deduzido, o que já é até um favorecimento a mais do torrefador, a quem se deu um abatimento e se dá outros que não se previu, o imposto que não se pagou. Essa concessão da Súmula e dos acórdãos já é extraordinariamente favorável aos torrefadores. Quer dizer, imagina-se que eles possam aproveitar-se de imposto que, na verdade, não foi pago delo IBC.

.....” (139)

E do pronunciamento do Ministro MOREIRA ALVES, arrematando a discussão, estes passos que bem marcam a orientação adotada:

“(...) não deveria haver crédito algum de ICM em favor do torrefador, pois — o que não foi previsto pelo

(139) In: RTJ, 100/1261-3.

constituente nem pelo legislador ordinário, que se ativeram apenas à hipótese comum de cadeia de operações integrantes de um único ciclo econômico de valores que são aumentados por agregação à medida que as operações se realizam — com a intromissão do IBC nessa cadeia de vendas e de revendas, esta se rompe em duas distintas: a entre o produtor e o IBC, e a entre o IBC e o torrefador, que irá dar margem a um novo ciclo econômico, desligado do anterior pela baixa do valor da operação em razão, *não do interesse comercial do IBC* (como sucederia se este assim agisse para, por exemplo, enfrentar concorrentes), mas sim do interesse público relativo à comercialização do produto, com reflexos, inclusive, nas operações internacionais de que captamos divisas.

Sucedo, porém, que esta Corte, por não haver — pelo menos é esse o meu entendimento — considerado esse aspecto, veio a firmar o entendimento cristalizado na *Súmula 571*, onde se alude a *operação anterior*.

O Sr. Ministro DÉCIO MIRANDA, no voto que integra o acórdão embargado, tentou compatibilizar o enunciado da súmula com o aspecto do problema que trouxe à calva, e se orientou, então, no sentido de criar uma ficção: a operação anterior seria a realizada entre o IBC e o torrefador, operação essa que, embora imune ao ICM, se consideraria para o efeito do crédito tributário, como se imunidade não tivesse havido.

A falha dessa solução — reconheço-o, agora — está em que esse entendimento cria ficção sem lei. Foi, é certo, uma solução de conciliação, em face da existência da súmula.

Hoje, à vista do debate que se trava no julgamento destes embargos, não votaria nem de acordo com o acórdão embargado, nem em conformidade com o trazido a confronto para a demonstração da divergência, e isso porque a solução correta me parece seja a de considerar-se que, com a interferência do IBC, se quebra a cadeia de circulação da mercadoria, razão por que, em operação posterior, não há direito a crédito de tributo pago no ciclo econômico anterior.

.....” (140)

(140) In: *RTJ*, 100/1264-5.

Definidas e fundamentadas as posições antagônicas e a intermediária, quer parecer que, antes da edição da Emenda Constitucional nº 23, de 1983, a conclusão majoritária do Supremo Tribunal Federal, recebendo os Embargos, superou qualquer impasse: àquela época, 1982, decidiu em estrita observância a princípio contemplado no art. 23, II, da Constituição da República, cuja essência desmerecia fundamento calcado em exigência legal.

Outra a redação do dispositivo constitucional, a atenção acaba concentrando-se na restrição introduzida: "... A *isenção* ou *não incidência*, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito do imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes;"

Inserida no conjunto de reajustes do sistema tributário, a curiosa causa declarada da inovação (que teve origem na Proposta de Emenda à Constituição nº 39) foi "delimitar a abrangência do princípio da não cumulatividade, para evitar o surgimento de controvérsia na interpretação do ICM", como dá correta notícia o consignado na etapa dos trabalhos parlamentares preparatórios (141).

O certo, contudo, é que o teor da redação vigente, pelo menos em princípio, não produziu o anunciado efeito. Mencionadas a isenção e a não incidência, é ela, sim, que pode, com essa inclinação, gerar outras polêmicas, como a em torno, após o seu advento, da validade dos termos sumulares do verbete de nº 571.

De um lado e à primeira vista, a imunidade, na pureza dos conceitos doutrinários, poderia, sem exagero, ser considerada excluída de seu alcance, persistindo intangível o entendimento mais recente do Excelso Pretório, que lhe deu nova feição.

Na verdade, porém, parece mais defensável a sua abrangência, tendo o constituinte derivado cometido outra impropriedade terminológica, ao empregar a expressão "não incidência" em sentido despojado de rigor jurídico.

A essa conclusão se chega — suplantada, pois, a Súmula 571 — pela dificuldade em conceber, na sucessão da cadeia do ICM, a possibilidade de ocorrência de operação qualificada como tal, o que importaria, em última análise, a inocuidade da alusão à figura da não incidência.

(141) In: DCN, 24-11-83, p. 2511.

20. Vindo a lume, a 18-9-86 ⁽¹⁴²⁾, o documento apresentado pelos membros da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, o seu exame passou a ser o fecho obrigatório do alentado caminho também percorrido com o fito de levantar os problemas que a vedação tem suscitado no Excelso Pretório.

Sob certo aspecto, o trabalho não deixa de causar certa frustração à expectativa em torno dele criada, exceto se se entender que a questão constitucional, no concernente à imunidade recíproca, não apresenta maiores dúvidas, à qual corresponde, plenamente, a previsão em vigor.

Para não dizer que a identidade é absoluta, a proposta se limitou a acrescentar, ao lado das autarquias, as fundações públicas, quase uma superfetação inadmissível, pois somente fez transparecer, às expressas, o entendimento, aqui, igualmente, sustentado, da sua abrangência, a independer de explicitação (art. 135, III, *a*, e parágrafo único).

Mais do que nunca, portanto, a discussão do tema permanece franqueada.

III — Imunidade dos templos de qualquer culto

S U M A R I O

21. *Fundamento e sentimento da expressão "qualquer culto".* 22. *Sua extensão.* 23. *A proposição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais.*

21. A imunidade prevista na alínea *b* da norma constitucional (art. 19, III) abrange "os templos de qualquer culto". Primeira dos tipos de imunidade *política*, introduzidos pela Constituição de 1946, seu fundamento decorre da segunda parte do § 5º do art. 153 da Constituição da República, na qual se consagra o direito fundamental da *liberdade de culto*.

Como exteriorização de uma das formas de liberdade do pensamento, convém notar que o culto religioso não se antepara com resistência constitucional, desde que as manifestações de vene-

(142) In: *DO*, 185, suplemento especial, 26-8-86.

ração à divindade não acarretem comoção da ordem pública ou contrariedade aos bons costumes.

Mantendo, pois, a neutralidade do Estado e, especialmente, assegurando às minorias da sociedade o livre professar dos seus preitos religiosos, prudentes se apresentam as restrições apostas ao seu exercício, porque, não se podendo conceber culto que não cultive, primordialmente, sua expansão, eventuais práticas atentatórias poderiam redundar na negação da própria garantia individual, mediante ruptura de outros valores políticos igualmente impreteríveis.

Deste modo, entendendo-se — como é óbvio — à margem da expressão “qualquer culto” toda exteriorização que dê causa à perturbação da paz social ou afronte os bons costumes (143), a possível dificuldade em determinar a inteligência do art. 19, III, b, acaba por residir no conceito de “templo”.

Antes, contudo, de seu exame, vem a calhar célebre acórdão (144) do Pretório Excelso, no qual se debateu questão das mais delicadas, relativa à sujeição do livre exercício dos cultos religiosos à ordem pública, aos princípios que a mantêm e ao respeito dos direitos de outrem.

No caso, impetrado, em 1949, pelo Chefe da Igreja Católica Brasileira contra ato do Governo que proibira o culto público em seu templo (impedidos, pois, os fiéis de a ele comparecerem, sob o fundamento de que da sua prática advinha manifesta confusão com os costumes e solenidades externas da Igreja Católica Apostólica Romana), o seu relator, Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA, para indeferir o *mandamus*, admitiu que

“se o poder público, apreciando fatos, entender indispensável sua ação de polícia para impedir o excesso de liberdade, pode empregá-la em detrimento dos que, usando dessa liberdade, forem de encontro à tranqüilidade, à ordem, perturbando os direitos de terceiros.”

Considerando, afinal, o mandado de segurança como impróprio ao fim colimado — no que mereceu a adesão da maioria do

(143) “A ordem pública é um estado que se caracteriza pela possibilidade de desempenho das atividades normais pelos membros da comunidade” e “bons costumes são aqueles que uma comunidade, por sua maioria, assim considera num dado momento” (conforme MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira*, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 593-4).

(144) Proferido no MS 1.114, de 17-11-49 (in: *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*, Ministro EDGARD COSTA, 1947/1955, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, v. 3, pp. 136-156).

Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES —, deixou claro, em seu voto, que

“a liberdade só lhe é negada naquilo que prejudica a liberdade do culto da Igreja Católica Apostólica Romana, naquilo que for igual ao desta Igreja, causando confusão, prejudicando sua missão, trazendo perturbação às suas práticas seculares e notórias. Porque nesse ponto, realmente, vai de encontro à *ordem pública* e às normas de direito que garantem a cada Instituição, a cada religião, o uso de seus ritos, o uso de suas insígnias, de suas características.”

Encarada, objetivamente, a manutenção das providências adotadas pela autoridade pública, pois, em última análise, é a liberdade de crença que é inviolável e o culto, sua *prática externa*, protegido e tutelado, interessando, logo, ao Estado, à sociedade, aos usos e costumes, ao consórcio civil, como bem observado pelo Ministro OROSIMBO NONATO, o seu desfecho autoriza concluir que a restrição então aposta ao culto público da Igreja Católica Apostólica Brasileira — evitar má distribuição dos cultos, por amor da ordem e da proteção que todos, indistintamente, merecem —, se também bisada sob a égide do texto constitucional em vigor, implicaria o não reconhecimento da imunidade tributária, por contrariedade ao art. 153, § 5º, *in fine*, da Constituição da República.

22. Estatuída de maneira que tem ensejado dissensão, doutrina e jurisprudência assinalam, comumente, a dificuldade em estabelecer qual seja a sua extensão.

A orientação dominante, contudo, é a que sustenta entendimento restritivo da previsão constitucional ⁽¹⁴⁵⁾, inclusive do Supremo Tribunal Federal, desde a Carta de 1946 (art. 31, V, b), conforme o decidido no RE 21.826-DF ⁽¹⁴⁶⁾.

Para afirmar a incidência do imposto predial, o relator, Ministro RIBEIRO DA COSTA, teceu estas considerações:

“A imunidade estatuída no art. 31, nº V, letra b, da Constituição, em favor da recorrente, é limitada, restrita,

(145) É a posição de PONTES DE MIRANDA, para quem somente os templos, como locais onde se realizam os cultos, são imunes (in: “*Comentários (...)*”, t. 2, p. 425). Dela diverge o Ministro ALIOMAR BALEIRO, cuja lição abarca tudo quanto vinculado ao exercício do próprio culto: “a imunidade relativa aos templos de qualquer culto só produzirá todos os frutos almejados pela Constituição se for interpretada sem distinções sutis nem restrições mesquinhas” (in: *Direito tributário (...)*, p. 88, e *Limitações (...)*, p. 182).

(146) 1ª Turma, em 2-7-53 (in: *Revista de Direito Administrativo*, v. 50, out./dez. 1957, pp. 84-6).

sendo vedado à entidade tributante lançar imposto sobre *templos de qualquer culto*, aos bens imóveis pertencentes à Irmandade da Glória, ora recorrente, não se estende a isenção em apreço, pois a eles não se refere, expressamente, a preceituação constitucional. Essa é restrita, inampliável, eximindo da tributação apenas os *templos*. Não, assim, a todos os bens imóveis da Irmandade. Se esta os possui, deve pagar os respectivos tributos que apenas não incidem sobre o templo, a saber a Igreja, o seu edifício, e dependências.

Um lote de terreno, isolado, não se pode considerar o solo do edifício do templo.”

Nessa decisão houve referência à questão da interpretação das imunidades que merece reserva, sem chegar, todavia, a comprometer a sua conclusão. Com efeito, a ressalva se impõe, pois não procede “a linha de princípios geralmente aceita, qual seja a de que as imunidades, como as isenções, são de caráter restrito e por isso mesmo expressas, não comportando, nesse caso, senão excepcionalmente, a inteligência extensiva por força de compreensão”.

De qualquer sorte, evidenciado que não estava o lote compreendido nem sequer entre as dependências do templo, deveria, como o foi, ser alvo de lançamento do imposto pela autoridade tributária competente, porque “imóvel distinto com características próprias, isolado do templo”, sem destinação imprescindível à realização do culto, como naquelas hipóteses aventadas pelo Ministro NELSON HUNGRIA, em seu voto, “o espaço destinado ao adro ou à aglomeração de fiéis, em dias de festas religiosas ou de cerimônia que atraem grande número de fiéis”.

Já à luz da Constituição vigente, idêntica solução foi tomada no RE 85.139-SP ⁽¹⁴⁷⁾. Sob o prisma fático, tratava-se, igualmente, de terreno, mas com prédio em construção. O Ministro THOMPSON FLORES, relator, reconhecendo que “no imóvel não funciona, nem o templo, nem a casa paroquial”, concluiu pela sujeição da Paróquia de São Sérgio Radonejski ao imposto territorial urbano.

Por último, vale aludir à Representação nº 937-RJ ⁽¹⁴⁸⁾, cujo acórdão teve como inconstitucional parte da norma contida no art.

(147) 2ª Turma, em 27-8-76 (in: Ementário 1.034-3, fls. 835).

(148) Relator o Ministro CUNHA PEIXOTO, Pleno em 9-11-77 (in: Ementário 1.197-1, fls. 88/320).

16, VII, b, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, promulgada em 23-7-75, que pretendeu reger a imunidade em causa *verbis*:

“Art. 16 — É vedado ao Estado:

.....

VII — instituir impostos sobre:

.....

b) os templos de qualquer culto *ou os serviços por eles mantidos, se a respectiva renda for aplicada exclusivamente na manutenção do próprio templo ou de suas obras assistenciais.*”

Para embasar a sua iniciativa, alegou o Procurador-Geral da República que o constituinte estadual, limitado pelo princípio da simetria ao padrão federal (Constituição da República, arts. 13 e 200), não seguiu o modelo restrito da regra superior análoga, extravasando os cotornos ali previstos — e que dizem respeito, unicamente, à prática do culto —, além de, com o emprego impróprio do termo “serviços”, ter originado restrição ao poder municipal de tributar.

Acolhida por maioria, vencidos os Ministros relator, XAVIER DE ALBUQUERQUE e LEITÃO DE ABREU, é conveniente, mais pela diversidade de fundamentação, reproduzir a trajetória dos votos proferidos.

O Ministro CUNHA PEIXOTO, entendendo não ocorrer, na hipótese, imunidade e, sim, isenção, concluiu, após invocar PONTES DE MIRANDA e ALIOMAR BALEEIRO:

“Na amplitude em que se encontra a letra b, inciso VII, do art. 16, passa a ser ele inconstitucional, principalmente, porque, realmente, estabelece uma isenção de ordem geral, invadindo a esfera de atribuições do Poder Executivo. Considero, assim, inconstitucional o nº VI e a parte ‘*ou serviços por eles mantidos, se a respectiva renda for aplicada exclusivamente na manutenção do próprio templo ou de suas obras assistenciais*’, esta de nº VII, ambos do art. 16.”

O do Ministro MOREIRA ALVES, concordando na conclusão, considerou que o dispositivo impugnado consubstanciava restrição à imunidade *irrestrita* estabelecida na Constituição da República, nestes precisos termos:

“Tendo em vista que a Constituição Federal não estabelece nenhuma restrição aos templos de qualquer culto

e, no caso, a Constituição estadual, com relação aos templos de qualquer culto, estabelece uma série de restrições, ao declarar que a imunidade não ocorrerá se a renda não 'for aplicada exclusivamente na manutenção do próprio templo ou de suas obras assistenciais', considero inconstitucionais todas as expressões restritivas."

Em manifestações expressas, acompanharam-no os Ministros CORDEIRO GUERRA e ELOY DA ROCHA, aquele salientando que os templos indicados na letra *b* do inciso III do art. 19 da Constituição são no sentido *material* ("distingo bem entre o edifício, a sede do culto e os exercícios das atividades do Vigário ou Ministro protestante") e este, prescindindo da consideração de tratar-se, ou não, de restrição — ou até mesmo de ampliação do princípio constitucional —, opinou no sentido de que

"o que é certo, e bastante para o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, é que ele não se harmoniza com a norma da Constituição Federal, a que o Estado se deve subordinar."

Efetivamente vencidos, pois, os pronunciamentos dos Ministros XAVIER DE ALBUQUERQUE e LEITÃO DE ABREU, um em parte e o outro na sua totalidade.

Aderindo a um dos fundamentos aduzidos pelo relator, o Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE pautou o seu voto pela partição da matéria, para, de um lado, considerar inconstitucional parte da norma que, a seu ver, representava ampliação da imunidade ("o que na verdade ela faz é assegurar a imunidade constitucional federal e lhe acrescentar outra: é ampliá-la, estendê-la também aos serviços quando sua renda for aplicada na manutenção do templo ou culto.") e, por isso, extrair a violação do art. 18, § 1º, da Constituição da República ("Parece-me que o constituinte estadual não poderia fazê-lo [instituir imunidade paralela] porque, de algum modo estaria regulando as limitações constitucionais ao poder de tributar (...)); de outro — e aqui o ponto onde residiu a sua divergência —, considerou constitucionais as expressões finais da mencionada alínea, "ou de suas obras assistenciais", cujo fulcro deslocou para a alínea *c* do inciso III do art. 19 da Constituição ("Se não fosse pelo fato de ser templo de culto, a própria índole do serviço assistencial iria buscar, na letra subsequente, a imunidade prevista pela Constituição Federal").

Já o Ministro LEITÃO DE ABREU, para rejeitar, por inteiro, a arguição de inconstitucionalidade, considerou que a primeira parte da norma constitucional estadual — "os templos de qualquer culto"

— é meramente repetitiva do preceituado na Constituição da República, art. 19, III, b. No mais, também não vislumbrou óbice ao estipulado, uma vez que, tratando-se de *isenção*, se cuidou de salvar de imposto serviços e obras assistenciais, que os templos porventura venham a instituir. E, assim, finalizou o seu voto:

“Imunes os templos de carga tributária, quanto aos serviços que lhes sejam essenciais, que correspondam à sua natureza, podem, não obstante, estar sujeitos a tributos em relação a outros serviços que venham, acidentalmente, a prestar, ao libertá-los do imposto sobre tais serviços, a Carta Estadual estatui *isenção*, cuja outorga não ofende preceito constitucional da União.”

A simples averiguação de abalizadas opiniões divergentes — e, frise-se, mesmo entre os Ministros que formaram o entendimento majoritário, cada qual com fundamentação díspar das demais — ratifica o alto grau de inconvergência a respeito do tema.

Que o dispositivo afinal inquinado de inconstitucionalidade procurou veicular imunidade, dúvida não cabe pairar, porque está dito no art. 16, VII, da Constituição do Rio de Janeiro que “é vedado ao estado instituir impostos”.

Por isso, quer parecer, *data maxima venia*, que o melhor desate da questão demandaria, primeiro, reflexão sobre a permissividade, ou não, de as constituições estaduais disporem acerca da imunidade no âmbito estadual e municipal, para, em seguida, adequá-la ao conceito de “templo” que se reputa legítimo, consoante o espírito que informa a regra análoga superior, da Constituição da República.

Como toda imunidade é vedação constitucional ao poder de tributar, afigura-se tranqüilo que somente ao *poder constituinte* cumpre estabelecê-la. Com efeito, é o próprio fundamento lógico do poder constituinte, perceptível de maneira translúcida em relação a constituição rígida, como a nossa, que autoriza a categórica assertiva, à medida que não há como negar o reconhecimento de um poder — detentor da competência das competências, segundo salienta SOUTO-MAIOR BORGES⁽¹⁴⁹⁾ — capaz de fixar regras constitucionais superiores àquelas erigidas conforme a Constituição.

Existindo, então, um poder *anterior* e *inicial* e tendo em vista a natureza fundamental do poder de tributar, *poder*, em última análise, de *dispor sobre competência*, não se tem como admitir a

(149) *Isonções tributárias*, 2ª ed. São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 1980, p. 185.

possibilidade de criação de limitações a esse *mesmo* poder que não aquelas plasmadas pelo Poder Constituinte, cuja superioridade, como bem assinala MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO⁽¹⁵⁰⁾,

“deriva de terem uma origem distinta, provindo de um poder que é ponte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes e limitando-lhes a competência.”

Tanto é verdade que PONTES DE MIRANDA, ao comentar o art. 18, § 1º, da Constituição da República, enfatiza que, mesmo quando o mencionado dispositivo diz que pode constar de lei complementar a regulação das “limitações constitucionais do poder tributário”,

“com isso não abriu as portas a limitações pela União no tocante à tributação: o que se permitiu foi regularem-se as limitações constitucionais do poder de tributar, isto é, limitações que constem da Constituição e não estabelecerem-se limitações extraconstitucionais. *Regular limitação constitucional não é criar limitações, porque, aí, seria o legislador, e não o Congresso Constituinte, que limitaria.*”⁽¹⁵¹⁾

Vê-se, pois, que há impossibilidade de a matéria, reservada ao Poder Constituinte, ser regulada de modo diverso pelas Constituições Estaduais — salvo configurando *bis in idem* para facilitar o trabalho do intérprete —, não se admitindo, em consequência, falar em imunidades de direito constitucional estadual e, muito menos, naquelas que venham a atingir impostos municipais.

Diante do exposto, cabível, positivamente, a colocação centrada no cotejo do preceituado no art. 16, VII, b, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro com a norma do art. 19, III, b, da Constituição da República, em relação às quais deve imperar absoluta teleológica.

Mesmo sem pretender negar ou diminuir a excepcional relevância da conformação pragmática da norma constitucional em questão, resultante de inegável *política* de vedação da concretude da competência tributária, não se afigura plausível, em nome de maior fortalecimento do princípio matriz — o da liberdade de culto —, dar-lhe espaço ilimitado, a título de preencher a sua finalidade teleológica.

(150) *Curso de direito constitucional*, 12ª ed. Saraiva, 1983, p. 20.

(151) *Comentários* (...), cit., t. 2, p. 384.

Em verdadeiro rigor, à dimensão dada pelo constituinte brasileiro não pode deixar de repercutir a omissão em relação a outros elementos de definição, que fez certos na previsão da imunidade subsequente.

Portanto, na área delimitada pelo texto constitucional, a busca da *intentio legis*, para realizar a regra de interpretação aplicável na matéria, leva ao reconhecimento da imunidade quando se tratar de casa paroquial — que RUY CIRNE LIMA reputa *peritencia-imóvel* do templo ⁽¹⁵²⁾ —, e, no máximo, de bens móveis que, não raro, se prestam a templo, consoante exemplos lembrados por ALIOMAR BALEEIRO ⁽¹⁵³⁾.

No mais, nem com a maior benevolência estudiosa é possível acomodar os seminários e conventos, muito menos as atividades praticadas nos templos, embora com a finalidade da sua prestação, como já sustentado por CELSO BASTOS ⁽¹⁵⁴⁾, bem assim operações comerciais (venda de objetos litúrgicos efetuadas no âmbito da igreja) e rendas porventura auferidas em decorrência da prestação de serviços (administração de sacramentos ou celebração de culto).

23. Confirmada a inviabilidade de orientação ampla, é mister preconizar a adoção de conceito que não redunde no esmaecimento da garantia assecuratória da liberdade de culto.

Também aqui, plenamente insatisfatória a proposta da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, que assumiu, da mesma forma com o sucedido em relação à recíproca, posição de mero esclarecimento:

“Art. 135 —

.....

III —

.....

b) os templos de qualquer culto, e suas dependências adjacentes, indispensáveis ao pleno exercício das atividades religiosas;”

Inócua aos lindes do preceito em vigor e tendo em vista, ainda, que a questão não se apresenta resguardada de nenhuma dúvida, à proposição colhe redargüir com o afirmar a imperiosa necessidade de submetê-la a criteriosa revisão, para, tornando a imunidade de mais efetiva, salvar a validade do princípio constitucional.

(152) *Imunidade tributária*. In: *Revista de Direito Público*, 7(31), p. 208; ou do *Serviço Público*, 39(110-3), p. 85.

(153) In: *Imunidades e isenções* (...), cit. p. 77.

(154) *Imunidades dos templos*. In: *Revista de Direito Tributário*, 2(5), jul./set. 1978, p. 223.

A concepção cristã da propriedade e sua função social

A. MACHADO PAUPÉRIO

Professor Emérito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. O abuso do direito de propriedade. 2. A ordem natural da propriedade e o Código de Napoleão. 3. Origem da propriedade. 4. A propriedade privada e o direito natural. 5. A doutrina tomista. 6. Tancrede Rothe e a doutrina da propriedade de Santo Tomás. 7. A propriedade do supérfluo, na lição de Santo Tomás e de Georges Renard. 8. A limitação social da propriedade privada e a História. 9. A função social da propriedade e a Igreja. 10. Legitimidade da propriedade privada. 11. O destino comum de todos os bens e a generalização da propriedade privada. 12. O regime jurídico da propriedade no pensamento da Igreja. 13. A índole social da propriedade e o direito agrário. 14. A hipoteca social sobre a propriedade privada. 15. A expropriação dos latifúndios.

1. O abuso do direito de propriedade tornou-se, desde muito, fato notório em todo o mundo, prejudicando a milhões e polarizando, por isso mesmo, a atenção da própria Igreja.

O abuso desse direito, afinal, não é senão o uso desse direito ao arrepio da moderação que incumbe aos dados racionais, com desprezo do direito que daí pode resultar negativo para outrem.

Leis econômicas deterioraram o sistema de bens humanos, embora se saiba que “a ciência econômica é amoral por si própria: é o uso que fazem de suas leis que pode ser moral ou imoral”.

Entre os erros condenados por PIO IX, insertos no Syllabus, constam as seguintes proposições sobre a legitimidade absoluta dos bens materiais:

“VIII — não é preciso reconhecer outras forças senão as que residem na matéria, e todo sistema de moral, toda honestidade deve consistir em acumular e aumentar suas riquezas de toda maneira e em se consagrar aos prazeres;

IX — o direito consiste no fato material; todos os deveres dos homens são uma palavra vazia de sentido, e todos os fatos humanos têm força de direito;

.....
XI — uma injustiça de fato coroada de bom êxito não prejudica absolutamente a santidade do direito.”

2. De maneira geral, entretanto, a ordem natural da propriedade não deixou de ser confirmada pelo Cristianismo, como um **direito**, e não um **poder**, e como o fundamento material da família.

Como definiu TANCREDE ROTHE (ver *Traité de droit naturel théorique et appliqué de la propriété*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, première partie, p. 30), a propriedade é o direito de ter para si primeiramente.

ROTHE especifica: **primeiramente** e **jamaiz exclusivamente**. O direito de ter para si **exclusivamente**, do mesmo modo que **perpetuamente**, não existe.

A propriedade tanto pode ser legítima como ilegítima, dentro dos cânones do direito civil.

O vocábulo **propriedade** tem um sinônimo, embora menos usado que ele, que é o termo **domínio**. É verdade que uma coisa de medíocre importância merece o nome de **propriedade**, enquanto a palavra **domínio** não será usada para o caso, ainda que se trate de um imóvel.

Obviamente, não pode ser usado como sinônimo de propriedade o termo **posse**, embora, dentro da terminologia do direito romano e do direito francês, bem como dos códigos que lhes sofreram a influência, nem sempre a posse seja um poder de fato. O sentido técnico-jurídico da posse, entretanto, não nos interessa aqui.

Segundo o Código Civil francês napoleônico, em seu artigo 544,

“a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.”

Está claro que tal linguagem está sujeita a sérias críticas decorrentes da mentalidade individualista liberal da época.

3. Fazendo conjeturas sobre a gênese da propriedade, força é estudar-lhe as origens longínquas.

Tinha razão ADAM SMITH quando dizia que na cultura da terra a natureza trabalha com o homem e, ainda que esse trabalho nada custe, o que ele produz não tem por isso menos valor.

O trabalho, com a ajuda das forças naturais e da matéria preexistente, de que se serve, por intermédio da terra, gera o bem-

estar e a riqueza. A terra mantém-se sempre, porém, como a fonte por excelência dessa riqueza.

Sob outro ângulo, é de admitirem-se também riquezas que não procedem do trabalho, à guisa de utilidades gratuitas. Tais riquezas podem ser denominadas **de capital**, segundo o sentido geral deste, como causa de produção, ao lado do capital que sintetiza o trabalho acumulado. Tais utilidades gratuitas, por sua vez, entretanto, podem não ser sempre gratuitas entre os homens: adquiridas por um deles, por ocupação, são passíveis de ser alienadas por determinado preço.

A fertilidade da terra, aliás, independentemente das melhorias que passa a sofrer no curso do tempo, é sem dúvida uma riqueza natural. Razão tinham de certo modo os fisiocratas quando consideravam a renda agrícola como um dom gratuito da natureza.

Toda sociedade apresenta, nos seus primórdios, o fenômeno da ocupação da terra. Só depois, sucede-se, pouco a pouco, a transmissão regular, à guisa de troca, contra o fruto legítimo de qualquer tipo de trabalho.

Tanto quanto resulte a propriedade do trabalho humano, ela passa a ser objeto da apropriação individual. O homem, de certo modo proprietário de si mesmo, é-o também de seus bens materiais, de suas obras e das elucubrações de seu espírito.

4. As leis econômicas, ainda que relativas às relações dos homens entre si, como deixamos entrever, não representam meras aplicações das leis de justiça ou de caridade. Assim, a propriedade individual há de reger-se como a própria sucessão e a acessão pelos princípios racionais e morais decorrentes dos valores humanos.

A propriedade individual dos bens, venha ou não do trabalho, não é absolutamente de direito natural primário mas, sem dúvida, a propriedade privada não é contra a natureza. A terra, está claro, fornece ao homem, em abundância, tudo que é necessário à sua vida e ao seu aperfeiçoamento, mas dificilmente isso poderia dar-se sem a cultura e o trabalho humanos.

A Igreja não condena, mesmo doutrinariamente, as grandes fortunas. Ao contrário disso, só condena os abusos.

O que a Igreja reprova, a propósito das grandes fortunas, é a ilegitimidade de sua aquisição e de sua conservação, sem a respectiva função social, bem como, em última análise, a injustiça no domínio dos salários e dos preços, com a falta das contribuições sociais impostas sobretudo ao supérfluo.

Em termos candentes, a partir de Pio IX, condenou a Igreja a estatização da propriedade privada, embora reconheça a necessidade da socialização de certos bens, indispensáveis ao bem comum.

Pela propriedade privada dos bens, tomados mesmo como meios de produção, dizem muitos, encoraja-se o homem muito mais ao trabalho.

Falando dos primeiros convertidos, os Atos dos Apóstolos (cc. IV e V, 34-37) dizem que já não havia pobres entre eles: os que possuíam campos ou casas punham-nos à venda e partilhavam o preço de acordo com a necessidade de cada um.

Numa sociedade de cristãos da época, como ainda hoje nas ordens religiosas, onde se polariza o ideal religioso, foi possível o encorajamento ao trabalho dentro de um sistema de propriedade coletiva. Mas sê-lo-á hoje, numa sociedade profana, sem recorrer ao totalitarismo?

Diz-se que o pobre da sociedade capitalista é esporádico e comparativamente rico. Se isso pode ser de certo modo verdade nos países ricos, não o é de nenhuma maneira nos países pobres ou subdesenvolvidos.

Assim, a propriedade privada do capital constitui uma instituição normal e de nenhum modo accidental, para muitos, contra outros, como o ilustre benfeitor dos pobres, OZANAN, cuja doutrina ainda ecoa em nossos ouvidos:

“se a propriedade é um direito, é também um estado inferior e uma consequência da queda original.”

De qualquer maneira, a propriedade privada é uma realidade, que é mister aperfeiçoar.

Como diz a *Rerum Novarum*, se se reduzem as despesas e se chega a fazer algumas economias e se, para assegurar a conservação, realizou-se tudo isso num campo, é evidente que esse campo se tornou um mero salário transformado: o fundo então adquirido será a propriedade do artesão ou a própria remuneração de seu trabalho. Não consiste nisso realmente hoje o direito de propriedade mobiliária e imobiliária?

De certo modo, podemos afirmar que tal propriedade é um fato constante e universal, de todos os tempos e de todos os lugares.

5. No artigo primeiro da questão LXVI da 2a., 2ae., da *Suma Teológica*, SANTO TOMÁS pergunta se a posse das coisas exteriores é natural ao homem e responde afirmativamente. Relembrando o que se diz em Gênesis, I, “façamos o homem à nossa imagem e semelhança e que ele comande aos peixes do mar” etc., SANTO TOMÁS argumenta que as coisas exteriores são feitas para o homem, já que é mais perfeito que elas.

E, continuando, pergunta o santo doutor se é permitido a alguém possuir alguma coisa como lhe pertencendo privativamente, ao que responde *ipsis verbis*:

“Concernentemente a uma coisa exterior dois direitos competem ao homem, um dos quais é o poder de administrar e de distribuir; e quanto a isso é lícito que o homem possua em caráter privativo. E é também necessário à vida humana, por três razões. Primeiramente, porque cada um é mais solícito para administrar algo que lhe compete, que o que é comum a todos ou a muitos; porque cada um, fugindo ao trabalho, abandona a um outro o que incumbe a todos, como acontece em caso de multiplicidade de servidores. Em segundo lugar, porque as coisas humanas são reguladas com mais ordem, se a cada um são divididos os cuidados de algum bem a gerir; mas haveria confusão, se cada um indistintamente gerisse cada coisa. Em terceiro lugar, porque por isso o estado pacífico dos homens é mais conservado enquanto cada um acha satisfação nas suas coisas; donde vemos que mais frequentemente surgem conflitos entre os que possuem alguma coisa em comum e indivisamente. Outro direito que compete ao homem, no concernente às coisas exteriores, é o uso das mesmas. E quanto a isso o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias; mas como comuns, no sentido de que facilmente as comunique aos outros em caso de necessidade. Daí diz o Apóstolo, na I Carta a Timóteo, na parte final (VI, 17-19): ‘Aos ricos desse século incumbe facilmente atribuir, comunicar seus bens’ etc.” (1)

Aparentemente, parece Santo Tomás não reconhecer a propriedade individual. De uma parte, fala ele no direito de administrar e de distribuir as coisas exteriores; de outra parte, de usá-las. Se o primeiro é individualizado entre os homens, o segundo é comum

(1) “Circa rem exteriorem duo competunt homini, quorum unum est potestas procurandi et dispensandi; et quantum ad hoc licitum est quod homo propria possideat. Et est etiam necessarium ad humanam vitam, propter tria. Primo quidem, quia magis sollicitus est unusquisque ad procurandum aliquid quod sibi competit, quam id quod est commune omnium vel multorum; quia unusquisque laborum fugiens, relinquit alteri id quod pertinet ad commune, sicut accidit in multitudine ministrorum. Allo modo, quia ordinatius res humanae tractantur, si singulis imminet propria cura alicujus rei procurandae; esset autem confusio, si quilibet indistincte quaelibet procuraret. Tertio, quia per hoc magis pacificus status hominum conservatur dum unusquisque re sua contentus est: unde videmus quod inter eos qui communiter et ex indiviso aliquid possident, frequentius jurgia oriuntur. Aliud vero quod competit homini circa res exteriores, est usus ipsarum. Et quantum ad hoc non debet homo habere res exteriores ut proprias; sed ut communes, ut scilicet de facili aliquis eas communicet in necessitate aliorum. Unde Apostolus dicit, ad *Timoth.*, ult (VI, 17-19): ‘*Divitibus hujus saeculi praecipe facile tribuere, communicare de bonis*’ etc.”

entre eles. O direito que o Doutor Angélico admite sobre as coisas exteriores para o indivíduo é de ser apenas este ecônomo e dispensador.

6. TANCRÈDE ROTHE, procurando sentir o que Santo Tomás não escreveu, entende que:

“Em uma palavra, bem distante do que o Anjo da Escola ensina plenamente que as coisas exteriores são comuns no que diz respeito ao gozo, ele as tem, em definitivo, por próprias, e reduz-se a limitar a propriedade pela lei da esmola ou de um dom do supérfluo aos pobres. É no sentido somente da dependência das coisas em face de Deus que o ilustre doutor declara que o homem não é delas proprietário.” (ob. cit., tomo 1, p. 295)

E procura TANCRÈDE ROTHE justificar sua interpretação com as próprias palavras de Santo Tomás relativas à esmola e constantes da 2a., 2ae., 9, XXXII, 5:

“Os bens temporais que são dados por Deus ao homem são verdadeiramente seus quanto à propriedade; mas quanto ao uso eles não devem ser somente seus mas também dos outros que podem aí achar seu sustáculo, sobre o que é supérfluo para o proprietário.” (ob. e t. cits., ibidem).

Entre os textos, aliás, lembrados por Santo Tomás no comentário sobre a esmola, um deles, citado no mesmo art. 5 da **Suma Teológica**, anteriormente aludido, é de SÃO BASÍLIO, extraído de seu sermão **Ad avaros divites**:

“Se tu reconheces que eles [os bens temporais] te vêm de Deus, comete Deus a injustiça de uma desigual distribuição entre nós? Por que tu na abundância e esse outro na mendicância, se isso não é para que tu adquiras os méritos da distribuição enquanto ele orna de louros a paciência? Cabe a ele o pão que tu guardas; ao que está nu a túnica que tu conservas no guarda-roupa; ao que está descalço o calçado que se deteriora em tua casa; ao indigente o dinheiro que tu possuis entesourado. Em tudo isso tu és tão injusto como podes ser benfeitor.”

O outro texto é de SANTO AMBRÓSIO, extraído de seu sermão 81, resumido, com perfeição, segundo SANTO TOMÁS, na 2a., 2ae., 9, LXVI, art. 7. Aos que têm fome, diz o Bispo de Milão, é o pão que tu deténs; aos que estão nus é a vestimenta que tu vestes; aos desgraçados para seu resgate e sua libertação é o

dinheiro que entesouras na terra. SANTO AMBRÓSIO é peremptório: "Alimenta o que morre de fome; se tu não o fazes, tu o matas-te". E ainda no Sermão 64: "Não é menos criminoso roubar que, se se pode, estando na abundância, recusar a esmola".

TANCRÊDE ROTHE, em benefício de sua interpretação de Santo Tomás no tocante à propriedade privada, apenas subordinada à obrigação da esmola, traz ainda à colação a palavra de SÃO BERNARDO, numa carta a Henrique, Arcebispo de Sens, sobre a reforma do episcopado de sua época (século XII):

"Os pobres que têm falta de tudo e a quem a fome pressiona, gritam, lamentam-se e dizem em altos brados: Dizei-nos, ó pontífices, que faz o ouro nas rédeas? Essas rédeas douradas nos colocam à cobertura do frio e da fome? Enquanto nós sofremos miseravelmente de fome e de frio, que fazem tantas capas e cobertores guardados em seus guarda-móveis? É nosso o que vós prodigalizais, é a nós que vós arrancais com desumanidade o que vós sacrificais à vaidade. Também nós fomos redimidos pelo sangue de Cristo. Nós somos então vossos irmãos. Julgai o que é recusar a irmãos sua porção para alimentar vossos olhos. Nossa vida vai engrossando vossa abundância supérflua. Vós suprimis nossas necessidades para ajuntar à vossa magnificência. Assim vossa cupidez faz um duplo mal: vós perdeis dissipando nosso bem, vós nos fazeis perecer de nós o arrebatando. Vossos cavalos marcham carregados de pedrarias, nós vamos de pés nus. Vossas mulas são ricamente cheias de adereços, brilhantes de fivelas, de correntes, de campainhas, de longos couros semeados de pregos de ouro e de uma infinidade de outros ornamentos tão ruidosos quanto preciosos; e vós recusais impiedosamente a vossos irmãos com que cobrir sua nudez. Ademais, tudo que vós possuíis não é fruto de vosso negócio ou de vosso trabalho, não é absolutamente a herança de vossos pais, a menos que vós dissésseis em vosso coração: Possuímos por herança o santuário de Deus. Tais são os murmúrios que os pobres lançam a Deus a quem falam os corações mas eles elevam-se com audácia contra os que os oprimem: o pai dos órfãos e o juiz das viúvas declarar-se-á por eles. Tantas vezes, dir-lhe-á ele, que vós deixastes de assistir o menor desses pequenos, vós recusastes assistir-me a mim próprio (...)." (SÃO BERNARDO, epíst. 42)

Apesar de fazer panegírico da esmola, como é óbvio, nem por isso deixa SANTO TOMÁS de limitar a propriedade privada, de maneira mais explícita e contundente.

Aliás, a **esmola**, que consiste na colocação de um bem à disposição de um pobre, tanto pode ser objeto de um **conselho** como de um **preceito**.

Para **SANTO TOMÁS**, “a justiça, a caridade, a misericórdia inspiram a esmola” (2a., 2ae., qu. 31, a. 1). A esmola objeto de conselho corporifica-se no óbulo da viúva; a esmola objeto de preceito concretiza-se na dádiva do supérfluo.

Quando se cumpre o dever de colocar à disposição dos outros, em suas carências, o que ultrapassa as próprias necessidades, cumpre-se um preceito. Quando o que dá a esmola, dá mesmo do que lhe é necessário, a esmola é somente um conselho (2a., 2ae., qu. 32, a. 3). O preceito da esmola está, assim, ligado ao uso do **supérfluo**. Por isso, não tenhamos dúvida: o dever de distribuir entre os pobres o supérfluo é para Santo Tomás um dever de justiça.

Assim, a esmola é preceito se o bem é supérfluo para o rico e se é necessitado pelo pobre (qu. 32, a. 5). Reafirma-se desse modo a doutrina da propriedade exposta na questão 66, artigo 2.

7. Em torno das idéias de Santo Tomás, ninguém, com efeito, tem o direito de se considerar proprietário, no sentido burguês do termo, do supérfluo. Ninguém tem o direito de ser rico. A propriedade desse excedente é apenas uma **delegação**. Um jurista, **GEORGES RENARD**, em seu opúsculo sobre “A Função Social da Propriedade Privada”, aproximou-a da **administração por conta de outrem** e da **superintendência**. Se a administração não preenche seu papel, não há propriedade; há furto. “Não sereis vós ladrão”, diz **SÃO BASÍLIO**, entre muitos outros doutores, “vós que vos apropriais do que não recebestes senão para distribuir? Chamareis ladrão àquele que leva de outrem a veste, mas quem não a dá a quem dela tem falta merece outro nome?”.

Com relação aos termos de **SANTO TOMÁS** **procurare et dispensare**, diz **RENARD** judiciosamente:

“Os bens exteriores devem retornar ao bem comum: seu proprietário é obrigado a fazê-los retornar ao bem comum (ele não é proprietário senão para isto): eis aí a grande lição a reter da Suma. É preciso combiná-la com a da economia política moderna: a riqueza retorna ao bem comum, na medida em que produz. E as duas lições combinam-se numa fórmula lapidar: o capital deve trabalhar. Salvo caso de força maior, não há lugar neste mundo para o ócio, nem para o ócio dos homens, nem para o ócio das coisas.

Procurare é, então, em primeiro lugar, fazer produzir; e **dispensare** é fornecer a outrem o trabalho e, por conseguinte, o meio de assegurar a suficiência.

Procurare et dispensare é fazer emprego de seus capitais em qualquer empresa proveitosa a si mesma, sem dúvida — porque a iniciativa, a direção e o risco têm direito, também, à sua remuneração legítima — mas proveitosa — também à comunidade: a toda uma série de comunidades: a **comunidade** dos cooperadores da empresa, dos quais ela deve procurar o sustento, de cada um, segundo seu posto, — a **comunidade regional ou corporativa** — a **comunidade nacional**, enfim, a **comunidade humana**; é neste sentido que é preciso entender, hoje, o que é entendido, efetivamente, pelos escolásticos modernos, quanto ao pensamento que se tem erroneamente qualificado de comunista: **non debet homo habere res exteriores ut proprias sed ut communes**: tratar as coisas exteriores como bens comuns é, muito simplesmente, empregá-las de maneira proveitosa à comunidade.” (GEORGES RENARD, *A Função Social da Propriedade Privada*, trad. de A. Machado Paupério, 2ª tiragem, Rio de Janeiro, 1965, pp. 15-16)

8. Acresce que, como dissemos em nossas obras **O Estado e Alguns Imperativos Econômicos** e **A Legalidade, a Realidade Social e a Justiça**, não se pode negar que a limitação social da propriedade privada tenha encontrado na história exemplos dignos de serem imitados e seguidos. A própria política dos papas no século XV, contra os latifundiários e os monopolizadores, confirma o que alegamos.

Por intermédio de sua célebre bula **Inducit nos**, de 1º de março de 1476, em face da penúria de Roma e do descaso dos proprietários de terras, que, não as cultivando, não toleravam também que outros as cultivassem, deu Sixto IV a todos faculdade, no território de Roma, de arar e cultivar a terça parte de qualquer fazenda que escolhessem.

Com tal expediente, conseguiu-se que muitos se dedicassem ao cultivo agrário, mas, em virtude de os barões proibirem aos vassallos o transporte das colheitas, com o fim de obrigá-los a vender-lhes barato para alcançarem maiores lucros na revenda, todos se desinteressaram pela agricultura. Que faz Clemente VII, o então Papa? Proíbe energeticamente a todos os barões e nobres a compra das colheitas aos vassallos, ressalvadas apenas as porções necessárias ao uso e sustento de sua casa. E faz mais: impede que as levem a Roma e que eles próprios as transportem a quaisquer outros lugares.

Quanto às sanções, estabeleceu que os que não cumprissem tais determinações, dentro de quinze dias da promulgação da bula, incorreriam na pena de excomunhão, de que só poderiam ser absolvidos pelo próprio Papa, em artigo de morte e com expresse arrependimento.

Se, decorridos novos quinze dias, ainda não tivessem obedecido ao Papa, seriam privados inteiramente do feudo, o qual passaria ao domínio da Câmara Apostólica. Finalmente, se, transcorridos mais seis meses, se recusassem ainda a obedecer, então, *ipso jure*, seriam privados, em benefício da Câmara Apostólica, de todos os povos, terras, quintas, feudos e direitos, com incapacidade de recobrá-los ou possuir outros para sempre (ver A. MACHADO PAUPÉRIO. *A Legalidade, a Realidade Social e a Justiça*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983, pp. 143-144; cf. JÚLIO MEINVILLE, *La concepción católica de la economía*. Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1936).

9. Vê-se, assim, que a função social da propriedade privada foi sempre enfatizada pela Igreja, embora só a partir de Leão XIII se tenha vulgarizado essa terminologia, que pouco a pouco se torna clássica nos próprios documentos do Magistério eclesial, que passou a estudá-la e configurá-la de modo especial, não precisamente nos caracteres positivos do direito no tempo e no espaço mas sob o ângulo filosófico do direito natural. Na intenção ordenadora e reformadora do Magistério, interessou sempre mais o direito de todos à propriedade privada que esse direito tal como está configurado nas leis.

A Igreja sempre se situou entre dois fogos, entre o coletivismo, que nega a propriedade privada, e o capitalismo liberal, que a extrema, desumanizando-a, dentro do direito positivo da maioria das nações do Ocidente.

Pio XI, que aprova o uso correto, condena o uso imoderado da propriedade privada, que com facilidade se transforma no império social a que via de regra se arroga. Por isso, não condena o socialismo moderado, que admite a posse privada dos bens, embora negue com razão o império avassalador da concentração privada da propriedade (cf. *Quadragesimo Anno*, 15-5-31, 114).

10. Em primeiro lugar, fruto do trabalho pessoal, a propriedade privada dos bens móveis e imóveis representa o domínio que o homem tem sobre o trabalho, o salário e frutos que aqueles produzem e sobre os bens que com aqueles se adquirem (cf. *Rerum Novarum*, 15-5-91, 3).

Mais tarde, dirá Pio XII que a propriedade privada é exigência da dignidade humana (cf. *L'Inesauribile mistero*, 24-12-56, 27).

Em segundo lugar, a propriedade privada tem por fundamento a família. É lei sagrada da natureza que o pai de família proveja o sustento e todas as atenções dos que gerou; e igualmente se deduz da mesma natureza que queira adquirir e dispor para seus filhos, que conotam e de certo modo prolongam a personalidade do pai, algo com que possam defender-se honestamente, no mutável curso da vida, dos embates da adversa fortuna. E isto é o que só pode lograr-se mediante posse de coisas produtivas, transmissíveis por herança aos filhos” (cf. *Rerum Novarum*, 9).

O fato de ter dado Deus a terra em comum a todo o gênero humano não exige que sua posse seja indivisa para todos, uma vez que não se estabeleceu para ninguém “a parte que havia de possuir, deixando-se a delimitação das posses privadas à indústria dos indivíduos e às instituições dos povos” (cf. *Rerum Novarum*, 6).

A propriedade privada aparece assim como direito natural do homem cujo exercício não só é lícito como absolutamente necessário (cf. *Rerum Novarum*, 16, e *Pacem in Terris*, 11-4-63, 21).

11. Entretanto, esse uso, como em seguida se explica, há de coadunar-se com o destino comum de todos os bens, ao qual se deve subordinar, para levar ao proprietário não só a comunicação de bens com o próximo necessitado como as limitações que sobre o uso exige o caráter social da propriedade privada. Com isso, reitera Leão XIII o ensino da Igreja despontado na doutrina de Santo Tomás, para quem o proprietário é muito mais administrador que dono dos bens.

O próprio PIO XII mantém esse ponto básico da doutrina, especificando: “Os bens criados por Deus para todos os homens devem chegar com equidade a todos, segundo os princípios da justiça e da caridade” (cf. *La Solennità*, 1º-6-41, 12). A função social da propriedade deriva-se assim do próprio destino universal dos bens (cf. *Pacem in Terris*, 21-22). Aliás, já o próprio João XXIII dissera na *Mater et Magistra*: “E como a propriedade privada leva naturalmente uma função social, por isso quem desfruta de tal direito deve necessariamente exercitá-lo para benefício próprio e utilidade dos demais” (cf. *Mater et Magistra*, 15-5-61, 19).

Já mostrara também Pio XII que a propriedade privada não podia tornar-se instrumento de uns poucos privilegiados para concretizar-se num poder capaz de desfrutar o trabalho da grande maioria (cf. *Nell'Alba*, 24-12-41, 9). A propriedade privada aparece, assim, por tendência imanente à universalidade e nunca à concentração oligárquica.

A generalização da propriedade privada serve não só para incentivar a estabilidade pessoal e familiar como o amor à pátria, bem como para eliminar ou reduzir as tensões de luta de classes e as tendências revolucionárias, com o desaparecimento ou atenuação do abismo entre a riqueza extremada e a penúria absoluta (cf. *Rerum Novarum*, 33). A generalização da propriedade privada não só contribui como remédio para eliminar a escravidão do trabalhador como para incentivar a própria produtividade.

Embora a propriedade privada seja um direito natural, é-o contudo direito natural secundário. Mas a marca natural do direito de propriedade privada está invariavelmente confirmada por todos os papas. Recorda-o João XXIII (cf. *Mater et Magistra*, 30).

Muito importante, porém, é que o direito positivo da propriedade privada é um direito moralmente inferior ao direito natural geral de uso (cf. a constituição *Gaudium et Spes*, do Concílio Vaticano II, 7-12-65, 69). Já o tinha dito JOÃO XXIII:

“O direito de todo homem de usar os bens materiais para seu decoroso sustento tem de ser estimado como superior a qualquer outro direito de conteúdo econômico, e, por conseguinte, superior também ao direito de propriedade privada. É certo, como adverte nosso predecessor, que o direito de propriedade privada sobre os bens se baseia no próprio direito natural; porém, segundo a ordem estabelecida por Deus, o direito de propriedade privada não pode de modo algum constituir um obstáculo para que seja satisfeita a indestrutível exigência de que os bens criados por Deus para proveito de todos os homens cheguem com equidade a todos, de acordo com os princípios da justiça e da caridade.” (cf. *Mater et Magistra*, 43)

Criticando a regulamentação positiva do direito de propriedade privada, tem a *Rerum Novarum* palavras muito duras contra o sistema jurídico liberal. Pio XI em tudo confirma o ensino de Leão XIII (cf. *Quadragesimo Anno*, 44). Pio XII e João XXIII insistem no mesmo diapasão dentro de um sentido personalista e antitotalitário.

E JOÃO XXIII é profundamente explícito ao afirmar a necessidade de generalização da propriedade privada:

“Não basta afirmar que o homem tem um direito natural à propriedade privada dos bens, incluídos os de produção, se, ao mesmo tempo, não se procura com toda

energia, que se estenda a todas as classes sociais o exercício deste direito.” (cf. *Mater et Magistra*, 113)

12. O regime jurídico da propriedade deve, aliás, como se deixou bem claro, evitar tanto o excesso individualista quanto o excesso coletivista. Conseqüentemente, tanto é de combater-se o individualismo liberal quanto o coletivismo totalitário (cf. *Quadragesimo Anno*, 46).

João XXIII reconhece, contudo, que, pelos países ditos coletivistas, foi realizada uma certa mudança promissora em sua legislação, já que alguns sistemas socialistas deram marcha-à-ré na concepção jurídica primitivamente aceita, para consagrar, embora com restrições, a propriedade privada dos próprios meios de produção (cf. *Mater et Magistra*, 110).

Conclui-se daí que tanto o regime capitalista liberal quanto o regime socialista integral carecem de equilíbrio, em virtude, está claro, da exacerbação respectiva de seus ângulos individual e social (cf. *Quadragesimo Anno*, 48).

De qualquer maneira, porém, o regime jurídico da propriedade privada não pode permanecer estático, diante das transformações sociais que se operam constantemente. Tais mudanças dinâmicas decorrem sobretudo da necessidade, sempre natural, de conseguir-se uma mais justa distribuição da riqueza (cf. *Gaudium et Spes*, 69).

Em face de tais transformações, o Estado terá de ampliar sua área de intervenção em matéria de propriedade privada, quando o exige o bem comum e na precisa medida em que este o reclama, como já o dizia Pio XI (cf. *Quadragesimo Anno*, 65).

13. Força é reconhecer-se, porém, que a função social da propriedade ganha cada vez mais foros de cidade, impondo-se crescentemente no direito positivo, a quem cabe sua aplicação exata e concreta, como a consagra João XXIII (cf. *Pacem in Terris*, 22).

Aliás, essa é a conclusão final do Concílio Vaticano II:

“A propriedade privada tem também, por sua própria natureza, uma índole social, cujo fundamento reside no destino comum dos bens. Quando esta índole social é descuidada, a propriedade muitas vezes se converte em ocasião de ambições e graves desordens.” (cf. *Gaudium et Spes*, 71)

Especialmente no campo, “esse princípio [do duplo caráter da propriedade, individual e social], que vale para toda classe de

propriedade, tem um valor especial quando se refere à propriedade agrícola, fonte primária da vida e bem-estar comum” (cf. Paulo VI, quando ainda Cardeal Montini, em Carta de 15 de setembro de 1947).

Doutrinando sobre a matéria, a III Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano deixa bem claro que

“A socialização levará a certas expropriações, segundo normas conhecidas (PP n. 24), cujo fim é repartir a terra e os bens de capital de forma mais justa. A reforma agrária e a reforma da empresa, que destina a totalidade ou uma parte da propriedade aos camponeses e aos operários, são necessárias para lograr uma distribuição mais equitativa.” (documento de consulta, 844)

E, no documento de trabalho, prossegue de maneira bem explícita:

“A grande tradição cristã, desde os profetas, o Evangelho e os padres da Igreja até as encíclicas sociais, reafirma o destino universal dos bens. Santo Tomás, resumindo aquela tradição e inspirando a posterior, sustenta que o homem tem direito a possuir bens para a gestão e a disposição dos mesmos (*potestas procurandi et dispensandi*); quanto ao uso dos mesmos, não deve tê-los como próprios, senão comuns (2a., 2ae., q. 66, a. 2). O que um rico dá do que não necessita não é só um dever de caridade, senão de justiça distributiva (doutrina do supérfluo, João XXIII, Radiomensagem, 11 set. 1962). Este conceito de justiça, que se deriva de uma concepção aberta da propriedade, aplica-se não só às pessoas individualmente consideradas, como aos grupos sociais, à sociedade em geral e às relações internacionais. Na dimensão de um país, este princípio autoriza o Estado a intervir de distintas maneiras.” (1704)

14. Referindo-se ao paralelismo entre a riqueza crescente de uns poucos e a crescente miséria das massas, diz finalmente João Paulo II no discurso inaugural da III Conferência Geral do Episcopado Latino-Americano:

“É então quando adquire caráter urgente o ensino da Igreja, segundo o qual sobre toda propriedade privada pesa uma **hipoteca social**. Com respeito a este ensino, a Igreja tem uma missão a cumprir: deve preceituar, educar as pessoas e as coletividades, formar a opinião pública, orientar os responsáveis pelos povos. Deste modo estará

trabalhando em favor da sociedade, dentro da qual este princípio cristão e evangélico terminará dando frutos de uma distribuição mais justa e eqüitativa dos bens, não só no interior de cada Nação, como também no mundo internacional em geral, evitando que os países mais fortes usem seu poder em detrimento dos mais débeis." (2421)

15. Dentro desse espírito, é conhecido o pronunciamento do Concílio Vaticano II sobre a expropriação dos latifúndios:

"Em muitas regiões economicamente menos desenvolvidas, existem grandes ou também extensíssimas propriedades rurais, pouco cultivadas, ou sem cultura alguma, à espera de valorização, enquanto a maior parte do povo não tem terra ou dispõe somente de parcelas mínimas, e, de outra parte, o desenvolvimento da produção nos campos apresenta-se com urgência evidente. Não raro, os que são contratados pelos donos para o trabalho, ou os que cultivam uma parte a título de locação recebem somente um salário ou produção indignos do homem, são privados de habitação decente e explorados pelos intermediários. Sem segurança alguma, vivem debaixo de tal serviço pessoal, e é-lhes tirada quase toda a possibilidade de iniciativa e responsabilidade, sendo-lhes proibida qualquer promoção cultural humana e participação na vida social e política. Portanto, em vários casos as reformas são necessárias para o crescimento das remunerações, o melhoramento das condições de trabalho, o aumento da segurança no emprego, o incentivo à iniciativa de trabalho e, também, a distribuição das terras insuficientemente cultivadas entre aqueles que consigam torná-las mais produtivas. Em tal caso, devem ser fornecidos os recursos e meios necessários, sobretudo os subsídios de educação e as possibilidades de uma justa organização de cooperativas. Todas as vezes que o bem comum exigir uma expropriação, deve ser estipulada a indenização de acordo com a eqüidade, levando-se em conta todas as circunstâncias." (nº 71, 5)

A função social da propriedade privada faz parte, assim, do conceito que se firmou definitivamente no seio da Igreja para aquele instituto do direito.

Derivada do próprio destino universal dos bens da Terra, encontrou no gênio tomista a sua melhor caracterização filosófico-jurídica. Dela, certamente, procede a generalização que o Magistério eclesial até hoje consagrou, como perene doutrina do autêntico campo cristão.

BIBLIOGRAFIA

- BIGO, Pierre. **A doutrina social da Igreja**. São Paulo, Edições Loyola, 1969.
- BRAVO, Restitute Sierra. **Doctrina social e económica de los padres de la Iglesia**. Madri, Compañía Bibliográfica Española, 1967.
- CALVO, Angel Torres. **Diccionario de textos sociales pontificios**, 2.^a ed. Madri, Compañía Bibliográfica Española, 1962.
- CONCÍLIO VATICANO II. **Constituciones. Decretos. Declaraciones**. Trad.: B.A.C. 7.^a ed.
- DE SANCTIS O.F.M., Frei Antônio. **Encíclicas e documentos sociais; de Leão XIII, Pio XI, Pio XII, João XXIII, Concílio Vaticano II e Paulo VI**. São Paulo, Edições LTr, 1972.
- GARCÍA, José Luis Gutiérrez. **Conceptos fundamentales en la doctrina social de la Iglesia**. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madri, 1971.
- . **La concepción cristiana del orden social**. Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madri, 1972.
- MACHADO PAUPÉRIO, A. **A legalidade, a realidade social e a Justiça**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983.
- . **O Estado e alguns imperativos económicos**. Rio de Janeiro, Pongetti, 1946.
- MEINVIELLE, Julio. **Concepción católica de la economía**. Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1936.
- MONIN, Abbé. **Le droit de propriété**. Paris, Editions Ocia, 1946.
- MOUNIER, Emmanuel. **De la propriété capitaliste à la propriété humaine**. Paris, Desclée de Brouver et Cie., Éditeurs, 1936.
- PINTO, Ernesto. **Francisco de Assis e a revolução social**. Tradução de Frei Elzeário Schmitt, O.F.M. Rio de Janeiro, Livr. José Olympio Ed., 1956.
- RENARD, Georges. **A função social da propriedade privada**. Trad. de A. Machado Paupério, 2.^a tiragem. Rio de Janeiro, 1965.
- RODRÍGUEZ-ARIAS B., Lino. **De la propiedad privada à la propiedad comunitaria**. 3.^a ed. Caracas, Monte Avila Editores, C.A., 1983.
- ROTHER, Tancrede. **Traité de droit naturel théorique et appliqué de la propriété**. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, 2 v.
- SANTO TOMÁS. **Summa Theologica**. Turim, 1948.
- SEMAINES SOCIALES DE FRANCE. **Le catholicisme social**. Lyon, Chronique Sociale de France, 1947.
- III CONFERENCIA GENERAL DEL EPISCOPADO LATINOAMERICANO. **Puebla comunión y participación**. Madri, Biblioteca de Autores Cristianos, 1982.
- VELASCO, Domingos. **O que é o cristianismo social**. Rio de Janeiro, Ed. Organização Simões, 1957.

A Justiça Agrária na Constituinte de 87

OTÁVIO MENDONÇA

Professor da Universidade Federal
do Pará

1. Destina-se este trabalho a sugerir proposições presumivelmente aceitáveis pela Constituinte. Não possui, portanto, o caráter teórico do ensaio apresentado no II Fórum Nacional de Debates e Ciências Jurídicas (Fonajur, Brasília, 1977), promovido pela OAB do Distrito Federal no Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos Brasileiros (*Revista da OAB*, nº 22), nem o caráter didático de alguns pronunciamentos esparsos sobre o mesmo tema. Trata-se aqui apenas de focalizar os fatos novos impulsionadores, com maior urgência do que nunca, da implantação da Justiça Agrária no Brasil, suscitando o debate das alternativas capazes de obtê-la, o mais rápido e o menos imperfeito que for possível.

1.1. No campo doutrinário conheço poucas manifestações divergentes, sobressaindo, pela sua autoridade, a de JACY DE ASSIS:

“Com a devida vênia aos eminentes agraristas que porfiam por esta Justiça especializada, não acreditamos em sua criação, primeiro porque onerosa e difícil, segundo porque não apresentará os necessários resultados. Estes só decorrerão daquela regra tradicional e especial da prevalência do foro da situação do imóvel para todas as ações que a ele se referirem. Não será nunca possível discutir-se o problema da terra longe dela; a política da terra, com todas as suas implicações, aconselha a que a consciência dela e a de seu uso se estruturem, não nos gabinetes nem nas Capitais, mas ao seu contato, ao da gente humilde que a trabalha, ao do homem que a faz produzir.”⁽¹⁾

1.2. Como se vê, a discordância não era propriamente de mérito, mas de estrutura, opondo-se a qualquer solução que afastasse o conflito do

Apresentado à XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.

(1) ASSIS, Jacy de. *Ação disciplinatória*. Rio, Forense, 1978, p. 130.

lugar onde estivesse o imóvel. Tanto assim que, ao comentar o art. 19 da Lei nº 6.383/76, diz:

“A lei situa as discriminatórias em que a União tenha interesse na Justiça federal. Acontece que a faixa de 100 km ao lado das rodovias em construção, em projeto, ou construídas, com a dos 150 km da faixa de fronteira, permitem que a União interfira em todos, ou em 90% dos processos, afastando a competência da justiça estadual. Só isto mostra o absurdo do privilégio conferido à União, em detrimento dos interesses mais humildes.” (2)

Suponho, assim, que talvez o ilustre professor goiano aderisse à fórmula ora sustentada, caso persuadido de que o seu escopo é precisamente levar a Justiça ao campo e não trazer este a ela, garantindo-lhe porém os meios de eficácia que devemos reconhecer por enquanto inexistentes.

1.3. Já o aplauso à Justiça Agrária, embora com diferença nos detalhes, é tão intenso que me arrisco a ser injusto por omissão. Impossível, entretanto, falar do assunto sem referir os que de alguma forma vêm lutando pelo seu surgimento há quase 80 anos, desde Rui, na plataforma da Campanha Civilista, lida no Politeama baiano em 1910. Aí estão, entre outros, J. Assis Ribeiro, Teixeira Leite, J. Paulo Bittencourt, Ivo Frey, Carlos Mignone, Fernando Soderó, J. Motta Maia, Raimundo Laranjeira, Octavio Mello Alvarenga, Igor Tenório, Rafael Mendonça Lima, Roberto Santos, Benedito Monteiro, Caio Mário da Silva Pereira, Paulo Tormin Borges, João Batista Herkenhoff, Nelson Demétrio, Osvaldo e Sílvia Opitz, Lima Stefanini, Marcos Afonso Borges, José Gomes da Silva, Lúcio Flávio Pinto (3).

(2) ASSIS, Jacy de. Ob. cit., p. 263.

(3) RIBEIRO, J. Assis. *Justiça Rural*. In: *Revista Jurídica*, 91.

LEITE, Edgar Teixeira. “Justiça Agrária”. *Revista IAB*, 27.

BITTENCOURT, J. Paulo. Conferência em Goiânia, 18-5-77. *Revista IAB*, 27.

FREY, Ivo. Direito agrário e justiça rural. In: *Revista IBDA*, 1 Tese 33 na V Conferência OAB (Rio, 1974).

MIGNONE, Carlos. Relações de trabalho no campo. In: *Revista IBDA*, 1.

LARANJEIRA, Raimundo. *Direito agrário*. São Paulo, LTr, 1984.

ALVARENGA, Octavio Mello. *Teoria e prática do direito agrário; manual de direito agrário*. Rio, Forense, 1985.

_____. Nada vale a lei agrária sem processo especializado. In: *Revista Lavoura*, dez. 1985.

TENÓRIO, Igor. *Manual de direito agrário brasileiro*. São Paulo, Resenha Universitária, 1978.

LIMA, Rafael Mendonça. *Direito agrário*. Rio, Freitas Bastos, 1971.

SANTOS, Roberto. *Debata sobre o PNRA* (Belém, 1985).

MONTEIRO, Benedito. *Direito agrário e processo fundiário*. Rio, Ed. PLG, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. Rio, Forense, 1967.

BORGES, Paulo Tormin. *Imóvel rural e seus problemas jurídicos*. São Paulo, Pró-Livro, 1974.

HERKENHOFF, João B. Pela instituição da Justiça Agrária. In: *Revista OAB*, 15.
(Continua)

2. Quanto à Ordem dos Advogados, tão repetidas têm sido suas manifestações que a Justiça Agrária hoje se inclui entre nossas diretrizes pacíficas, restando apenas discutir quando, onde e como será implantada. Aprovaram-na a V Conferência (Rio, 1974), entre as conclusões de duas teses — “Direito à Propriedade da Terra e a Reforma Agrária como Meio de Realizá-lo”, relatada por J. Paulo Bittencourt, e “Tribunais Nacionais e Remédios Efetivos para Atos Vinculados à Economia Agrária do Brasil”, relator Octavio Mello Alvarenga; a VI (Salvador, 1976), dentro do tema “Justiça Agrária, Igualdade de Todos em Face da Lei”, de autoria de J. Motta Maia; a IX (Florianópolis, 1982), tese “Justiça Social — Justiça Agrária”, de Marcos Afonso Borges, grande influenciadora da fórmula alternativa ou gradual agora defendida. Em 1981, quando a OAB do Rio Grande do Sul reuniu em Porto Alegre o Congresso Pontes de Miranda para elaborar um anteprojeto constitucional, a OAB paraense apresentou, através de seu Presidente, Deputado Federal Arnaldo Moraes Filho, emenda criando a Justiça Agrária, de cuja justificativa fui incumbido e que o plenário unanimemente incorporou ao texto final (4). Ano passado, o Conselho Federal designou comissão, coordenada por Antônio Pinheiro Machado Netto, para opinar sobre a proposta de reforma agrária. Após percorrer as zonas de maior turbulência rural, esse grupo concluiu pela “realização de estudos urgentes à criação da Justiça Agrária”, o que foi homologado pela Resolução nº 200/85 (5). E, mais recentemente, o II Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte (Brasília, outubro 1985) aprovou idênticas proposições de João Bonifácio Cabral Junior e Reginaldo Santos Furtado (6).

2.1. Acompanhando essa insistência do nosso órgão de classe, apoiado maciçamente pela doutrina e entidades de todos os tipos (JAB, CNBB, CNA, Contag, SNA, Abra etc.), não têm faltado propostas concretas encaminhadas ao Legislativo, cuja relação facilitará aproveitar algumas ou todas na futura Constituinte:

(Continuação da nota 3)

DEMETRIO, Nelson. *Doutrina e prática do direito agrário*. São Paulo, Pró-Livro, 1980.

SODERO, Fernando. *Revista de Direito Civil*, Informativo, FAESP, fev. 1982.

OPITZ, Osvaldo e Sílvia. *Direito agrário brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1980.

MAIA, J. Motta. Tese 28 na VI Conferência Nacional OAB. (Salvador, 1976).

STEFANINI, Lima. A propriedade no direito agrário. In: *Revista Tribunais*, São Paulo, 1978.

BORGES, Marcos Afonso. Tese 23 na IX Conferência Nacional da OAB (Florianópolis, 1982).

SILVA, José Gomes da. *A reforma agrária no Brasil*. Rio, Zahar, 1971.

PINTO, Lúcio Flávio. *Amazônia no rastro do saque*. São Paulo, Hucitec, 1986.

MENDONÇA, Otávio. *Palavras no tempo*. Belém, Grafisa, 1984.

(4) MENDONÇA, Otávio. Falta a Justiça Agrária. In: *O Liberal*, Belém, 27 set. 1981.

MAIA, J. Motta. Constituição e Justiça Agrária. In: *Lavoura*, nov. 1981.

(5) *Revista da OAB*, 38, p. 15.

(6) *Anais do II Congresso Nacional de Advogados, Pró-Constituinte*. Brasília, out. 1985, pp. 127 e 151.

a) Em 1969, comissão presidida por OCTAVIO MELLO ALVARENGA sugeriu a ordenação completa da Justiça Agrária (juntas de conciliação e julgamento, tribunais regionais e Tribunal Superior), enumerando sua competência no próprio texto da Constituição, abrangente do trabalho rural. Embora designada a comissão pelo Ministério da Agricultura (Portaria nº 322/68), esse anteprojeto, ao ser apresentado, encontrou o Legislativo em recesso. Sobrevinda a substituição do Presidente Costa e Silva e do Ministro Ivo Arzua, e com ela a Emenda Constitucional nº 1, a iniciativa ficou paralisada (7).

b) Quando, em 1974, cogitou-se da reestruturação judiciária, a Sociedade Nacional de Agricultura (SNA) encaminhou ao STF novo estudo, coordenado por J. Motta Maia, que aproveitava o trabalho anterior, porém reduzia a competência da Justiça Agrária, excluindo litígios com o poder público federal, o que permitia colocá-la no âmbito estadual. O assunto novamente foi abandonado quando se passou à reforma do Judiciário, a princípio por via parlamentar, mas afinal efetivada com a Emenda nº 7/77, baseada no AI-5, durante o recesso que o Presidente da República decretara. Todavia, enquanto tramitava aquele projeto, duas propostas surgiram, dos Senadores José Lindoso e Franco Montoro (58 e 59/76), ambas prejudicadas pelo fechamento do Congresso e pela Emenda nº 7, que não as contemplou. Distinguem-se esses projetos quer entre si quer do anterior. O de Lindoso não incluía Tribunal Superior, mas apenas os regionais e as juntas, abrangendo os dissídios trabalhistas. O de Montoro também se limitava a duas instâncias, porém integrando a primeira por juízes singulares e não juntas, sintetizando a competência e transferindo o restante para uma lei complementar (8).

c) Seguiram-se três emendas semelhantes e consecutivas do Deputado Jorge Arbage (27/79, 89/80 e 40/84), a última ainda pendente, sendo a respectiva comissão mista presidida pelo Senador Alfredo Campos, e tendo como relator o Deputado Gomes da Silva. O projeto Arbage cria apenas juízes agrários dentro da estrutura da Justiça federal e, portanto, com recurso para o TFR, prevendo implantação paulatina, conforme as necessidades de cada região, incluindo as relações de trabalho e indicando o imposto territorial rural (ITR) como fonte principal de recursos orçamentários. Esse projeto, ao qual deverão ser regimentalmente anexados os demais, por sua precedência cronológica, é o mais próximo da tese ora apresentada, sendo evidente e louvável seu propósito de reduzir custos para facilitar a aprovação.

d) Ressalte-se que sobre a primeira emenda do parlamentar parense manifestou-se formalmente o Incra, com pareceres dos procuradores

(7) ALVARENGA, Octavio Mello. *Manual de direito agrário*. Rio, Forense, 1985, p. 325.

(8) LARANJEIRA, Raymundo. *Direito agrário: perspectivas críticas*. São Paulo, LTr, 1984, p. 73.

Wellington Lopes e Almir Morais, voltando à idéia primitiva de competência mais ampla e especificada e de criação das três instâncias, como queria a Comissão Alvarenga.

e) Em 1982, o Deputado baiano Rogério Rego, já falecido, propôs a Emenda nº 51, combinando os projetos Arbage e Alvarenga, e substituindo a denominação de Justiça Agrária por Justiça Rural.

f) Finalmente, em junho de 1985, o Deputado maranhense José Sarney Filho propôs a última emenda de que tenho notícia, em termos semelhantes aos projetos anteriores: apenas juizes de primeira instância, subordinados ao TFR, competência minuciosa, abrangente dos dissídios trabalhistas, e utilização da justiça estadual nas comarcas onde inexistir o juízo agrário. Essa é uma idéia original e importante. A Constituição já permite tal competência substitutiva para "as ações fiscais e outras", mas transfere à lei ordinária a definição dessas outras (art. 126). Convém colocar os processos agrários no texto constitucional, porque neles muitas vezes a União, o Inbra ou o Getat serão réus, o que talvez possa gerar dificuldades para o legislador ordinário submetê-los à Justiça dos estados.

3. O rol dos antecedentes transformados em lei é escasso na quantidade e tímido na execução. Ensina FERNANDO SODERO que houve precedentes da Justiça Agrária ao tempo do Império: leis sobre a locação de serviços dos imigrantes, arrendamentos e parcerias, dentro da alçada dos juizes de paz. A primeira legislação de terras do Brasil (Lei nº 601) criou o juiz territorial, que procurava solucionar os problemas decorrentes da posse de glebas devolutas. E, na República, a pioneira justiça rural do Estado de São Paulo, criada pelo Governador Washington Luís, em 1922 (9). Mais tarde, com o Estatuto da Lavoura Canavieira (Decreto-Lei nº 3.855/41, hoje Decreto nº 61.777/67), surgiram as comissões de conciliação e julgamento; com o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/63), os conselhos arbitrais, extintos em 1973 (Lei nº 5.889), e, com o Estatuto da Terra, as comissões agrárias, de proprietários, trabalhadores e Governo. Todos esses colegiados jamais possuíram tarefa judicante, mas são experiências nada desprezíveis de órgãos conciliadores, merecendo realce as comissões do Estatuto da Terra, de cujos integrantes, recém-nomeados, tanto se espera na incidência pacífica da reforma agrária (Lei nº 4.504/64, art. 42).

3.1. Em maio de 1985, a proposta divulgada pelo Mirad para o Plano da Reforma Agrária dizia que "ao Poder Judiciário está reservado papel relevante na realização da Justiça no meio rural, cabendo viabilizar, em conjunto com o Ministério da Justiça, a celeridade dos procedimentos e implementar mecanismos tendentes ao aparelhamento eficaz de uma Justiça Agrária" (10).

(9) SODERO, Fernando. Entrevista. In: *Informativo da FAESP*, fev. 1982.

(10) PNRA, 4.1.

3.2. O tópico foi suprimido no plano definitivo, aprovado pelo Decreto nº 91.766/85, porém reapareceu, quase idêntico, na exposição de motivos da Mensagem nº 501, de 8-10-85, subscrita pelos Ministros da Agricultura e da Reforma Agrária, e denominada Política Nacional de Desenvolvimento Rural:

“Não se haverá, entretanto, de obscurecer a enorme relevância do direito agrário e a necessidade de consolidar seus inúmeros diplomas, aprimorando-os, nem a conveniência de se dotar o país de uma Justiça Agrária e de lei processual e procedimental específica (PNDR, 3).”

3.3. Em dezembro de 1985, a Portaria Interministerial nº 730, dos titulares da Justiça e do Mirad, instituiu grupo de trabalho “destinado a estudar novo tratamento da questão agrária no ordenamento jurídico, ou *implantação de uma Justiça Agrária*”. Integram o grupo nove membros, representando os Ministérios do Trabalho, Justiça, Agricultura e Reforma Agrária, o Gabinete Civil da Presidência, a Procuradoria-Geral, o Conselho Federal da OAB e as confederações nacionais da agricultura e dos trabalhadores na agricultura. Foram dados 90 dias para esse grupo apresentar relatório. Caso não o tenha feito, sugiro à OAB submeter-lhe as conclusões aprovadas pela XI Conferência (11).

3.4. No seu III Encontro Nacional (Teresina, janeiro 1986), os presidentes dos tribunais de Justiça posicionaram-se contra a criação da Justiça Agrária, porque ela não atenderia aos reclamos da pronta prestação jurisdicional. “Devemos aparelhar melhor o que já existe, que é a Justiça comum, desde que tenhamos os meios necessários, inclusive plena autonomia política, administrativa e financeira”, resumiu o Desembargador ARI MOTA DA SILVEIRA, Presidente do Tribunal de Justiça do Pará (12).

3.5. Em junho último, o STF, através dos Ministros Djaci Falcão, Sydney Sanches e Oscar Correa, enviou à Comissão de Estudos Constitucionais, presidida pelo professor Afonso Arinos, sugestões para o capítulo do Judiciário. Não disponho desse documento, mas, segundo a imprensa, não foi abordado o problema da Justiça Agrária, uma vez que as “inovações” ficariam a critério da Constituinte. Sugeriu-se, porém, transformar o TFR em tribunal federal, órgão revisor, em terceira instância, apenas das questões de direito, criando-se cinco tribunais federais regionais para os recursos ordinários oriundos dos juizes de primeiro grau (13).

4. Este sucinto bosquejo mostra que já se tentou criar a Justiça Agrária por todas as modalidades cogitáveis. Mas ainda não o conseguiram, a despeito do exemplo fecundo de sua existência no México, Equador, Chile, Peru e Venezuela, para citar apenas a América Latina (14). Parece,

(11) DO, 19 dez. 1985.

(12) Entrevista. In: *A Província do Pará*, 11 jan. 1985.

(13) *O Estado de S. Paulo*, 15 jul. 1986.

(14) A Lei da Justiça e Processo Agrário da Venezuela é de 1976, alterada em 1980. Cf. *Derecho y Reforma Agraria*, 12 e 14.

assim, estar a razão mais uma vez com FERNANDO SODERO ao insistir que a forma não é o mais importante; sim o fato de instituí-la (15). Daí a urgência de se buscarem fórmulas que a viabilizem, mesmo quando não sejam as mais perfeitas. Indubitável é que três condições decisivas agora se acumulam para exigí-la: o Plano de Reforma Agrária, o paroxismo atingido pelos conflitos rurais e as vésperas de uma nova Constituição, cujas promessas de profundas mudanças nada poderá melhor confirmar que essa magistratura especializada, pedida por todos e até agora não obtida por alguém.

5. Sugiro que a OAB ofereça à Constituinte, através da Comissão Afonso Arinos, do grupo de trabalho instituído pela Portaria nº 739/85 ou diretamente, duas proposições alternativas: a) criar a Justiça Agrária com estrutura completa, como havia proposto a Comissão Alvarenga; b) estruturá-la dentro da Justiça federal, como um setor especializado, na forma aproximada dos projetos Arbage e Sarney Filho. A XI Conferência poderá optar entre essas sugestões ou encaminhar ambas. Pessoalmente, julgo a primeira mais técnica e a segunda mais viável, permitindo considerá-la uma etapa para atingir, no futuro, a solução definitiva. De qualquer forma, há diretrizes comuns, que penso deverem ser discutidas pela OAB, a fim de instruir, com as que forem aceitas, qualquer das suas proposições:

a) implantação gradual da Justiça Agrária autônoma, cabendo à Justiça comum de primeiro grau suprir as lacunas, mesmo quando houver interesse da União ou suas entidades, com recurso para o TFR ou tribunais regionais federais, se vierem a ser criados; quanto ao gradualismo, é óbvio que se destina a não despendar recursos com juízes agrários onde não forem indispensáveis; quanto à amplitude da substituição pela Justiça estadual, é a única maneira de não prosseguir a pluralidade de competências e possibilitar o acesso fácil ao homem do campo;

b) caso a opção seja por um segmento dentro da Justiça federal, criarem-se seções, turmas e varas especializadas e privativas e dar-se todo apoio ao desdobramento da segunda instância em tribunais regionais ou, caso contrário, ao aumento do número de ministros do TFR;

c) previsão de deslocamentos e substituições, de tal forma que sempre exista um juiz a quem recorrer no momento e no lugar do conflito;

d) exclusão dos dissídios trabalhistas, cuja natureza e processo são diversos e já possuem organização própria e eficaz (16);

e) inclusão de competência para os delitos agrários; a explosão destes se tornou tão notória que dispensa qualquer ênfase, e o projeto remetido pelo Governo ao Congresso define novas figuras não contempladas no Código Penal; a Justiça federal já é competente para os crimes políticos

(15) SODERO, Fernando. Entrevista cit.

(16) LARANJEIRA, Raymundo. Ob. cit.

e trabalhistas, os praticados em detrimento da União, os de vínculo internacional, os praticados a bordo, os de permanência ou ingresso ilícito de estrangeiros (Constituição, art. 125); nada obsta acrescentar-lhes os conflitos agrários, apenas exigindo-se cuidadosa especificação;

f) matérias como os direitos do subsolo e a pesca podem caber ou não à Justiça Agrária, convindo deixar a decisão para a lei posterior;

g) processo próprio em que prevaleçam, quanto possível, os princípios de economia, simplicidade, oralidade, mobilidade, rapidez e conciliação (17);

h) lei complementar, detalhando as normas constitucionais num só instrumento, com a parte substantiva, a adjetiva e até a organizacional ou administrativa, imprescindíveis para garantir plena eficácia à Justiça Agrária.

6. Se for estabelecida uma Justiça Agrária em separado, o anteprojeto poderá basear-se na primitiva proposta da Comissão Alvarenga, com alterações recolhidas nas emendas ulteriores (Lindoso, Montoro, Arbage, Rego, Sarney Filho), bem assim na manifestação do Incra ao opinar sobre o projeto Arbage. Sugiro o seguinte texto, tomando como referência a Carta em vigor e fazendo-se a renumeração de seus artigos, caso necessário:

“Art. 112 – O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

.....

VII – tribunais e juízes agrários;

.....”

“Art. 125 – Aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância, *ressalvada a competência da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral e da Justiça Agrária*;

.....

IV – os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

.....”

“Art. 142 –

.....

(17) MENDONÇA, Otávio. Justiça Agrária; paz social e desenvolvimento econômico. In: *Revista da OAB*, 22.

§ 2º – Os litígios relativos a acidentes de trabalho *urbano* (...).

§ 3º – Os litígios relativos a acidentes do trabalho rural são de competência da Justiça Agrária.”

“Art. 144 – Os órgãos da Justiça Agrária são os seguintes:

I – Tribunal Superior Agrário;

II – Tribunais regionais agrários;

III – Juizes agrários.

Parágrafo único – Lei complementar disporá sobre a organização, competência e processo da Justiça Agrária e do seu Ministério Público, observados os seguintes princípios:

I – haverá um Tribunal Superior, tribunais regionais e juizes agrários, integrados por membros togados e vitalícios, reservando-se nos colegiados um quinto aos advogados e outro a representantes do Ministério Público;

II – a Justiça Agrária será competente para todos os feitos relativos ao domínio, posse, uso e conservação das terras públicas ou particulares, excluídos os dissídios trabalhistas e incluídos os processos resultantes de delitos por motivação agrária;

III – o processo perante a Justiça Agrária terá rito especial, prevalecendo os princípios de conciliação, localização, economia, ou gratuidade, simplicidade, oralidade, mobilidade e rapidez;

IV – nas comarcas em que não existir Justiça Agrária, os respectivos processos correrão, em primeira instância, perante a Justiça estadual, com recurso para os tribunais agrários.”

“Art. 145 – São brasileiros:

.....

Parágrafo único – (...), Tribunal Federal de Recursos, tribunais agrários (...).”

“Art. 193 – O título de ministro é privativo dos ministros (...), do *Tribunal Superior Agrário* (...).”

7. A criação de uma Justiça Agrária completa e autônoma é, sem dúvida, a solução mais correta e definitiva. Ocorre, entretanto, que até

agora esbarrou em óbices intransponíveis, sobretudo de natureza orçamentária. Deve-se reconhecer, aliás, que não adiantaria implantá-la sem alicerces adequados, desde a magistratura de alto padrão, até pessoal, equipamentos e instalações capazes de garantir-lhe desempenho eficaz. Doutra modo, rapidamente resvalaria para o descrédito, na medida em que se revelasse impotente ante a tempestuosa problemática a enfrentar. Daí, e somente por isso, parece-me oportuno buscar alternativas válidas, embora imperfeitas. Estas são apenas duas: setores especializados na Justiça estadual ou na federal, uma vez que a Trabalhista ficaria desnaturada se lhe fosse imposto desvio tão profundo.

8. Quanto à Justiça estadual, nada obstaría, em tese, criarem-se varas e turmas específicas, em primeira e segunda instância, assim como existem juízes para os feitos da Fazenda, dos registros públicos ou dos menores abandonados. Eis o argumento contrário do então Senador FRANCO MONTEIRO, na justificativa de seu projeto:

“(. . .) Se, quanto a esse direito novo, decorrente da reforma agrária e expresso no Estatuto da Terra, for atribuída aplicação às Justiças estaduais, restará ele letra morta na mão de magistrados presos por interesses de família e afeição às ‘cliques’ dos terratenentes locais, exatamente nos estados e regiões menos desenvolvidos, onde a lei visou *mudar as estruturas* arcaicas e injustas.” (18)

Dirijo, sinceramente, dessa generalização, admitindo, ao contrário, ser bom o nível médio dos juizes estaduais. O que lhes falta são recursos de toda ordem: fórum, moradia, transportes, bibliotecas, escrivães, oficiais de justiça, peritos, e, não, raro, até máquinas de escrever, mobiliário e material de expediente. Assim despojados, nem eles podem nem outros quaisquer poderiam trabalhar com segurança e rapidez. Penso, todavia, que existem inconveniências muito mais graves, quanto à Justiça comum do que quanto à federal. Antes de tudo, sua extrema fragilidade da estrutura. A maioria dos estados não dispõe de recursos para melhorá-la, enquanto sobre ela desabam, cada dia, novas e imensas sobrecargas: os crimes do “colarinho branco”, as infrações contra a economia popular decorrentes do Plano Cruzado, o projeto de lei antiviolência em curso no Congresso, os delitos do trânsito alucinante, as reformas tributárias, tudo agravado pelo próprio aumento populacional e pelo progresso econômico, gerador simultâneo de riquezas e problemas. No âmbito do direito rural, um fato novo, o Plano da Reforma Agrária (Decreto nº 9.176/85), tornou quase absolutos esses inconvenientes relativos. Criado um ministério para executá-lo, foram-lhe atribuídas, através do Incra e do Getat, tarefas de nítido interesse da União. Além disso, havendo os planos regionais (Decreto nº 92.623, de 2-5-86, quanto ao Pará) definido como áreas

(18) LARANJEIRA, Raymundo. Ob. cit., p. 83.

prioritárias a superfície inteira dos estados, e somente dentro delas podendo ser desapropriadas glebas por interesse social com finalidade reformista (Constituição, art. 161; Estatuto da Terra, arts. 18 e seguintes; Decreto-Lei nº 554/69), a consequência prática é que em todo o território nacional os processos resultantes do PNRA e dos PRRAs passaram à competência exclusiva da Justiça federal. Na Amazônia, aliás, mesmo antes, dois terços das terras devolutas já haviam sido colocadas sob o domínio da União pelo Decreto-Lei nº 1.164/71, que as retirara dos estados nos 100 km marginais das rodovias federais construídas, em construção ou em projeto. Acrescento os polígonos de reserva indígena ou florestal, as áreas sob jurisdição dos ministérios militares, as faixas de fronteiras, os terrenos de marinha e os Territórios do Amapá e Roraima, onde os juízes locais se confundem com os federais (Constituição, art. 124, parágrafo único), muito pouco resta sob controle estadual, pelo menos no Brasil norte, zona de expansão agrícola galopante e, portanto, cenário predileto do direito agrário por um tempo incalculável. Excluindo, assim, os litígios trabalhistas sem vínculo federal, os crimes que não envolvam caráter político ou bens e serviços da União (Constituição, art. 125) e as ações não resultantes da reforma agrária ou não incidentes em terras sob domínio da União — tudo mais, ou seja, a grande e crescente maioria, já se encontra ou tende a ficar na competência da Justiça federal.

9. Também esta, todavia, está desaparelhada para suportar tamanho desafio. Na Seção Judiciária do Pará, por exemplo, atuam apenas dois juízes, ambos em Belém, e do melhor conceito, mas há muito impossibilitados de atenderem, com a velocidade desejável, à massa de processos que para eles afluem dos nossos 1.250.000 quilômetros quadrados. É usual serem designadas audiências com intervalos superiores a seis meses, e haver processos, em primeira instância, com vários anos de tramitação. Por outro lado, o mero acréscimo dos juízes não resolveria o impasse, enquanto os mesmos estivessem todos nas capitais. É óbvio que seria indispensável criar, embora paulatinamente, como se fez na Justiça do Trabalho, tantas varas quantos fossem os locais de notória turbulência rural e, em cada qual, colocar pelo menos dois juízes, o titular e um substituto, dando-lhes a melhor estrutura possível, inclusive transporte próprio ou verbas para os deslocamentos necessários. Essa implantação estaria muito facilitada pelos arts. 121, § 2º, 123, § 2º, 124 e 126 da Constituição, reproduzidos nos arts. 5º, § 1º, 89 e 90 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Neles está prevista a especialização de seções ou turmas do TFR, a multiplicidade e localização dos juízes federais. E na própria Lei da Justiça federal (nº 5.010/66) poucos dispositivos precisariam ser alterados, uma vez que:

- a) o Conselho da Justiça Federal, integrado pelo Presidente, Vice-Presidente e três Ministros do TFR (art. 4º), pode especializar

varas, fixar-lhes sede fora da capital e atribuir competência pela natureza dos feitos a determinados juizes (arts. 6º, XI, e 12); com esse claro intuito, está transitando na Câmara o Projeto número 6.592/85, do Deputado paraense João Marques, criando a Vara de Marabá, no centro de maior turbulência agrária da Amazônia, se não do Brasil;

- b) a jurisdição dos juizes federais de cada seção abrange toda a área territorial nela compreendida, e eles poderão deslocar-se de sua sede para qualquer outro ponto da seção (art. 11);
- c) aos juizes federais substitutos incumbe substituir os juizes federais nas suas férias, licenças e impedimentos eventuais e auxiliá-los em caráter permanente, inclusive na instrução e julgamentos de feitos, na forma que o Conselho da Justiça Federal estabelecer (art. 14);
- d) os juizes federais possuem residência obrigatória nas sedes de suas varas e delas não se podem ausentar sem autorização do corregedor (art. 30);
- e) as únicas normas da Lei nº 5.010 a reclamarem adaptação seriam os arts. 24 e seguintes, relativas ao concurso para a Magistratura federal, onde o direito agrário deveria ser introduzido, quer como matéria de prova (art. 24 § 1º), quer como especialidade dos examinadores (art. 25).

10. O rito dos processos agrários, enquanto não regulado por normas especiais, poderia ser agilizado com pequenas alterações no art. 107 do Estatuto da Terra, no art. 275 do Código Processual e na Lei nº 6.825, de 22-9-80. Pelo primeiro, os litígios entre proprietários e arrendatários já se encontram submetidos ao processo sumaríssimo, também aplicável, pelo segundo, aos arrendamentos, parcerias, indenizações por dano ou uso nocivo dos prédios rurais e às servidões de passagem (letras *b, d, j* e *l*). E, quanto à Lei nº 6.825, simplifica as ações em que interferem as pessoas jurídicas federais. Porém, como os feitos agrários não são apenas aqueles e nem sempre há interveniência da União ou entidades vinculadas, tais dispositivos deveriam se tornar abrangentes, mencionando os processos *em bloco* e suprimindo as restrições atuais.

11. A faculdade de transferir à Magistratura estadual parte da competência federal, na forma do art. 126 da Constituição e do art. 15 da Lei nº 5.010/66, jamais foi utilizada quanto aos litígios rurais e, ainda quando o fosse, já se demonstrou que os estados não possuem arcabouço bastante para suportá-los. Decerto tal transferência deverá ser feita, enquanto inexistirem varas federais suficientes, mas sempre como sucedâneo transitório, não como regra pertinente, mantendo os recursos ao TFR, prescritos naquele dispositivo constitucional, para uniformidade da jurisprudência.

dência. Por isso mesmo, conviria, adotada essa alternativa, aumentar o número de ministros desse órgão superior e nele estabelecer seções ou turmas especializadas, conforme permite o art. 121, § 2º, da Constituição.

12. O restante seriam adaptações no Regimento Interno do TFR, que distribui seus 27 membros atuais, excluindo o Presidente, o Vice e o Corregedor em seis turmas de quatro ministros, grupadas 3 a 3 em duas seções especializadas. Os assuntos de direito agrário não se encontram reunidos, competindo parte à primeira e parte à segunda seção (art. 10). Ampliado, entretanto, o número de ministros, os quatro novos poderiam integrar turma exclusivamente destinada àqueles processos, assegurando-lhes a velocidade imprescindível, dado o volume oriundo dos juízes agrários espalhados no país inteiro.

13. Finalmente, o elenco dos processos agrários, do qual dependerá a competência quer da Justiça própria, quer da federal, se a ela forem submetidos, tanto pode ser feita desde logo, no próprio texto constitucional, como, evitando sobrecarregá-lo, transferida para etapa posterior, a nível da legislação ordinária, o que me parece preferível, salvo quando já exista na Constituição dispositivo a ser adaptado. Nesse caso, o anteprojeto da emenda bastaria ser o seguinte:

“Art. 121 – O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de 31 ministros (...).

.....
§ 3º – Uma das turmas a que se refere o parágrafo anterior terá competência especializada para os processos agrários.”

“Art. 124 – Cada estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária, que terá varas localizadas segundo o estabelecido em lei, inclusive as de competência especializada para os processos agrários.

.....”
“Art. 125 – Aos juízes federais compete processar e julgar em primeira instância:

.....
XI – os processos agrários, conforme lei complementar, que preverá:

1) competência sobre todos os feitos relativos ao domínio, posse, uso e conservação das terras públicas ou particulares;

2) exclusão dos dissídios trabalhistas e inclusão dos processos resultantes de delitos por motivação agrária;

3) rito especial, prevalecendo os princípios de conciliação, localização, economia, ou gratuidade, simplicidade, oralidade, mobilidade e rapidez.

.....

§ 5º – Os processos agrários serão propostos na comarca onde ocorrer o fato ou estiver situado o bem que lhes deu causa, perante a vara federal, quando existir, e, na sua falta, perante a Justiça estadual, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos.”

“Art. 142 –

.....

§ 2º – Os litígios relativos a acidentes do trabalho urbano são da competência da Justiça ordinária.

§ 3º – Os litígios relativos a acidentes do trabalho rural são da competência da Justiça federal, nos termos do § 5º do art. 125.”

14. Estas sugestões basearam-se, evidentemente, no texto da Carta em vigor, devendo ser adaptadas às mudanças porventura introduzidas na futura Constituição, como seria aquela dos tribunais federais regionais, competentes para os recursos ordinários, passando o TFR a Tribunal Superior Federal. Se assim for, aliás, tanto melhor para a Justiça Agrária, cuja segunda instância ficará mais próxima, mais célere e menos centralizada. Dispensável, então, seria o aumento dos ministros do TFR, bastando a especialização de turmas, quer nele, quer nos tribunais regionais.

15. CONCLUSÕES:

I – É inadiável criar a Justiça Agrária brasileira, devendo a OAB propô-la e sustentá-la perante a Constituinte de 1987, pelos meios e nos momentos que ao Conselho Federal parecerem adequados.

II – A Justiça Agrária poderá ser implantada como órgão autônomo do Poder Judiciário ou setor especializado da Justiça federal, nos termos expostos nesta tese, e substituída pela Justiça comum nos lugares em que ainda não estiver funcionando.

III – A seu critério, o Conselho Federal encaminhará uma, outra ou ambas as sugestões, modificando-as naquilo que julgar necessário, para facilitar sua imediata aprovação.

Justiça Agrária

Proposta à Assembléia Nacional Constituinte

WELLINGTON DOS MENDES LOPES

Membro dos Serviços Jurídicos da União. Ex-Subprocurador-Geral da Procuradoria-Geral do INCRA. Consultor Jurídico do Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário. Membro fundador do Instituto de Direito Agrário de Brasília e do Instituto Maranhense de Direito Agrário e Estudos Rurais. Membro fundador do Conselho Consultivo da Asociación Rioplatense de Derecho Agrario

A complexidade e os problemas emergentes do meio rural brasileiro levam-nos a afirmar que a criação da Justiça Agrária é uma necessidade premente, irreversível.

2. RUI BARBOSA, quando em excursão eleitoral aos Estados da Bahia e Minas Gerais, dizia:

“Praticamente, porém, estas reformas [hipoteca e penhor agrícola], bem assim quantas do mesmo gênero se queiram multiplicar, ainda não acertaram no ponto vital. Consiste ele na efetividade rigorosa dessas garantias, isto é, criação de uma justiça chã e quase gratuita, à mão de cada colono, com regime imbuível, imprutelável, inchacável.”

Portanto, já àquela época, Rui Barbosa clamava pela instituição de uma justiça especializada no campo.

3. Em 10-10-22, pela Lei estadual nº 1.869, por iniciativa de Washington Luís, instituiu-se a Justiça Agrária no Estado de São Paulo, que, todavia, não prosperou (sobre a matéria, ver o artigo de J. Motta Maia, publicado na *Jurídica*, 91, out./dez. 1965, pp. 554 ss.). O mesmo ocorreu no período 1927/30, no governo de Júlio Prestes.

Vários projetos de Código Rural procuraram contemplar a Justiça Agrária: anteprojeto de código apresentado por comissão integrada, dentre outros, por Luciano Pereira da Silva, João Soares Palmeira e

Adamastor Lima; substitutivo de Francisco Malta Cardoso, 1943; por Joaquim Luís Osório, J. Loureiro da Silva e Félix Contreiras Rodrigues; mais timidamente, projeto de Borges de Medeiros; projeto elaborado por Edgar Teixeira Leite e Adamastor Lima, e o apresentado pela Comissão Especial instituída no Ministério da Agricultura, pela Portaria nº 322, de 7-10-68. Mais recentemente, José Lindoso, Rogério Rego, Jorge Arbage e Sarney Filho. A institucionalização da Justiça Agrária é defendida pela unanimidade dos agraristas brasileiros.

4. EDUARDO ESPÍNDOLA, ao estudar as funções do Estado, mostra-nos que

“para que o direito, reconhecido e positivado pelo Estado, em sua função legislativa, seja observado, para que os deveres jurídicos de uns sejam cumpridos e satisfeitas as pressões de outros, é necessário que se determine na organização poder social, na constituição política, o modo por que se exercerá a coerção, o órgão destinado a exercer a autoridade, no tocante à aplicação das leis.” (*Tratado de direito civil*, v. 1, p. 150)

5. A função jurídica, sem sombra de dúvida, consiste em pronunciar e aplicar o direito, estabelecer e assegurar as relações jurídicas, fazer cumprir as regras de conduta formuladas pelas leis.

6. Em que pese ao direito ser um só, evidentemente, cada ramo do direito tem características e exigências próprias, que diferem das dos outros, porque diverso é o setor da realidade social a que se refere.

7. CARLOS MAXIMILIANO, por sua vez, ressalta que

“preceito preliminar da hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma, e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo do direito a que a mesma pertence, visto criarem o critério da interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que trata.”

E explica:

“A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutável no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outras especiais, exigidas pela natureza das regras jurídicas, variáveis conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam.”

E conclui:

“O que não partir desse pressuposto, essencial à boa hermenêutica, incidirá em erros graves e freqüentes.” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 6ª ed., p. 375)

8. Ora, se todo ramo do direito tem suas peculiaridades e suas exigências próprias; se um é “objetivista” e se outro é “subjetivista”, se a um interessa mais o **factum externum** e ao outro mais importa o **factum internum**, depreende-se, de forma insofismável, que cabe ao juiz ou ao tribunal não ter uma única teoria orientadora para interpretar e aplicar as leis.

9. A cidade e o campo são dois fenômenos diversos, como já referido em estudos de sociólogos, principalmente os de Sorokin, Zimmerman e T. Lynn Smith, mesmo com todas as constantes transformações.

10. A idéia de um direito dinâmico, afinado com as realidades de nossa época e do futuro que desponta numa antecipação da história, também foi idéia de um dos maiores pensadores do século, JOSÉ ORTEGA Y GASSET, para quem

“O homem precisa de um direito dinâmico, um direito plástico e em movimento, capaz de acompanhar a história em suas metamorfoses. Um direito semovente, de que é expressão o moderno direito civil e o direito público.” (*La rebelión de las masas*. 41ª ed. Madri, Ed. Revista de Occidente, 1970. p. 281)

11. A deficiência da nossa administração judiciária, cada vez mais uma justiça onerosa, difícil, complicada, formalista e inacessível aos menos aquinhoados de pecúnia, tem sido objeto de muitas preocupações por parte dos nossos juristas e legisladores. Reformas profundas deverão ser feitas. Não podemos aceitar aquela observação tantas vezes registrada de GUILHERME HOWARD TAFT:

“(...) o que tende a prolongar ou demorar o processo é uma grande vantagem para o litigante que tem a maior bolsa. O indivíduo que joga no pleito judicial tudo o que possui é prejudicado por um contendor mais capaz, de mais recursos. Prolonga-se a lide em detrimento do contendor que fica, durante maior tempo, privado daquilo a que tem direito.”

12. Diante desse quadro, já há algum tempo, a especialização da magistratura é um fato inexorável. Assim, a Constituição federal vigente, no seu art. 112, estabelece:

“**Art. 112** — O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal;
- II — Conselho Nacional da Magistratura;
- III — Tribunal Federal de Recursos e juízes federais;
- IV — tribunais e juízes militares;
- V — tribunais e juízes eleitorais;
- VI — tribunais e juízes do trabalho;

VII — tribunais e juizes estaduais.”

13. Inconcebível, portanto, nos tempos de hoje, a inexistência de uma Justiça Agrária.

14. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA comenta, referindo-se ao Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64):

“Não descurando os planos assistenciais, técnicos e financeiros, omitiu, entretanto, o Estatuto um aparelho judiciário adequado. Com efeito, não basta lançar as bases de uma política agrária, nem formular conceitos novos de relações humanas. Entregue à justiça ordinária o desate das controvérsias, faltarão o dinamismo indispensável a que se lhe imprima rapidez e objetividade.

De nada valeria toda uma legislação social avançada se não houvesse o Brasil criado uma Justiça do Trabalho, que a aplique. Não é questão de pessoal, pois que das mesmas faculdades saem os que vão integrar a Justiça comum e a Justiça Trabalhista. É uma decorrência da criação de critérios que modelam as mentalidades. A Comissão Agrária instituída no Estatuto da Terra (art. 42) ficou provida de atribuições simplesmente administrativas. É insuficiente. Cumpre dar nascimento a órgãos jurisdicionais especializados para que haja eficiência na aplicação do estatuto e, particularmente, para que este imponha a inspiração de sua própria filosofia.” (Condomínio e incorporações. Rio, Forense, 1967, p. 39)

15. As questões agrárias, inclusive o processo discriminatório de terras devolutas, as desapropriações por interesse social, para fins de reforma agrária, a propriedade rural, os dissídios trabalhistas rurais, o imposto sobre a propriedade territorial rural, a previdência social rural, a preservação dos recursos naturais renováveis, a propriedade consorcial indígena, a posse agrária, crédito rural, contratos agrários e demais relações de direito agrário exigem a especialização da Justiça.

16. Por sua vez, está demonstrada a ineficiência da judicatura ora existente para os litígios do campo. OTÁVIO MENDONÇA afirma:

“A situação atual é confusa, dispendiosa, inoperante. Ninguém sabe, de plano, a quem recorrer. Os problemas agrários estão repartidos entre três justiças: a **comum**, a **federal** e a **trabalhista**. Os limites de suas competências são, muitas vezes, difíceis de definir. Compete, por exemplo, à Justiça comum um litígio sobre título expedido pelo Estado em favor de particular. Porém, se o mesmo pode ser anulado, e a terra, que voltaria a ser devoluta, se encontra na faixa rodoviária transferida pelo Decreto-Lei nº 1.164/71 para o

domínio da União, esta se torna litisconsorte necessária, e o processo será desaforado para a Justiça federal. Quanto ao trabalho, se o empregado rural reclama seu salário de um empreiteiro, que, por sua vez, contratou serviço global com o proprietário da gleba, a competência será da Justiça do Trabalho. Caso esta exista, o dissídio permanece estadual. Não é raro, na Amazônia, que a dúvida inicial da competência desanime tanto as partes como seu advogado, e acontece, com frequência, que o mesmo caso seja submetido sucessivamente a duas ou três jurisdições, com dispêndio de tempo, de trabalho e de recursos, que compromete irremediavelmente a fé do cidadão na prestação jurisdicional que lhe é devida. Acresce que, na organização judiciária dos estados, coexistem termos e comarcas, e, dentro destas, varas diferentes, sendo algumas privativas. Também não é raro, por isso, que a confusão se estabeleça entre a competência dos pretores e a dos juizes, ou entre a dos titulares de varas diversas. E ainda não é tudo. O processo judiciário comum, inevitavelmente, é lento e caro. A despeito de que o novo Código Processual procurou torná-lo rápido e barato, na prática seus resultados foram modestos. E tanto isso é verdade que ninguém recorre à Justiça para as chamadas "pequenas questões". Nas capitais, existem os serviços de assistência judiciária e os de prática jurídica, anexos aos cursos de Direito, ambos, aliás, exercidos com grande devotamento. Porém, no interior não há uma coisa nem outra, e, como aí, na sua grande maioria, as questões são necessariamente pequenas, pelo menos quanto ao valor, a conseqüência melancólica é que a Justiça não atinge o povo, e este se resigna aos acordos, às imposições ou ao simples abandono, tudo significando a mesma coisa, que é a inoperância do sistema jurisdicional." (Justiça agrária, paz social e desenvolvimento econômico. In: **Revista da OAB**, 3 (22): 220-221)

17. Faça-se um parêntesis. Alguns dizem que, alterando-se disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil, poder-se-iam resolver os litígios agrários. Outros defendem a simples criação de varas especializadas (ou câmaras); aliás, no que se refere a esta idéia, existem problemas de ordem constitucional; por exemplo, o respeito ao sistema federativo.

Com a criação dessas varas e de cargos de juizes federais itinerantes, não vemos como os procedimentos poderão ser mais eficazes, ágeis, se no programa para o concurso desses juizes não constar a matéria **Direito Agrário**. Os problemas agrários não se resumem simplesmente aos conflitos fundiários. Essa é uma visão distorcida da atividade agrária. Por seu turno, mesmo existindo no programa concursal essa matéria, os procedimentos processuais continuarão jungidos

às regras do Código de Processo Civil. É necessário, por exemplo, instituir o poder cautelar geral e *ex officio* do juiz agrário, inclusive para evitar despejos de famílias de camponeses, de forma violenta. No próprio Código Civil — art. 502 — remanesce o chamado desforço pessoal ou de mão própria, resquício medieval da justiça privada. A lei há de considerar, outrossim, as desigualdades sociais. São medidas paliativas. Obviamente, todos querem a descentralização e a desburocratização da máquina judiciária, mas devem-se encontrar soluções realistas e concretas.

18. A criação de uma Justiça Agrária é indispensável. As correntes doutrinárias contrárias à sua criação, ou de natureza conservadora e obstrucionista ou de natureza demagógica e agitacionista, não merecem acolhida por serem extremistas. Também a alegação da falta de verbas ou da grande despesa que se faria em face da implantação de tal justiça não mais se justifica. C. J. ASSIS RIBEIRO, com muita propriedade e ênfase, diz que

“esse argumento, apesar de velho, impressiona. E, por isso, nunca deixou de ser repetido pelos conservadores e obstrucionistas, conforme o tipo de justiça especializada que está na ordem do dia. Combateram a criação da Justiça Eleitoral (...) investiram contra os tribunais federais de recursos; (...) deblateraram contra a Justiça do Trabalho, ainda com ênfase, batendo nessa mesma tecla de economia; atacaram a criação dos juizes federais, em face de idêntico ponto de vista. Acontece, porém, que o problema da organização e do funcionamento do Poder Judiciário não pode ser apreciado e julgado em termos tais, isto é, em termos de despesas. O destino da comunidade nacional, em grande parte, para constituir elemento de vida do organismo do Estado, depende do harmônico funcionamento do Poder Judiciário. É essa harmonia decorre, inegavelmente, da especificação da Justiça, que contribui para a segurança nacional, no que esta expressão ressalta de preservante do complexo do organismo nacional, frente à reação dos antagonismos que podem incidir sobre os sistemas fundamentais que o integram.” (monografia apresentada ao IAB em 1976)

A Justiça do Trabalho, em verdade, surgiu antes da Consolidação das Leis do Trabalho, portanto, o argumento que seria necessário ante a existência de um código agrário e de um código de processo agrário ou de uma consolidação das leis agrárias, não elide que se crie a Justiça Agrária, primeiramente.

Outros mais radicais acreditam, utopicamente, que a Justiça Agrária só deveria ser criada com profunda mudança estrutural. Exigem, primeiramente, alterações substanciais no contexto histórico, político e econômico vigente. Na realidade, desconhecem a correlação das forças políticas e sociais no Brasil. Desconhecem a própria história.

O próprio processo dialético. No fundo, compartilham com os obstrucionistas e conservadores.

19. Oportunos a afirmativa e o ensinamento de ANTONINO C. VIVANCO (*Teoría de derecho agrario*, 1967, v. 1, pp. 316-317):

“En síntesis puede afirmarse que, en la legislación agraria, la existencia de tribunales agrarios como órganos jurisdiccionales competentes en materia agraria sea cual fuere la cuantía del asunto litigioso es de importancia fundamental por diversos motivos:

1) necesidad de que los organismos decisorios sean judiciales a fin de obtener por intermedio de ellos la máxima garantía y la independencia propia del poder judicial;

2) especialidad en el conocimiento de la materia lo que permite desde todo punto de vista una mayor seguridad en las decisiones y mejor apreciación de las cuestiones ventiladas en el proceso;

3) creación de una jurisprudencia agraria que permitirá determinar el contenido y alcance de la legislación agraria e irá marcando rumbos en cada país según los casos que se vayan presentando, los cuales en el transcurso del tiempo permitirán formar una casuística importante para servir de aporte fundamental a la elaboración legislativa;

4) permitirá unificar el criterio de aplicación de la ley agraria por medio de un conocimiento cabal de la legislación agraria y de las personas que deben someterse a dicha regulación;

5) será siempre la mejor garantía para los sujetos agrarios que necesitan de la asistencia judicial a fin de lograr que se les haga justicia en sus reclamos;

6) contribuirá a elaborar una doctrina de derecho agrario la cual a su vez influirá de modo decisivo en la legislación agraria, todo lo cual redundará en beneficio del derecho agrario y de la justicia y equidad en la aplicación de una normatividad jurídica que requiere siempre el conocimiento de la realidad técnica que regula y de la gente que la realiza;

7) asegurará la defensa en juicio de los campesinos que no disponen de tribunales adecuados para sus necesidades y para la mejor defensa de sus derechos.”

20. Evidentemente, critérios deverão presidir a criação de tribunais agrários, critérios que, sem dúvida, tenham como objetivo final uma justiça dinâmica e justa. Para JUAN J. SANZ JARQUE.

“es preciso partir de una doble realidad. De una parte, que, en la mayoría de las legislaciones del mundo, la tenden-

cia general se dirige a establecer tribunales agrarios especiales y especializados. Y de otra, que cada nación organiza sus instituciones públicas, en el caso actual sus tribunales y procesos, según los condicionamientos históricos. la complejidad de asuntos, el número de litigios, la situación económica, las demarcaciones geográficas y la índole más o menos rural del país.

En todo caso, entendemos que, en esta materia, los criterios que han de presidir la orientación de todas las legislaciones habrán de ser los de tribunales independientes, imparciales y competentes; que, bien pertenezcan a la jurisdicción ordinaria bajo la estructura común o la especializada, bien sean tribunales especiales o, en ciertos casos más singulares, sean tribunales administrativos, siempre la última instancia decisora del litigio ha de estar encomendada a órganos del poder judicial.

En cuanto a los procesos, que estén regulados por criterios de sencillez y libertad de forma; brevedad, con plazos cortos; de uniformidad en todos los casos de análogas situaciones; competencia, según el fuero del lugar de situación de la cosa; favorable siempre al campesino de modesta condición; concentrado, reuniéndose en las mínimas actuaciones procesales las máximas diligencias de tramitación; y publicidad, para conocimiento de todos los interesados y ciudadanos de los medios rurales." (*Derecho agrario*. Madri, 1975, pp. 684-685)

21. É bom que se ressalte, a fim de que evitemos interpretações apressadas, que os órgãos de aplicação da lei agrária podem ser administrativo e jurisdicional. Enquanto o primeiro, órgão ligado ao Poder Executivo, tem como atribuição essencial intervir nos casos em que se deve determinar algum direito por meios técnicos: fixação de preço, determinação da qualidade do solo etc., ou bem desempenhar a precíua função de conciliador ou se constituir num meio de evitar questões litigiosas; o segundo ocupa-se das questões litigiosas.

22. Tratando-se de órgão aplicador da lei, no âmbito administrativo, teríamos o Contencioso Administrativo Agrário, cuja atuação localizada e ágil reduziria as questões de terra. Nesse caso, por que não aproveitarem-se as declarações de áreas prioritárias, para fins de reforma agrária, e, nessas regiões, implantá-lo? Não é necessário se aguardar o advento da nova Carta política.

23. A justiça, no Brasil, é para o homem da cidade. Veja-se o que disse JOÃO BATISTA HERKENHOFF, que demonstra a dificuldade

de acesso à via judicial, pelo rurícola, para buscar a prestação jurisdicional (em estudo publicado na **Revista da OAB**, 6 (15), jan./abr. 1975):

“A principal anomalia do arcabouço legal vigente, no que se refere ao trabalhador do campo, é que duas justiças são competentes para conhecer das reclamações que esse trabalhador tenha de formular: a Justiça do Trabalho e a Justiça comum. Será competente a Justiça do Trabalho quando se verificar a relação de emprego. Será competente a Justiça comum naqueles casos que configuram contratos regulados pelo Estatuto da Terra e que, antes deste, eram regulados pelo Código Civil.

Se o camponês entra, por exemplo, com uma reclamação perante a Justiça do Trabalho e, nesta, a relação de emprego deixa de ser reconhecida por entender o órgão julgador que o reclamante era apenas parceiro, a decisão do pretório trabalhista é no sentido de declinar sua competência, obrigando o rurícola a renovar o feito perante a Justiça comum. Nesta, o litigante terá, como única facilidade, a via do procedimento sumariíssimo (art. 275, inciso II, letra b, do Código de Processo Civil).

Esquemáticamente, pode-se alinhar que a prestação jurisdicional ao camponês é precária porque:

- a) existem duas justiças competentes para conhecer de controvérsias oriundas da relação de trabalho rural: Justiça do Trabalho (contrato de trabalho rural) e Justiça comum (relações de trabalho regidas pelo Estatuto da Terra, bem como acidentes do trabalho); essa duplicidade gera confusão, na mente do rurícola, e embaraços quando uma pretendida relação de emprego é rechaçada pelo órgão julgador, não obstante haja direitos a serem satisfeitos pelo dono da terra; nesta hipótese, o pedido deve ser renovado perante a Justiça comum;
- b) na Justiça comum, as causas de arrendamento rural e de parceria obedecem ao procedimento sumariíssimo, que, contudo, ainda não é tão simples quanto as hipóteses exigem; responsável, outrossim, pela tutela de outros relevantíssimos interesses da pessoa humana, nem sempre pode a Justiça comum dar às questões agrárias andamento rápido;
- c) à falta de jurisdição especializada, os dissídios trabalhistas rurais prolongam-se por muito mais tempo do que seria razoável mesmo na Justiça do Trabalho;
- d) as questões oriundas de relações de trabalho rural e outras questões agrárias têm peculiaridades que não

podem ser perfeitamente equacionadas nem pela Justiça comum, nem pela Justiça do Trabalho.”

24. Contudo, adverte VIRGÍLIO CAMPOS, Procurador da Fazenda Nacional:

“A Justiça Agrária há que ser uma justiça de novo tipo, livre dos ranços civílistas, do individualismo e do burocratismo estatizante, pseudamente socialista. Ela há que atuar nas zonas de mais agudos conflitos, em contato direto com a crua realidade do meio rural, que há quase um século escandalizava Nabuco e Euclides da Cunha. Os juízes, além de juristas modernos, libertos do praxismo e da rotina judiciária estéril, abertos à nova legislação, deverão aliar, aos indispensáveis conhecimentos jurídicos, conhecimentos de sociologia e economia. Mais que um juiz, sentado no alto de sua cadeira pretoriana, ele deverá ser um técnico voltado para a solução de ingentes problemas sociais e econômicos. Nada de ações divisórias e possessórias apreciadas e julgadas na penumbra dos gabinetes: elas não que ser decididas no local dos fatos, na visualização clara do conflito em concreto, nunca através de um pálido e distorcido retrato trazido às páginas incolores de autos amorfos.” (IV — Justiça Agrária — reforma do Judiciário. In: **Jornal de Brasília**)

25. A prestação jurisdicional é um dever inarredável do Estado. Devemos buscar um novo direito. A justiça é o exercício de um direito capaz de assegurar a presença e a força da justiça social. Enfim, a justiça deve ser o objeto, a razão de ser das instituições sociais. Entretanto, o Poder Judiciário, no Brasil, não pode ser acusado por todas as mazelas. É fato a morosidade processual, o acúmulo de serviços, a má remuneração dos magistrados.

26. Os poderes são harmônicos e independentes entre si, mas não basta, é indispensável que sejam eqüipotentes. Se a realização da Justiça é dever do Estado, não pode persistir a atual “dependência econômica, administrativa e, num certo sentido, até mesmo política, do Poder Judiciário aos outros Poderes e, principalmente, ao Poder Executivo”, como ressaltou o Ministro ANTONIO BRANCACIO, da colenda Corte de Cassação da Itália, em sessão especial do TFR, em 21-8-86 (DJ, 14-10-86, p. 19.214).

27. Para TADEU BARBOSA, o

“Poder Judiciário é o menos culpado pelo seu emperramento. Não participando do processo de elaboração das leis que o regulamentam, ficando à margem do processo decisório, sequer decidindo qual sua verba orçamentária, o Judiciário é o último dos culpados.” (O que é Justiça. São Paulo, Brasiliense, 1983. p. 59).

28. No Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, em agosto de 1983, enfáticas foram as palavras do Ministro SIDNEY SANCHES, do egrégio Supremo Tribunal Federal:

“Qual é o poder que está mais qualificado para dizer quantos cargos devam existir no Tribunal de Justiça? Quantos desembargadores, quantos juizes, quantos escreventes, quantos oficiais de justiça, qual é o poder que está mais qualificado para isso? Será o Executivo? Será o Poder Legislativo? Será que o Poder Judiciário terá de usar de instrumentos político-partidários para conseguir do Executivo, do Legislativo isso que ele necessita para existir? Não é para se impor; é para existir.” (Anais, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Ed. OAB. p. 222)

29. A crise da justiça não é uma crise só do Poder Judiciário, como do próprio sistema legal ilegítimo, autoritário (seja de direita, seja de esquerda) por ausência da democracia. Como observa o Ministro ANTONIO BRANCACIO,

“diante de uma crise que não é somente uma crise da Justiça no Brasil, mas uma crise da Justiça que toca um pouco todos os países do mundo, ao menos os países que revelam suas estatísticas, ou seja, os países democráticos, os quais revelam a sua situação.”

30. No Brasil, por razões históricas, a crise é por demais contundente, cruel. Entre outros aspectos relativos a falhas na administração da justiça, TADEU BARBOSA não olvidou a questão do acesso. Isto é, a discriminação, a eletividade do sistema:

“Normalmente ela [a justiça] se polariza sobre os feitos que considera de maior importância, segundo critérios relativos, relegando a um plano inferior os pequenos direitos, esquecendo-se que eles podem ser vitais para os mais humildes, deixando-os, na prática, sem qualquer proteção.” (ob. cit., p. 60)

31. A Justiça Agrária deve ter caráter nacional, organizada autonomamente em relação às justiças (federais ou estaduais) atualmente existentes. Deve-se ocupar de lides essencialmente sociais, priorizando os interesses coletivos. O tratamento judiciário especializado que se defende visa tornar a justiça mais célere. A presumível perda de competência ou do poder dos magistrados federais (Justiça federal) ou estaduais, não infirma que deixam de ter um papel fundamental na sociedade democrática, pois a instituição “Poder Judiciário” permanece inalterada, intacta.

32. De muita importância será a lei que estabelecerá a competência e a organização dos órgãos jurisdicionais agrários, principalmente quanto à atuação dos juízos singulares agrários (que deverão ser loca-

lizados em comarcas), além do que entre os serventuários da justiça deverão constar agrônomos, cartógrafos, sociólogos, geógrafos, veterinários, agrimensores, técnicos agrícolas, assistentes sociais, ecólogos e topógrafos. Por outro lado, a justiça deve ser sobretudo acessível e gratuita, para os posseiros, pequenos proprietários e camponeses.

33. Através da Justiça Agrária ter-se-á uma das forças propulsoras e criadoras do direito: a jurisprudência, só que especial, específica de direito agrário, cuja autonomia legislativa, científica e didática é indiscutível, faltando-lhe, apenas, a jurisdicional.

34. Em anexo, juntamos proposta à nova Constituição, sujeita, é evidente, a sugestões e críticas. Cabe-nos, por último, aduzir que, do ponto de vista do ideal, em cada estado-membro, deveriam ser criados tribunais regionais agrários, porém há de se encontrar o factível, o possível; nestes termos, sugerimos a criação desses tribunais em cada região geográfica do país e onde as lides fundiárias são mais intensas.

Existem outras idéias, tais como: uma Justiça Agrária tendo como modelo a organização da Justiça Eleitoral ou da Trabalhista. Todas, com suas vantagens e desvantagens. Aproveitemos o momento histórico que se nos apresenta para discussão do tema "Justiça Agrária" na Assembléia Nacional Constituinte e sua conseqüente materialização e inclusão na nova Carta Magna.

35. Finalmente, esclareça-se que a implantação dessa Justiça poderá ser feita por etapas, ou seja, as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste teriam prioridade. Não podemos desconhecer as lides agrárias, peculiaridades que são, necessitam de tratamento judiciário especializado, voltado para o homem do campo, para as atividades agrárias.

PROPOSTA À ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

— O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal;
- II — Conselho Nacional da Magistratura;
- III — Tribunal Federal de Recursos e juízes federais;
- IV — tribunais e juízes militares;
- V — tribunais e juízes eleitorais;
- VI — tribunais e juízes do trabalho;
- VII — tribunais e juízes agrários; e
- VIII — tribunais e juízes estaduais.

— Os órgãos da Justiça Agrária são os seguintes:

- I — Tribunal Superior Agrário;
- II — tribunais regionais agrários; e
- III — juízes agrários.

§ 1º — O Tribunal Superior Agrário compor-se-á de 13 juízes vitalícios, com a denominação de Ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo quatro dentre juizes federais; três dentre membros do Ministério Público federal; dois dentre membros dos serviços jurídicos da União; dois dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos estados, do Distrito Federal e dos territórios; e dois dentre advogados, todos com os requisitos do parágrafo único do art. 118. Após a primeira nomeação dos quatro juizes federais e dos três procuradores da República, as seguintes só se darão dentre juizes e procuradores agrários.

§ 2º — Serão criados cinco tribunais regionais agrários: um na capital do Estado do Pará; um na capital do Estado de Pernambuco; outro na capital do Estado de Goiás; outro na capital do Estado do Rio de Janeiro, e o quinto na capital do Estado do Paraná; cada um composto de sete juizes nomeados pelo Presidente da República, sendo dois dentre juizes federais; um dentre advogados; dois dentre membros do Ministério Público federal; um dentre membros dos serviços jurídicos da União; e um dentre magistrados ou membros do Ministério Público dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, respeitada a jurisdição de cada tribunal, todos com os requisitos do parágrafo único do art. 116. Após a primeira nomeação dos dois juizes federais e dos dois procuradores da República, as seguintes só ocorrerão dentre juizes e procuradores agrários.

§ 3º — Os juizes agrários serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos, sempre que possível, em lista tríplice, organizada pelo Tribunal Superior Agrário. Ressalvada a primeira investidura, que se baseará em títulos, exigindo-se o mínimo de dez anos de experiência em direito agrário, o provimento do cargo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, organizada pelo Tribunal Superior Agrário, devendo os candidatos atender aos requisitos de idoneidade moral e de idade superior a vinte e cinco anos, além dos especificados em lei.

§ 4º — Compete à Justiça Agrária processar e julgar as questões oriundas das relações reguladas pela legislação agrária, inclusive:

I — as questões possessórias ou dominiais que versem sobre imóvel rural, público ou particular;

II — as ações discriminatórias de terras devolutas, federais ou estaduais;

III — as ações demarcatórias, reivindicatórias ou divisórias de terras públicas, federais, estaduais ou municipais;

IV — as desapropriações de imóveis rurais por interesse social, para fins de reforma agrária, irrigação e proteção ambiental, florestal ou indígena;

V — as questões que digam respeito a aplicação, incidência e cobrança do imposto sobre a propriedade territorial rural;

VI — as questões referentes a floresta, água, pesca, aos recursos naturais renováveis, desde que atinentes à atividade agrária;

VII — as questões relativas a contratos agrários, compreendidos entre eles, também, os vinculados à atividade de fomento, de produção ou comercialização agropecuários;

VIII — os dissídios relativos a acidentes do trabalho rural;

IX — as questões que versem sobre contratos de empreitada rural;

X — as relações de direito previstas nas leis agrárias e no Código Civil sobre matéria jurídico-agrária, quando versarem interesses rurais assim definidos em lei;

XI — os dissídios individuais ou coletivos, oriundos de relações de trabalho entre empregadores e trabalhadores rurais, regulados em lei de natureza agrária; e

XII — as questões que versarem sobre a propriedade consorcial indígena.

§ 5º — Das decisões do Tribunal Superior Agrário somente caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal quando contrariarem esta Constituição.

§ 6º — A competência e a organização dos órgãos jurisdicionais agrários serão estabelecidas em lei.

§ 7º — O Ministério Público Federal Agrário será criado por lei.

§ 8º — A União, os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios deverão unir seus esforços e recursos administrativos e financeiros mediante convênio, visando à implementação da Justiça Agrária.

A natureza especial da Justiça do Trabalho e sua origem democrática

JÚLIO CÉSAR DO PRADO LETTE

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Titular do Quadro de Consultores da Organização Internacional do Trabalho. Membro da Comissão Revisora da Consolidação das Leis do Trabalho (1974/77). Advogado da Confederação Nacional da Indústria (1954/81). Consultor Técnico do Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso Nacional (IPEAC)

LORDE BRYCE, quando escreveu, em 1924, seu precioso livro sobre as democracias modernas ⁽¹⁾, procedeu a um estudo consciencioso sobre os regimes políticos vigerantes em países de vários continentes, procurando pôr em relevo aspectos estruturais que encontrava devessem ser salientados. Ao se ocupar do quadro jurídico constitucional da Nova Zelândia, deteve-se, em capítulo especial, sobre a *arbitragem obrigatória nos conflitos de trabalho*, a cargo da *Corte de Arbitragem, com participação tripartite*, vale dizer, constituída por um magistrado e dois assessores nomeados pelos sindicatos dos trabalhadores e pelas entidades patronais.

Ao descrever o mecanismo formal e material da Corte de Arbitragem, foi preciso no ponto que nos preocupa: “A Corte” — diz BRYCE — “*exerce um poder de legislar virtualmente continuo em tudo que diz respeito às relações do patronato com seus empregados*”.

E disse mais: “*Uma sentença arbitral da parte dessa jurisdição pode se aplicar ao país inteiro*”.

Que definição poderemos ter mais precisa para o poder normativo? Não se constitui ele exatamente por ditar, de modo virtual-

(1) LORDE BRYCE. *Les démocraties modernes*. Paris, Payot, 1924, v. 2, p. 333.

mente contínuo, normas capazes de solver conflitos de trabalho que são presentes ao órgão judicial competente, regras que podem ser estendidas a toda categoria econômica e profissional em jago?

ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA (2) doutrina:

“Denomina-se competência normativa o poder atribuído pela Constituição (art. 142 e seu § 1º) à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar dissídios coletivos de natureza econômica, estabelecendo normas e condições de trabalho para todos os integrantes de categoria empregada e empregadora afins, quando as mesmas manifestam antagonismos e divergências insuscetíveis de serem resolvidos por via convencional.

A aptidão legal para apreciar dissídios coletivos importa na possibilidade de examinar postulações de grupos, classes ou categorias despersonalizados, representados em juízo por suas associações sindicais e de estabelecer normas de trabalho ou condições para o seu exercício. Essas normas de trabalho, geralmente, constituem uma novidade, importando, por isso, numa criação ou numa suplementação da lei. Há criação quando a Justiça estabelece normas inexistentes. Há suplementação quando a decisão normativa vem preencher as lacunas da lei em vigor.

Em qualquer dos casos, o juiz age como se legislador fosse, sem a preocupação de aplicar o direito e sim com o intuito de o constituir. E o constitui ao prescrever regras jurídicas ou ao prever condições de trabalho destinadas a reger relações entre empregados e empregadores, pertencentes a uma mesma atividade ou a categorias profissionais e econômicas correspondentes.”

Não é o que estava na precisa descrição de Lorde Bryce?

Voltemos ao grande constitucionalista, professor da Universidade de Oxford:

Depois de dar conta do funcionamento da lei neozelandesa, no período 1894-1910 (a primeira data marca a criação da corte trabalhista paritária), conclui BRYCE:

“Em resumo: *torna-se necessário reconhecer que a instituição em causa [corte trabalhista paritária] e o poder de composição que lhe é inerente é obra sumamente útil e tem ela, ao correr do tempo e sem contestação, melhorado as condições gerais de trabalho.*”

(2) COSTA, Orlando Teixeira da. *Estudos de direito do trabalho e processual do trabalho*, p. 163.

Essa digressão pareceu-me útil na oportunidade.

Vale ter em plena consciência que, para solver os conflitos de trabalho, os diversos países, após a consolidação do novo ramo jurídico, que se firmou com a Carta Internacional do Direito do Trabalho — assim se tenha a parte XIII do Tratado de Versalhes —, fizeram criar aparelhos especiais, de diversa natureza, mas com a mesma finalidade.

Uns integrando o Poder Judiciário, outros agregados à administração do trabalho; outros, ainda, mesclando a iniciativa sindical pela negociação coletiva com discreta mas eficiente participação estatal no aferir da boa fé. Uns com participação paritária; outros com magistrados especializados ou cortes específicas para reconhecer de recursos sobre prebendas não satisfatoriamente resolvidas por árbitros, câmaras ou peritos especializados.

Vê-se, assim, que há amplo espectro, por onde se pode colher, das várias realidades do direito interno das nações, exemplos multifacetados de órgãos ou instituições talhados para resolver os conflitos inerentes às relações individuais ou coletivas de trabalho.

Com insistência suspeita, tem-se referido que a instituição da Justiça do Trabalho no Brasil é reflexo ou imitação do regime corporativo vigente no período fascista italiano.

Vem de longe a imprecisão, exatamente quando o Congresso Nacional, sob regime da Constituição liberal de 1934, que preconizou a instituição da Justiça do Trabalho, discutia o projeto de lei de iniciativa governamental, que procurava dispor sobre a matéria. Em outubro de 1935, Agamemnon Magalhães submeteu ao Presidente da República o anteprojeto de organização da Justiça especializada, e em 1º de dezembro de 1936 mensagem presidencial submetia o projeto à apreciação do Congresso. Enviado à Comissão de Justiça, teve como relator o Deputado Waldemar Ferreira, que lhe opôs séria resistência, sufragando a tese do corporativismo.

OLIVEIRA VIANA ⁽³⁾, principal redator da mensagem presidencial, já em 1938, contestava a imprecisão de maneira extraordinariamente lúcida e precisa:

“Não há nenhuma correlação entre a competência normativa e o regime corporativo. *O que fundamenta a competência normativa dos tribunais do trabalho não é o regime dominante de um determinado país; é a própria natureza da decisão, é a particularidade do conflito a ser julgado, é a própria estrutura das organizações econômicas contemporâneas. O fundamento da normatividade é orgânico e não jurídico.*”

(3) VIANA, Oliveira. *Problemas de direito corporativo*, 1938, p. 94.

Ora, como vimos, ao fim do século passado, já a Nova Zelândia, logo seguida pela Austrália, tinha uma corte especial, com representação paritária, para resolver os conflitos de trabalho.

Por que ter como de inspiração fascista a Justiça do Trabalho em nosso País? Porque detém o poder normativo? Porque é de constituição paritária?

É curioso verificar que foi o legislador constituinte de 1946 — momento de redemocratização do país — que decidiu colocar a Justiça do Trabalho como parte integrante do Poder Judiciário. Nascera ela pelo Decreto-Lei nº 1.237, de maio de 1939, mas estava adstrita ao âmbito administrativo, havendo recurso de suas cortes para decisão ministerial.

Só com a Constituição de 1946 passou a Justiça do Trabalho a integrar o Poder Judiciário e a ganhar a sua fisionomia atual, ao tempo — note-se — que, já na Itália, não havia mais a Justiça paritária, sendo todas as questões trabalhistas confiadas à Justiça comum, com a instância de uma câmara especializada, na Corte de Cassação.

Como outra nota curiosa, podemos referir que o ordenamento corporativo foi definitivamente abolido na Itália por ordenanças do governo militar aliado, sucessivamente emanadas nas várias regiões do país, a partir de 1943, até 1945, tal como dá conta RIVA SANSEVERINO (4).

Por que ter então a Justiça do Trabalho como inspirada na *Carta del Lavoro*?

A verdade em tudo isso, em todas essas falsas alegações, nesse preconceito reiterado, é que não é fácil aceitar o poder normativo da Justiça do Trabalho. Esse traço distintivo, peculiar, e que não é partilhado pela Justiça comum, tem gerado forte oposição ao correr do tempo, e essa oposição tem-se vestido de várias capas enganadoras.

São, ainda, modernas as palavras de AGAMEMNON MAGALHÃES ao defender, na Assembléia Nacional Constituinte reunida em 1946, a institucionalização da Justiça do Trabalho.

Referindo-se a Ferreira de Sousa, que foi bravo opositor da idéia (segundo, aliás, os passos de Waldemar Ferreira, quando ainda vigente o regime da Constituição de 1934), disse o líder pernambucano:

“Compreendo o entusiasmo dos últimos abencerragens do direito privado. Justifico a melancolia com que assistem

(4) SANSEVERINO, Riva. *Curso de direito do trabalho*. Edições LTr., p. 13.

a profunda renovação do direito. Os fatos sociais estão produzindo verdadeira revolução nos conceitos do direito privado.

Poderia lembrar as considerações profundas e dolorosas de RIPERT, nas quais, em páginas vivas e cruéis, chora sobre as ruínas do direito romano e do direito privado. Mas desejo acentuar, em duas palavras, que a Justiça do Trabalho é específica. Vou dizer o que a diferencia da Justiça comum. *A Justiça do Trabalho é normativa, e suas decisões, nos conflitos coletivos, obrigam a todos os ramos de determinada indústria, a toda uma classe, enquanto a Justiça togada só julga em espécie, só decide entre partes.* A Justiça do Trabalho — insisto — é normativa e suas decisões abrangem todas as relações em determinado ramo de atividade social.”

Dizia ainda AGAMEMNON MAGALHÃES na comissão especial que se incumbiu do projeto constitucional:

“Fixando este ponto, quero acentuar outro: a Justiça do Trabalho não pode ficar integrada na Justiça comum, porque suas relações têm por base a conciliação. Na Justiça do Trabalho, a primeira instância, a primeira fase do processo é a conciliação.

Se a instância se abre com a conciliação, a Justiça só pode ser especializada. Não cabe nas normas inflexíveis da Justiça comum.”

“Outro aspecto é o da organização paritária dos tribunais. Isso é, também, da natureza da própria Justiça, porque, sendo sua base a conciliação, é preciso que todos os interesses nela se representem.

A Justiça comum julga em face de um texto da lei aplicada ao fato, ao passo que a Justiça do Trabalho concilia interesses em conflito. Se deslocarmos a Justiça comum para esse mundo de relações novas, estamos negando a Justiça do Trabalho. Ou ela se especializa dentro de suas funções, ou, então, veremos no Brasil verdadeira revolução social. Se esses conflitos sociais existem, ou damos um remédio pronto para conciliá-los com a função normativa da Justiça, ou, então, os defensores da ordem jurídica privada despedem-se da ordem, da paz e da felicidade brasileira.”

As palavras de Agamemnon Magalhães, que foram apoiadas expressamente por parlamentares e juristas do porte de Ataliba Nogueira, Atílio Vivacqua, Ivo d’Aquino, Costa Neto, conforme dá

conta JOSÉ DUARTE, em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, marcam com extrema precisão o papel que o legislador constituinte pretendeu traçar para a nossa Justiça do Trabalho.

E, repita-se, a elaboração da Constituição de 1946 processou-se quando na Itália não vigorava mais a *Carta del Lavoro*, e a Justiça especializada havia sido substituída pela Justiça comum, desfeito qualquer vestígio corporativo por força de ordenamentos baixados pelas forças aliadas de ocupação.

Não há, por conseqüência, que se investir contra a composição paritária da Justiça do Trabalho, nem contra seu poder normativo, por invocação de ser símile fascista. Insistir no ponto é proceder com deliberada má fé.

Já no século passado, como fizemos inicialmente apontar, a Nova Zelândia iniciava a criação de cortes trabalhistas, de base paritária e com poder normativo.

O que devemos indagar objetivamente, sem preconceitos, é se os dois princípios básicos que informam a Justiça do Trabalho devem prevalecer, isto é, se se deve insistir na composição paritária e se deve ela dispor de poder normativo.

Em outras palavras: há de se indagar agora, com vistas à nova Constituição, se se deve, ou não, insistir no rumo aberto pela Constituição de 1946, isto é, se se deve contar no ordenamento jurídico interno com uma Justiça especial dedicada a compor ou solver os dissídios individuais ou coletivos de trabalho ou, se tais conflitos podem vir a ser tratados pela Justiça comum, quem sabe com câmaras especiais nas instâncias superiores.

Teria sido um mal a composição paritária?

Vale a pena, antes de responder à questão, ponderar que o tripartismo, posto em prática nas nações referidas da Oceania, já no século passado, é o princípio básico em que se apóia a Organização Internacional do Trabalho, instituída por dispositivo expresso do Tratado de Paz de Versalhes, como reflexo, mesmo, dos princípios que consagrou, visando preservar a paz no mundo e a elevação do trabalho — que não se pode ter como mercadoria — como atividade que se deve compatibilizar, em seu exercício, com a dignidade humana.

Vê-se, assim, que o termo *corporativo*, que se insiste em manter vivo como malévola aleivosia contra a natureza tripartite da Justiça do Trabalho no Brasil, é empostado. O que se pode ter, isto sim, com inteira clareza, é que a nossa Justiça especializada foi composta, por determinação constitucional, em base tripartite, vale dizer, sob inspiração do princípio que informa a Organização Internacional do Trabalho de que nosso país é estado-membro, desde 1919.

Porta-se mal a composição tripartite entre nós?

Mal funciona na primeira instância?

Desnecessária e inatuante nas instâncias superiores?

As respostas devem vir com desembaraço.

Do nosso ângulo de observação, o tripartismo tem permitido que nossa Justiça do Trabalho se comporte com ânimo de conciliação, retirando dos julgamentos o excesso de preciosismo que torna mais lenta a Justiça comum.

Não fora a presença dos vogais, a tendência dos juízes trabalhistas — mal de que não se está livre, diga-se logo — era partir para uma depuração processualística, em mimetismo com o processo civil, o que haveria de delongar os feitos e tornar seu curso cada vez mais afastado da compreensão e do acompanhamento por parte dos reclamantes, vale dizer, dos trabalhadores.

O tripartismo tem impedido a competição elitista entre os togados da 1ª instância e obstado a que lavre, entre os juízes e ministros dos tribunais, uma olímpica indiferença à natureza eminentemente social dos fatos que lhes são presentes no bojo dos processos.

É claro que se pode advogar um maior contato dos representantes classistas com as bases de onde provieram; é certo que aqui e ali se perdeu o exato sentido da natureza da representação e que, de certo modo, se profissionalizou a representação em causa. Mas, o que isentamente se tem de reconhecer, é que a representação classista tem impedido a elitização do processo peculiar às demandas trabalhistas, além de exercer um eficaz poder neutralizador sobre as volições e tendências naturais dos representantes do Estado, fazendo-os sempre se aterem aos aspectos sociais e à realidade ínsita à relação de emprego.

Agora é de se perguntar: e como vem a Justiça do Trabalho exercendo o seu poder normativo, traço distintivo que a singulariza?

SUSSEKIND⁽⁵⁾, com a habitual precisão, doutrina:

“No julgamento dos dissídios coletivos de natureza econômica é que a Justiça do Trabalho desempenha a sua mais relevante função. Como acentua CALAMANDREI, enquanto nas decisões dispositivas comuns o juiz de equidade limita-se a criar o direito para o caso particular, de forma individualizada e concreta, nos dissídios coletivos, a magistratura do trabalho formula o direito por classes e pela forma geral e abstrata que é típica dos atos legislativos. Mas ao processo coletivo não falta a nota jurisdicional. Observa CALAMANDREI que, também aqui, não pode

(5) SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*, v. 2, pp. 1139-1140

a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições novas sem ter adquirido, antes, a certeza da existência de uma 'controvérsia coletiva'.

O reconhecimento de que se pode configurar uma controvérsia, no sentido processual, em torno da fixação do justo salário para toda uma categoria de empregados, traduz uma notável evolução do direito. A retribuição do trabalhador, assim, 'não deve resultar de um ato de munificência ou obséquio, nem da luta de classes, mas de um ato de rigorosa justiça'."

Resta colocar uma pergunta inicial, de modo concreto:

Frente à intervenção governamental no setor de salários, que se pratica de modo sistemático e extensivo desde 1964 até os tempos presentes — agora mesmo ainda agudizada tal intervenção, como dimana dos Decretos-Leis n.ºs 2.283 e 2.284/86 —, como se porta a Justiça do Trabalho?

A resposta é de ser extraída com rigor. Mas nela há viva nota de admiração. Tanto quanto tem sido possível, nestes tempos de continuado discricionarismo, a Justiça do Trabalho tem ensejado composições entre os interesses em jogo, que, de modo sensível, sem enfrentar frontalmente a política salarial coercitivamente imposta, vem permitindo a recomposição dos salários dos trabalhadores, senão ao ponto de encontrar o salário justo preconizado no art. 766 da CLT, ao menos impedindo que disposições, inteiramente alheias aos interesses e à realidade social, prevaleçam em sua inteireza.

A luta que se abre agora, àqueles que acreditam na Justiça do Trabalho, está exatamente em exigir do legislador constituinte que se devolva à Justiça do Trabalho a sua plena competência no dispor normativamente no tocante aos conflitos de trabalho, de natureza econômica.

Enquanto persistir o Estado a ver no movimento sindical uma ameaça à ordem; em ter a greve, a suspensão coletiva da prestação de trabalho autorizada por decisão dos próprios trabalhadores, como ameaça à segurança interna; enquanto a máquina da administração do trabalho continuar a ser tangida em ritmo paroxístico, lidando sempre com riscos iminentes de pressão externa, e, procurando tolher desse modo os movimentos naturais de reivindicação, não se pode esperar da Justiça do Trabalho uma ação desembaraçada no conferir às classes trabalhadoras, que demandam a sua interferência por justos salários, equitativa distribuição de rendas e pagas consoantes à realidade econômica das empresas e a própria situação econômica do país.

A modificação do quadro só se dará quando se proceder a efetiva democratização do país, reintegrado o Parlamento em seus

poderes normais e indelegáveis, e, conformado o Poder Executivo com as tarefas de administração, segundo os ditames legais traçados pelo Poder competente, composto, verdadeiramente, por representantes do povo legitimamente eleitos.

Tem-se, amiúde, em propaganda insistente, apregoado que a negociação coletiva é o grande dispositivo por onde se podem compor os interesses obreiro-patronais. Não há a negar que assim seja. *Mas onde contrasta a afirmação com o poder normativo da Justiça do Trabalho se ela é exatamente o leito certo onde se podem concertar, por negociações que precedem a conciliação, os interesses conflitantes?*

Procura-se jogar uma realidade contra outra, quando uma é exatamente o aparelho constitucional, isento, superior, com representação dos interesses em litígio, apta, assim, como nenhum outro instrumento, a compor os dissídios ou a sobre eles decidir com mais isenção e proficiência.

Vale, ainda, salientar que, enquanto dure a rigidez da política governamental de salários, assim como a Justiça do Trabalho tem pouca margem para decidir normativamente sobre a principal das questões trabalhistas — os salários —, tendo em conta a ativa atuação limitadora do Estado, também os negociadores, acaso eleitos pelas partes em conflito, deparariam com os mesmos intransponíveis óbices. A favor, ainda, do aparelho judicial, no caso concreto, é que, sob a capa de sua investidura constitucional, tem ela podido aditar às somas confinadas pela política governamental de salários, outros benefícios, a vários títulos, circunstância que permite que, nas disputas salariais, com paralisação ou não do trabalho, ajustem-se resultados que, se não acrescem os salários reais, ao menos evitam que sua perda seja demasiadamente nociva.

Creio que o momento exato é esse: torna-se necessário afastar os preconceitos urdidos interessadamente pelos grandes conglomerados internacionais que se contrapõem: à autonomia da Justiça do Trabalho; à sua incorporação ao Poder Judiciário e à sua marca característica, que é o exercício do poder normativo. Os interesses referidos velam toda essa ação subterrânea pelo apregoar das vantagens da negociação direta, como se uma realidade se contrapusesse à outra.

Cumpra a nós mesmos, os círculos especializados, aos nossos companheiros de profissão e atividade, atentos ao momento em que se vai desenhar uma nova Carta Constitucional para o país, proclamarmos a excelência do passo iniciado em 1946.

Mais que isso, devemos lutar por que se aprimore a faixa de competência da Justiça especializada, hoje gizada no art. 142 da Carta em vigor, de modo que se retire a lamentável incoerência do art. 110 do mesmo diploma, e em razão do qual os litígios decor-

rentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive autarquias e empresas públicas federais, passaram a ser processados e julgados perante os juízes federais.

A Carta de 1967, em mau passo e evidentemente por preconceito injustificável, retirou a competência implícita no texto da Constituição de 1946 e já consagrada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal de julgar todos os litígios em que estivesse em jogo a aplicação do direito do trabalho — em razão da matéria —, ainda que um dos sujeitos da relação fosse de direito público.

A lamentável incoerência ainda se torna mais viva quando o art. 170, § 2º, ainda da Carta em vigor, que repete, no passo, a Carta de 1967, dispõe que, na exploração pelo Estado da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

Ora, a regra é só uma: não é a personalidade que dita a competência, no particular. A competência deriva da matéria e em razão dela. Onde houver relação de emprego cabe à Justiça do Trabalho conhecer e decidir sobre os litígios individuais ou coletivos.

Também já seria tempo de carrear para a Justiça do Trabalho, em movimento contemporâneo em que se procuraria aditar normas de direito penal trabalhista, o julgamento das ações referentes aos acidentes de trabalho, mesmo que, para tanto, os tribunais criassem câmaras ou turmas especializadas para conhecerem da matéria em grau de recurso. A restrição em causa, que vem da Carta de 1946, àquela altura se explicava — pela falta de prática da própria Justiça especializada, mormente na apreciação dos laudos periciais mensuradores dos danos e sua correlação com apropriado sistema indenizatório.

De todo modo, e aqui está a palavra final: é bom tempo de louvarmos a iniciativa democrática e progressista do legislador constituinte de 1946.

A Justiça do Trabalho, incorporada ao Poder Judiciário e assim fruindo todas as suas garantias, tem prestado extraordinário serviço às classes trabalhadoras. Solvendo os conflitos laborais em tempo hábil e com equidade, contribuiu, desde a sua fundação, para o equilíbrio social do país.

Esse equilíbrio tende a se perder se o Estado insistir em ditar normas restritivas à revisão salarial das classes trabalhadoras, refreando o poder normativo que faz a natureza da Justiça especial e que consiste, na linguagem de БРУСЬ, no “poder de legislar virtualmente contínuo”, tal como exige a dinâmica da sociedade e a necessidade absoluta de que os ganhos dos trabalhadores repousem em parâmetros de justiça e equidade.

A proteção jurídica das comunidades indígenas do Brasil

ANTÔNIO SEBASTIÃO DE LIMA
Magistrado do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O silvícola e a sua cultura. 3. O silvícola e a civilização. 4. A identidade nacional do silvícola. 5. As terras dos silvícolas e a Constituição. 6. A conscientização do silvícola. 7. A proteção constitucional dos direitos dos indígenas. 8. A proteção legal dos direitos dos indígenas. 9. A tutela e os direitos fundamentais. 10. O caso Juruna. 11. Conclusão. 12. Bibliografia.

1. Introdução

O presente trabalho procura situar, juridicamente, o silvícola perante o Estado brasileiro. A base do estudo é o reconhecimento da condição humana do silvícola e da sua identidade como grupo social autônomo. Em face dessa condição e identidade, o silvícola inclui-se entre os destinatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ainda que não integre o mundo civilizado. Os Estados signatários dessa Declaração devem obedecer aos seus preceitos, por um dever moral. Conseqüentemente, o silvícola é destinatário, também, das declarações de direitos contidas nas constituições dos diversos Estados, embora não integre a sociedade política civilizada.

2. O silvícola e a sua cultura

Silvícola é o habitante das selvas; o ser que vive nas florestas e dos recursos naturais. Esse termo é empregado como sinônimo de indígena ou aborígene, quando aplicado ao ser humano. É com esse significado que o empregaremos no presente trabalho.

Os silvícolas vivem associados e formam uma cultura própria, orientando-se por normas costumeiras. Têm organização social e encontram-se espalhados pelo planeta, em distintos estágios culturais, do paleolítico ao neolítico (Oceania, África e América). Pela observação dos seus costumes, tradições, crenças, artes, organização social, os homens de ciência (antropólogos, sociólogos, historiadores) buscam a compreensão e a explicação das origens da sociedade e das instituições humanas; buscam as leis do seu desenvolvimento; identificam tipos históricos de organização social, política e econômica. Pelo conhecimento do passado, compreende-se melhor o presente e é possível especular-se — com certa margem de segurança — sobre o futuro da humanidade.

Desse mister científico, muitos equívocos sobre a natureza individual e social do silvícola foram afastados. Constatou-se que o selvagem tem uma capacidade de raciocínio desenvolvida; há lógica no seu pensamento mágico. Há regras precisas e coerentes sobre o parentesco, a exogamia e a endogamia. Há preceitos e rituais nos seus cultos às divindades, que guardam correspondência com fenômenos naturais e sociais, além de estabelecerem certa hierarquia entre aquelas. Há normas sobre a organização do trabalho, sobre a escolha e sucessão do chefe e sobre o poder decisório (detido, em muitos casos, por um conselho de anciãos). Há senso de oportunidade e de solidariedade face a problemas e inimigos comuns, tanto no âmbito interno como no externo (quando, por exemplo, as tribos e nações reúnem-se em confederação, em conselhos intertribais ou internacionais).

Evidentemente, a exposição supra é esquemática e genérica, comportando variações e exceções, segundo o estágio cultural e as peculiaridades de cada povo.

3. O silvícola e a civilização

Essa incursão nos domínios da antropologia e da história é para lembrar a plena capacidade do silvícola adulto e sadio, no círculo de sua cultura. O silvícola é um ser humano dotado de

corpo e alma com tirocínio e capacidade para se organizar e se dirigir na vida.

O silvícola adulto e sadio não pode ser comparado à criança ou ao alienado mental. A tutela sob a qual foi colocado pelos povos civilizados deve-se à diversidade de cultura, à inferioridade científica e tecnológica diante de tais povos. A sua relativa incapacidade é ditada por uma necessidade de proteção contra as culturas mais avançadas que ameaçam a sua existência. Não se trata, pois, de uma incapacidade intelectual, psicológica ou racial. Mesmo a sua inferioridade cultural não é plena. Há aspectos de sua cultura superiores aos dos povos civilizados. Veja-se, por exemplo, a opinião de **MANUEL DURÁN**, citada por **HELENO FRAGOSO** em **Direito Penal e Direitos Humanos** (p. 16):

“El indio en general posee la capacidad suficiente para darse cuenta de sus actos y está dotado del sentido ético necesario para apreciar aquellos inmorales o proebidos y para abstenerse de ejecutarlos. Vive de acuerdo con normas morales que vienen de sus antepasados y es casi seguro que si alguién se dedica a hacer un estudio comparativo de la moralidad media de la población que habita en las ciudades con la de los indios, llegaría a la conclusión sorprendente de que en esa comparación resulta favorecido el elemento autóctono.”

A superioridade moral do silvícola já foi constatada mais de uma vez, e os civilizados sentiram que muito têm a aprender com os indígenas, no campo da ética.

Quanto à idoneidade intelectual do silvícola, **LÉVI-STRAUSS**, em sua obra **O Pensamento Selvagem**, demonstra, *quantum satis*, o rigor lógico do pensamento do silvícola. Observa aquele etnólogo que as classificações botânicas feitas pelos indígenas são tão rigorosas que escapam à acuidade dos melhores botânicos civilizados. O mencionado cientista captou nos costumes, nas regras de parentesco e de organização social dos silvícolas toda uma estrutura lógica.

Não há fundamento, pois, de ordem ética ou lógica para se afirmar a superioridade do homem civilizado sobre o silvícola. Do ponto de vista antropológico, tanto o homem civilizado como o homem selvagem estão igualados pela espécie comum a que pertencem. Ambos manifestam suas potencialidades físicas, intelectuais e espirituais no âmbito de suas respectivas culturas. Somente no confronto de culturas é que se pode falar em termos de superioridade ou inferioridade, de certos aspectos em relação a outros.

Por reconhecer a fundamental igualdade entre os seres humanos, as nações civilizadas afirmam, através do art. 6º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.”

De sorte que nenhum homem deve ser rebaixado à condição subumana, de irracional ou de coisa. Em seu art. 1º, diz essa Declaração:

“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir, em relação uns aos outros, com espírito de fraternidade.”

Prossegue a Declaração, no art. 2º, item 1:

“todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.”

Diante de tais preceitos, acolhidos pela maioria dos Estados civilizados, é insustentável a discriminação do silvícola, fundada em preconceituosa inferioridade racial, intelectual e moral, quer do ponto de vista científico, quer do ponto de vista jurídico.

4. A identidade nacional do silvícola

Injustificável a situação do silvícola nas camadas mais baixas da sociedade civilizada, a título de “integração”. Esse tipo de integração apenas avilta o indígena, discriminando-o socialmente; violenta seus direitos à manutenção e desenvolvimento de sua cultura. O indígena tem a sua própria identidade nacional. Os grupos étnicos reconhecem suas afinidades, a comunhão de propósitos e de destino, a família lingüística comum, vínculos de sua união moral e espiritual.

Sobre o vínculo que liga as pessoas à comunidade, RUGIERO diz que é o de

“pertencer ao grupo étnico cuja unidade é determinada por fatores múltiplos e, designadamente, pela unidade de língua, de cultura, de tradição e de história.”

Embora muitas comunidades indígenas estejam localizadas em territórios conquistados pelos civilizados, nem por isso integram a nacionalidade destes últimos. Inexiste o vínculo de identificação entre a nação indígena e a nação civilizada (até pelo distinto grau de cultura), ou entre aquela e o Estado. O silvícola tem a sua identidade nacional própria, da comunidade a que pertence.

Segundo critérios ecológicos, sócio-políticos e religiosos, os índios brasileiros foram classificados em três grandes grupos:

- 1) tribos da floresta tropical;
- 2) tribos jês;
- 3) tribos marginais.

As tribos da floresta tropical compõem-se de várias famílias lingüísticas, sendo as mais importantes: tupi, aruaque e caribe.

A família tupi-guarani ocupava a faixa litorânea, de sul a norte do Brasil, e espalhava-se por vasta área do baixo Amazonas, do Paraguai, do Uruguai, da Argentina e da Bolívia. Em virtude da colonização européia no Brasil, os indígenas dessa família estão hoje disseminados em pequenos grupos, pelo território nacional.

A família aruaque situava-se ao norte da Bacia Amazônica e no planalto de Mato Grosso. Os indígenas dessa família hoje estão concentrados na região do rio Negro.

A família caribe localizava-se no alto Xingu; hoje, os indígenas dessa família encontram-se na margem norte do rio Amazonas.

As tribos jês reúnem características intermediárias entre o tipo de cultura da “floresta tropical” e o chamado “marginal”, graças a fatores aculturativos e à adaptação especializada a determinados sistemas ecológicos. A principal atividade econômica é a agricultura, desenvolvida na estação chuvosa. No período de seca, dividem-se em grupos e percorrem os cerrados para caçar e coletar. Cultivam a mandioca; porém, dão ênfase ao plantio da batata-doce,

do inhame e de uma espécie de cipó farináceo chamado cupã. A cerâmica, quando há, é rústica. Contrastando com a singeleza das técnicas materiais, têm uma complexa organização social.

As tribos marginais são assim chamadas em virtude do seu processo de adaptação às regiões mais pobres do território, como os cerrados, campos, pântanos, bem como por se situarem na periferia de culturas mais adiantadas.

Essas nações indígenas não se confundem com a nação brasileira. Daí por que as Constituições brasileiras referem-se à incorporação dos silvícolas à comunhão nacional, consoante a letra m do inciso XIX do art. 5º da Constituição de 1934; a letra r do inciso XV do art. 5º da Constituição de 1946, e a letra o do inciso XVIII do art. 8º da Carta de 1967. Esses preceitos programáticos estão a indicar, insofismavelmente, o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, da existência distinta das duas nacionalidades: a do indígena (cuja futura incorporação programa-se) e a do homem civilizado. Realmente, são povos distintos, com costumes, leis, crenças, história, organização social e idiomas próprios. A coincidência geográfica não pode servir de pretexto para a confusão jurídica e política. O indígena está em posição territorial semelhante ao do proprietário de prédio encravado, disciplinada no Código Civil, arts. 695 e seguintes. Portanto, tem o direito de passagem pelo território brasileiro, fora de suas reservas. Negar-lhe esse direito é cercear-lhe a liberdade de locomoção; é submetê-lo a confinamento.

A identidade nacional própria do povo indígena vem salientada por DARCY RIBEIRO, em sua obra *Os Índios e a Civilização*:

“Os grupos indígenas não foram assimilados à sociedade nacional, mas, ao contrário, a maioria deles foi exterminada, e os que sobreviveram permanecem indígenas, não nos seus hábitos e costumes, mas na auto-identificação como povos distintos do brasileiro e vítima de sua dominação.”

5. As terras dos silvícolas e a Constituição

Em se tratando de um povo distinto, os indígenas não estão sob a dominação absoluta do Estado brasileiro. O papel das autoridades brasileiras, determinado na Constituição e nas leis, é o

de proteger a identidade cultural e a integridade das nações indígenas, e não o de violar os direitos humanos desse povo. Legislar para esse povo com o objetivo de submetê-lo e de obrigá-lo equivale a legislar para pessoas de outros Estados; ou seja, um *non-sens* jurídico. Declarar que a pessoa e os bens dos silvícolas pertencem à União é o mesmo que declarar que a pessoa e os bens dos paraguaios pertencem ao Brasil. A Constituição poderá fazê-lo para uso doméstico, mas não obrigará, juridicamente, nem os silvícolas, nem os paraguaios.

A Carta federal de 1967 incluiu, entre os bens da União, as terras dos indígenas. Todas as Constituições e Cartas anteriores limitaram-se à proteção dessas terras. Para atenuar a normativa expropriação, o legislador de 1967 declarou inalienáveis essas terras, e deferiu aos indígenas, exclusivamente, a posse permanente e o usufruto das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes, consoante o art. 198 da aludida Carta. Nesse particular, repetiu o que os constituintes anteriores já haviam proclamado: o direito natural dos indígenas às terras que, desde tempos imemoriais, eram por eles ocupadas; delas eram donos, *ad usucapionem*, antes mesmo que o Brasil existisse como Estado ou como colônia. Para garantir a eficácia dessa proteção, a Carta federal, através dos §§ 1º e 2º do mencionado art. 198, declarou a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação dessas terras, sem que assista aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio. Desse modo, eventual direito do ocupante somente pode ser oposto em face de outro particular.

Ante o disposto no inciso IV do art. 4º da Carta federal de 1967, com o desaparecimento dos indígenas, as suas terras passam para o domínio pleno da União. Esse desaparecimento não está muito longe de acontecer. A população indígena vem decrescendo enormemente. A mortandade de índios é fato notório; existem estatísticas a respeito; em 1968, calculava-se que, dos 143 grupos indígenas existentes no Brasil, 57 desapareceriam até o final deste século.

Colonos, madeireiros, mineradores continuam a invadir as terras indígenas. O Governo Federal abre estradas por essas terras e protela sua demarcação. Os índios ficam expostos à violência dos brancos e a toda sorte de doenças e epidemias que lhes são fatais.

Em 1961, o Parque Indígena do Xingu recebeu as bênçãos do Governo Federal, e deveria representar o espelho do que seriam as

outras reservas indígenas, cujo objetivo principal seria a preservação do índio como selvagem, de forma que fosse garantida uma fusão lenta e digna com a nação brasileira. Dessa forma, permitir-se-ia a absorção, pelo menos parcial, da cultura dos índios. Evitar-se-ia, destarte, a fusão violenta, mediante assassinio, cachaça e prostituição. Ocorre que, em 1971, o Parque Xingu foi reduzido de 22 km², para 14 km², pela construção da rodovia BR-80, ao norte da reserva. Hoje, as vastas florestas de antigamente estão reduzidas a uma pequena área, onde vivem cerca de cem mil indígenas (outora eram milhões).

As invasões às terras indígenas se intensificaram tanto que o Incra teve de solicitar o concurso da Polícia Federal para contê-las. No Parque Nacional de Aripuanã, às margens da BR-364, verificou-se que homens brancos introduzem práticas criminosas entre os índios, oferecem-lhes bebidas alcoólicas, ensinam-lhes palavras, invadem as suas roças e praticam sexo com suas mulheres. Os desmatamentos têm sido de enormes proporções; a ecologia da região já apresenta desequilíbrios acentuados. Há lugares em que, praticamente, não existe mais fauna; os rios estão secando; os períodos de estiagem tornaram-se mais longos; com a conseqüente falta de oxigênio, o calor tornou-se insuportável.

Esses são alguns dos problemas enfrentados pelos índios do Parque Nacional de Aripuanã, um dos mais raros vestígios de cultura primitiva, dada a autenticidade e a riqueza de sua cultura.

6. A conscientização do silvícola

A conscientização dos seus direitos à terra, aos rios, à fauna, à flora, às suas crenças, aos seus costumes, à sua organização social e política é demonstrada pelos indígenas brasileiros através de inúmeros pronunciamentos pelos diversos meios de comunicação, de reivindicações junto às autoridades públicas, e de confrontos armados com os brancos invasores. Os direitos dessa minoria étnica e cultural são reconhecidos no exterior, onde seus problemas são apresentados e debatidos, conforme ocorreu em 1980, no Tribunal Bertrand Russell, reunido em Roterdã.

O brado nacional e internacional do indígena nada tem de romântico. É um brado de socorro. É um grito pela vida. É uma acusação terrível contra os usurpadores de terras e exterminadores de etnias. Sufocar-lhe esse brado, obstar-lhe as vias de acesso aos foros nacionais e internacionais é violentar-lhe os direitos fundamentais.

7. A proteção constitucional dos direitos dos indígenas

Como ser humano, o indígena pode recorrer aos tribunais do país e do estrangeiro, para se fazer ouvir e reclamar da violação de seus direitos. Para tanto, encontra amparo nos arts. 8º e 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo os quais todo homem tem direito

“a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

“a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

O Brasil, como subscritor dessa Declaração, tem a obrigação moral de observar tais preceitos. Em face dos §§ 1º e 4º do art. 153 da Carta federal de 1967, o Brasil tem a obrigação jurídica de abrir as portas de seus tribunais aos indígenas que habitam em seu território, mormente quando se tratar de violação dos direitos humanos.

Constitui violação desses direitos, por exemplo, impedir que indígenas saiam de suas terras e do território estatal. Isso é um confinamento ilegal e desumano; representa cerceamento do direito de locomoção; uma limitação à liberdade enunciada pelo art. 153 da Carta federal, indevida e abusiva, o que enseja a medida assecuratória dessa liberdade, prevista sob o § 20 do mencionado dispositivo: o **habeas corpus**.

Poder-se-ia alegar que, tendo o indígena identidade nacional própria, não se enquadraria nem na categoria de brasileiro, nem na categoria de estrangeiro, e, conseqüentemente, estaria excluído da declaração dos direitos e garantias enunciados no art. 153 da vigente Carta federal. Essa alegação, todavia, não poderia vingar. Senão, vejamos.

O indígena é ser humano e, como tal, protegido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“todo homem tem o direito à liberdade de locomoção e residência, dentro das fronteiras de cada Estado e de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.” (art. 13)

A Constituição brasileira, em seu art. 153, § 20, diz:

“Dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá **habeas corpus**.”

Como se vê dos dispositivos acima transcritos, o indígena entra tanto na categoria “homem”, como na “alguém”; logo, é destinatário da norma.

Além disso, estamos em que o indígena entra, também, na categoria dos “estrangeiros residentes no país”, de que fala o **caput** do art. 153 da vigente Carta federal. Portanto, como tal, é destinatário das normas declaratórias e assecuratórias de direitos contidas na referida Carta. Realmente, embora o silvícola habite terras dentro do território brasileiro, a confusão espacial não implica identidade política. Em relação ao Estado e à Nação brasileiros, o indígena é estrangeiro. O termo **estrangeiro** não tem conotação espacial, exclusivamente. **Estrangeiro** é todo aquele que não integra uma nação ou estado, ainda que tenha nascido e mantenha residência no respectivo território.

O indígena é “cidadão” em sua comunidade. Ali ele exerce os seus direitos políticos, escolhendo os seus dirigentes, decidindo sobre seus interesses mediatos e imediatos, estabelecendo e cumprindo suas próprias leis. Há, pois, um povo indígena, não só no sentido sociológico do termo, como também no sentido político e jurídico. Esse povo não se confunde, de modo algum, com o povo brasileiro. Os povos indígenas residentes no território brasileiro foram colocados, pelo próprio Estado brasileiro, sob a sua jurisdição, sob a sua proteção política e jurídica. Tal situação equivale à do protetorado, em direito internacional. Assim é que a Carta de 1967 programa a integração do silvícola à comunhão nacional, visando à unificação dos povos indígena e brasileiro, com o subsequente desaparecimento do regime de protetorado. Esse regime contém normas de proteção à posse e ao usufruto da terra (art. 198 e parágrafos da Carta federal); coloca-os sob tutela na ordem civil (art. 6º, parágrafo único, do Código Civil); regula-lhes a situação jurídica perante o Estado brasileiro, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art. 1º da Lei nº 8.001, de 1º-12-73).

Poder-se-ia argumentar contra a qualificação de protetorado a esse regime jurídico, com o disposto no inciso I do art. 145 da vi-

gente Carta federal, que consagra o *jus soli* quanto à nacionalidade. Mas, inequivocamente, esse dispositivo refere-se ao homem civilizado, pois tem como pressuposto a sua comunhão à Nação ou descendência de alguém, nacional ou estrangeiro, civilizado. Não fora assim, a Carta teria considerado o silvícola incorporado à comunhão nacional desde o nascimento. Mas não é isso o que ocorre, como se vê dos fatos e se deduz da interpretação, *contrario sensu*, do art. 8º, inciso XVII, letra o, da vigente Carta federal.

Apesar de sua identidade nacional própria, o indígena está sob o regime jurídico do protetorado e é beneficiário dos direitos e das garantias fundamentais, declarados na Constituição do Brasil.

8. A proteção legal dos direitos dos indígenas

Após a proclamação da República, é criado o Serviço de Proteção ao Índio, pelo Regulamento de 1910.

Em 1928, é baixado o Decreto nº 5.484, que dispõe sobre os índios nascidos em território brasileiro. Em 1916 o Código Civil brasileiro inclui os silvícolas entre os relativamente incapazes, assegurando-lhes a proteção de um regime tutelar especial.

Em 1957, a Convenção de Genebra nº 107, aprovada entre nós pelo Decreto Legislativo nº 20, de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 1966, fixou princípios gerais de proteção às populações indígenas.

Em 1967, é promulgada a Lei nº 5.371, fundada nos princípios estabelecidos na Convenção de Genebra, que autoriza a criação da Funai e fixa as diretrizes da política indigenista, com fulcro no respeito à pessoa do índio e na garantia à posse permanente das terras que habita.

Finalmente, em 1973, é editada a Lei nº 6.001, denominada o Estatuto do Índio, contendo 68 artigos, disciplinando a situação jurídica do silvícola e das comunidades indígenas. Essa lei aplica-se aos índios ainda não integrados à comunhão nacional. Aos índios integrados à comunhão nacional aplicam-se os dispositivos constitucionais do povo brasileiro, inclusive os que dizem respeito à nacionalidade e à cidadania. A esses índios integrados aplicam-se, também, as demais normas do direito comum brasileiro.

O Estatuto do Índio estabelece que as relações de família são regidas pelos usos, costumes e tradições de sua própria comunidade, salvo se optarem pela aplicação do direito brasileiro. O mes-

mo se diga em matéria de sucessão, de propriedade e sobre os atos e negócios realizados entre índios. Quanto às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, aplicam-se as normas do direito comum brasileiro, salvo se forem menos favoráveis a eles.

9. A tutela e os direitos fundamentais

Há distinções importantes a fazer entre a tutela do indígena adulto e sua comunidade e a tutela do civilizado incapaz.

No âmbito de sua cultura e da sua comunidade, o indígena sadio e adulto é perfeitamente capaz de se dirigir na vida. Conhece os seus direitos e a situação social e política do seu povo. A incapacidade para a vida civil do mundo civilizado não lhe é imposta pelo seu direito, mas pelo direito do Estado brasileiro; ou seja, pela lei do seu tutor. Somente em razão das diferenças culturais, e para assisti-lo nas relações com as culturas mais avançadas e complexas, como a de seu tutor, é que foi determinada a sua incapacidade.

Como ser humano, no pleno gozo de sua saúde física e mental, o indígena é capaz de defender a sua liberdade e os seus direitos perante a humanidade, sob o manto protetor da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A capacidade civil não é *conditio sine qua non* para o exercício dessas liberdades.

Na ordem civil do homem civilizado, por exemplo, pode acontecer de o agente ser incapaz para celebrar contratos, e ser capaz para exercer os seus direitos constitucionais. O tutelado pode se defender das restrições arbitrárias aos seus direitos, impostos pelo tutor. A tutela implica em obrigações da parte do tutor, e admite a fiscalização do seu desempenho pelo Poder Judiciário, conforme se vê dos arts. 422, 427 e 428 do Código Civil. Por mais essa razão, têm os indígenas ainda não integrados à comunhão nacional legitimidade para recorrer aos tribunais brasileiros contra atos do órgão estatal encarregado de sua tutela (Funai), contrários aos seus interesses.

Efetivamente, a tutela deve ser exercida em benefício do tutelado, e não contra ele. O tutor não pode cercear, arbitrariamente, o exercício de atividades compatíveis com a tutela, nem ferir os direitos fundamentais da pessoa humana, entre os quais está o de recorrer aos tribunais e organismos nacionais e internacionais para defesa dos seus interesses, ainda que para reclamar contra as atitudes e a má administração do tutor.

10. O caso Juruna

A respeito das relações entre o tutor-Estado e o tutelado-índio, cabe lembrar o episódio de um cacique xavante, Mário Juruna, que pretendia sair do Brasil e foi impedido pelas autoridades brasileiras.

Em 1980, realizou-se em Roterdã, na Holanda, um fórum internacional para debater o problema do índio. Foram convidados índigenas de todas as partes do mundo, inclusive do Brasil. Um dos caciques escolhido pelas tribos do Brasil, de nome Mário Juruna, teve a sua participação negada pela Funai, negativa essa endossada pelo Ministro do Interior. Celeuma estabelecida e sem perspectiva de solução favorável, resolveram um advogado do Rio Grande do Sul e outro do Rio de Janeiro apelar para o Judiciário. Ambos se dirigiram ao Tribunal Federal de Recursos; o gaúcho através de mandado de segurança interposto por telegrama; o carioca através de *habeas corpus*, por petição. Foi conhecido e processado o *habeas corpus*. Foi, sem dúvida alguma, o maior julgamento da história do Tribunal Federal de Recursos, até a presente data. O Tribunal Bertrand Russell reservou um lugar de honra para o cacique xavante, lugar esse que permaneceu vazio enquanto durou a refrega judicial. Por fim, o tribunal brasileiro concedeu a ordem, e o cacique voou para a Holanda, para ocupar o seu lugar no Tribunal Russell.

No caso em tela, o ato obstativo do Estado-tutor violou, simultaneamente, vários preceitos constitucionais. Senão, vejamos.

1) Discriminou o cacique, julgando-o incapaz de expor suas idéias e de defender sua cultura. Tratou-o como se fora um alienado, transformando, assim, a tutela em curatela. O Estado-tutor aceitou, dogmaticamente, a inferioridade racial do silvícola, negando, na prática, sua aptidão para adquirir e transmitir conhecimentos (inclusive de sua própria cultura), e para organizar, logicamente, o seu pensamento. Com isso, ficou violado o art. 153, § 1º, da Carta federal, que consagra o princípio de isonomia, nos seguintes termos:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.”

2) Constrangeu o cacique, impedindo-o de fazer o que nenhuma lei o impedia: viajar para o exterior. Com isso, restou violado o art. 153, § 2º, da Carta federal:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.”

Os povos civilizados não se pejaram de levar aborígenes para o Velho Continente a fim de exibi-los como curiosidade nos salões europeus. É medida de justiça que, agora, esses mesmos salões os recebam para ressaltar-lhes a dignidade e defender-lhes a cultura e a própria sobrevivência.

3) Coarctou a manifestação do pensamento do cacique, fazendo abortar o seu propósito de levar informações sobre seu povo ao exterior; frustrou-lhe a oportunidade de se enriquecer com a troca de informações e experiência. Com isso, restou violado o art. 153, § 8º, da Carta federal.

Por outro lado, a autoridade brasileira rompeu com o seu dever constitucional de amparo à cultura, estabelecido no art. 180 da referida Carta. A censura imposta ao silvícola, *in casu*, longe de ser um amparo, foi um atentado à cultura.

4) Violou o seu direito de locomoção, contido no direito amplo à liberdade, inscrito no *caput* do art. 153, e protegido pelo § 20 desse artigo da Carta federal:

“A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

.....

§ 20 — Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Em face do sistema legal e constitucional brasileiro, o silvícola pode sair livremente do país, e a este retornar; manifestar-se em igrejas, museus, tribunais, universidades ou quaisquer instituições culturais, até em praça pública, pois isso é da conta do país que o recebe, e não do país de origem. Pela mesma razão, o índio pode se apresentar de terno e gravata, de roupas típicas ou completamente nu.

Em o querendo, o índio pode permanecer mudo, pois o silêncio, em determinadas ocasiões, tem a eloquência de mil palavras. A cadeira da presidência de honra do Tribunal Russell, destinada ao cacique, permaneceu vazia enquanto este não era liberado. Aquela

cadeira vazia é um exemplo da eloquência do silêncio. Tornou-se o símbolo da opressão dos povos civilizados sobre os povos indígenas.

11. Conclusão

A emancipação do indígena é fórmula que se aproxima demais do direito civil. No caso dos silvícolas, expressão como essa afigura-se nos inadequada. O regime de protetorado, nos moldes do direito internacional, serve melhor à real situação dos povos indígenas perante o Estado brasileiro.

Esse regime cessará quando as comunidades indígenas alcançarem o grau de civilização. A partir daí, integrarão o Estado; os seus membros tornar-se-ão cidadãos brasileiros, ao atingirem a idade de participação na vida política. Enquanto isso não ocorre a nível grupal, a integração vai acontecendo a nível individual, à medida que este ou aquele silvícola adquire as condições básicas para se tornar membro da sociedade brasileira.

A nível individual, existe um grande número de silvícolas que se tornaram brasileiros e adquiriram cidadania. Entre eles, o já mencionado cacique Juruna, cidadão brasileiro que ocupou uma cadeira de deputado no Congresso Nacional.

Em termos legais, para o índio liberar-se do regime tutelar, é necessário contar, no mínimo, com 21 anos de idade, conhecer a língua portuguesa, estar habilitado para o exercício de atividade lícita e útil à comunhão nacional, e ter desta última razoável compreensão dos seus usos e costumes. O interessado fará um requerimento ao juízo competente, que, após sumária instrução e ouvidos os órgãos de assistência e do Ministério Público, decidirá se concede ou não a emancipação. A sentença concessiva é transcrita no registro civil.

O órgão federal de assistência aos silvícolas poderá também, desde que o interessado requeira e satisfaça as condições básicas, reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado. Esse ato deve ser homologado judicialmente e inscrito no registro civil.

Em termos legais, para uma comunidade indígena liberar-se do regime de tutela, é necessário que a maioria dos seus membros esteja nas condições básicas retromencionadas. Essa maioria requer a emancipação comunitária ao órgão federal competente.

Procede-se, então, a um inquérito com o fim de verificar se aquela comunidade está, de fato, plenamente integrada à comunhão nacional. Em sendo positivo o resultado do inquérito, a emancipação comunitária é concedida através de decreto do Presidente da República.

A terra é vital para o indígena. Porém, como adverte LÉVI-STRAUSS, não qualquer pedaço de terra, mas sim aquela área ecológica familiar, cujas fauna e flora não lhe guardam segredos, onde são conhecidos os caminhos que levam aos recursos naturais e as condições climáticas que norteiam sua vida econômica. Imperiosa, pois, a demarcação de suas terras, em definitivo. O Estatuto do Índio estabelecia o ano de 1978 como termo ad quem para essa demarcação. Entretanto, até hoje, muitas terras ainda não foram demarcadas. Em consequência, prosseguem os conflitos entre os índios e os brancos.

A defesa das minorias étnicas é um dever de todos; é uma exigência da nossa condição humana.

O desrespeito à vida, à liberdade, à segurança, aos bens e valores culturais dessas minorias é um atentado contra a própria humanidade.

BIBLIOGRAFIA

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Forense, 1977.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. *O pensamento selvagem*. São Paulo, Ed. Nacional, 1976.
- RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Vozes, 1979.
- RUGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Saraiva, 1971, v. 1.
- Declaração Universal dos Direitos do Homem. Porto Alegre, Sulina, 1968.
- Constituições brasileiras, Império e República. São Paulo, Sugestões Literárias, 1978.
- Código Civil brasileiro. 23.^a ed., São Paulo, Saraiva. Lei n.º 6.001, de 1.º-12-73 (Estatuto do Índio).
- Procedimento de Habeas Corpus n.ºs 4.876 e 4.880. Tribunal Federal de Recursos. Voto do Ministro Washington Bolívar de Brito. Distrito Federal. 1980.
- Petição de Habeas Corpus n.º 4.876. Advogado Jorge de Oliveira Beja. Tribunal Federal de Recursos. Distrito Federal. 1980.

O controle dos contratos administrativos

Questões constitucionais

JOSÉ EDUARDO SABO PAES

Advogado. Diretor jurídico da Associação
dos Servidores do Tribunal de Contas do
Distrito Federal

SUMÁRIO

NOTA INTRODUTÓRIA

1. DIREITO COMPARADO: 1.1. Origem histórica;
1.2. Características gerais; 1.3. Aspectos peculiares

2. CONTRATOS: 2.1. Visão constitucional; 2.2. Inovações da Constituição de 24-1-67 mantidas na Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69; 2.3. A fixação do prazo; 2.4. O controle externo e o exame prévio dos contratos administrativos; 2.5. Envio de cópia dos contratos ao *Tribunal de Contas*

3. PROPOSTAS CONSTITUCIONAIS: 3.1. Órgão independente; 3.2. Extinção do pronunciamento prévio do Congresso Nacional quanto à legalidade dos contratos; 3.3. Obrigatoriedade de se remeter cópia dos contratos ao *Tribunal de Contas*

NOTA INTRODUTÓRIA

Dentro da imperiosa necessidade de exercer o controle dos bens e dinheiros públicos, devem ter os tribunais de contas singular e decisiva participação no quadro institucional brasileiro. Se observarmos na nossa história constitucional e política, verificaremos que se opera um lento e gradual esvaziamento das atividades de controle sobre os atos da administração, mormente quanto à sua eficácia, eficiência e resultados práticos.

Com o objetivo de levantar questões constitucionais à Comissão Constituinte, quanto ao tema "O Controle dos Contratos Administrativos", pesquisamos dentro do nosso contexto institucional vigente e dos de alguns sistemas de direito contemporâneos, escolhidos em razão da importância que atribuem aos tribunais de contas, aspectos que podem vir a ser objeto de inserção no nosso novo texto constitucional.

Enfocamos, inicialmente, considerações a respeito da origem da fiscalização das finanças e orçamento público, como do controle atualmente exercido nos diversos sistemas de direitos analisados, abordando as suas características e peculiaridades.

Almejando uma maior eficiência e eficácia do controle dos contratos, por entendermos serem eles a maior fonte que alimenta as despesas públicas de grande vulto, procedemos a uma análise histórico-constitucional do tópico "contrato administrativo", dando ênfase ao controle, inovação da Carta de 1967 e da Emenda nº 1, de 1969, e a aspectos como a fixação de prazo para o seu exame pelo Congresso Nacional, exame prévio e o envio de cópia dos contratos celebrados aos tribunais de contas.

Por fim, no intuito de contribuirmos com sugestões para a nova Carta Política brasileira, oferecemos três proposições que, desenvolvidas no decorrer deste trabalho, são apresentadas no seu final após breves justificativas. Sempre no entendimento maior de que o estabelecimento, através de norma constitucional, da natureza jurídica, competência e atribuições dos tribunais de contas, permitirá a operacionalização e eficácia do exercício indispensável e insubstituível do controle externo, assegurando o cumprimento do seu escopo maior que é a fiscalização financeira e orçamentária dos bens e dinheiros públicos.

1. DIREITO COMPARADO

1.1. *Origem histórica*

A fiscalização das finanças e do orçamento público, como hoje concebida, originou-se a partir dos movimentos políticos que, em relação ao poder absoluto de soberanos europeus, notadamente da Inglaterra e da França, acabaram por contingenciar o lançamento de tributos à prévia concordância dos parlamentos. O cerceamento ao arbítrio real iniciado na Inglaterra no século XIII vai progressivamente amadurecendo e se difundindo, até receber definitivamente consagração, em 1789, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e na imediata Constituição francesa de 1793.

1.2. *Características gerais*

Nos sistemas de direito analisados, predomina, quanto ao exercício da fiscalização financeira e orçamentária, a atuação dos tribunais de contas através de um controle diversificado, tanto realizado antes, concomitantemente ou meses depois da realização da despesa ou do ato administrativo.

Situa-se, em alguns deles, em equidistância com os demais poderes; noutros, inserido dentro do Legislativo, guardando perfeita correspondência com os demais órgãos membros deste poder.

Esse controle está vinculado à estruturação do Estado. Nos regimes constitucionais, no estado de direito, existe um desenvolvimento paralelo entre as atribuições do Poder Legislativo em matéria de fiscalização e as funções do órgão encarregado do controle financeiro, sendo este uma consequência iniludível da soberania nacional.

Relacionando esta matéria com as características de cada regime político, é preciso situar-se sobre três hipóteses fundamentais: países de Executivo forte, de separação de poderes e de sistema parlamentar. Considerando-se como mais favorável para o desenvolvimento completo e racional do controle financeiro o da separação de poderes, onde as funções se alternam e se sucedem, obtendo-se, como consequência, um controle mais eficaz e efetivo.

1.3. Aspectos peculiares

Na Argentina, têm os tribunais de contas jurisdição especial: constituem verdadeiras cortes de justiça administrativa, e têm por objeto verificar a gestão dos administradores dos bens públicos e determinar a responsabilidade em que venham a incorrer os agentes da administração, sendo este controle realizado por diversos sistemas, entre os quais o controle *a posteriori* (*post factum*).

Criou a República do Peru um sistema híbrido, a Controladoria-Geral da República, órgão responsável pelo controle externo e entidade superior de controle do serviço público nacional, que tem nas suas atribuições (Decreto-Lei nº 10.039 – Lei Orgânica do Sistema Nacional de Controle) a capacidade de realizar um controle prévio, simultâneo, e posterior. Dentre suas atribuições, está a do art. 12, alínea l:

“Informar previamente sobre as operações, fianças, avais e outras garantias que o Estado preste, inclusive as mínimas de contrato, que, de qualquer forma, comprometam seu crédito ou capacidade financeira, seja internamente no país, seja no exterior. A lei orçamentária do serviço público nacional deverá discriminar os casos sujeitos a este dispositivo.”

E o art. 25 da citada lei orgânica dispõe:

“Nenhuma despesa adicional poderá ser paga sem prévia autorização da Controladoria-Geral da República, salvo as obras realizadas em caso de emergência ou força maior.”

A Corte de Contas da França, uma instituição antiga, tem competência para, com a ajuda do Parlamento, exercer o controle da receita e da despesa do Estado (art. 47 da Constituição), como também, a partir de 1977, o controle da gestão e das contas das empresas públicas. Realiza

auditorias prévias, concomitantes e posteriores, verificando a correção de documentos e a eficiência das práticas administrativas.

Em suma, a Corte de Contas realiza com maior ênfase o controle *a posteriori*, e não detém nenhum poder político. Um dos princípios fundamentais da legislação francesa é que a autoridade legal não pode invadir o campo de competência de uma autoridade política, de maneira que a Corte não tem faculdades de mando sobre as autoridades federais e municipais do Governo. Só pode comunicar suas decisões às autoridades competentes e ao povo francês, o qual, graças ao sistema de sufrágio universal, continua sendo o maior juízo político do Governo. Dessa forma, o objetivo e o *modus operandi* da Constituição francesa é o *dat ordinem docendo* (ordenar ensinando).

O Tribunal de Contas do Reino da Espanha é o organismo de Estado a que corresponde a superior fiscalização econômica dos fatos realizados na execução da lei de *presupuestos* e as demais de caráter fiscal. Tem categoria de supremo, com jurisdição especial e privativa, porquanto de suas resoluções de cassação e revisão não cabe recurso algum e seu tratamento é impessoal. Suas funções são exercidas com independência e sua jurisdição é também independente. Tem esse organismo duas vertentes perfeitamente delimitadas: uma de caráter fiscal e outra jurisdicional.

Constitucionalmente, em conformidade com o art. 136 da Carta Magna, tem o Tribunal de Contas espanhol funções que o creditam como tribunal supremo, e outras delegadas do Poder Legislativo. Entre as primeiras, podemos assinalar: o exame, censura e falhas das contas e seus recursos, os expedientes de alcance dos recursos, o cancelamento das fianças com seu correspondente recurso e a execução de suas sentenças. E entre as segundas destacamos: a comprovação do exame de conta geral e os expedientes de contratos e serviços de obras públicas.

Para o exame dos contratos de serviços e obras públicas, cuja quantia seja superior a cinco milhões de pesetas, se dará conhecimento ao Tribunal de Contas, cuja Secretaria Geral tomará ciência e registrará em livro próprio do expediente original que foi remetido, comprovando se existem cláusulas contratuais prejudiciais para o Tesouro, e se, no expediente, foram observadas ou não as formalidades legais, podendo redigir uma "memória" ou simples nota dirigida ao ministro a que "afete".

Os tribunais de contas da República Federal da Alemanha são órgãos superiores da União ou dos estados, unicamente subordinados à lei, que gozam de ampla autonomia e, pois, alheios à hierarquia burocrática costumeira do Poder Executivo; sua existência, seu campo de atividades e sua independência são garantidos constitucionalmente.

Dessa forma, consoante o disposto no art. 114 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a perfeita legalidade dos atos da administração pública é assegurada aos tribunais de contas por serem as instituições especificamente encarregadas do controle financeiro exter-

no, com a competência de examinar as contas, bem como a rentabilidade e a regularidade da gestão orçamental e econômica.

Como se pode depreender, na Alemanha os tribunais de contas não são, absolutamente, órgãos auxiliares do Poder Executivo, nem o são, tampouco, das entidades legislativas, quer da União, quer dos estados. Em relação aos parlamentos, no entanto, há algo de especial, isso porque atuam no campo de frente, que, em última instância, no que diz respeito ao controle financeiro, é de responsabilidade do Legislativo.

O Tribunal de Contas de Portugal tem garantidas na Constituição, art. 219, três importantes funções: opinar acerca das contas do Estado, verificar a legalidade dos gastos públicos e examinar qualquer conta que a lei mandar submeter-lhe. Tem o Tribunal função de autêntico órgão consultivo, com capacidade de exigir as medidas que considere oportunas e cuja missão leva a cabo através de seus corpos especiais, totalmente unidos e compenetrados com ela.

O tribunal aprova todos os atos que resultem em um compromisso financeiro, aplica o conceito de auditoria prévia ou preventiva. Esta aprovação não é necessária para certos contratos, anualidades, obrigações gerais da dívida consolidada e outros aspectos relacionados com o funcionamento da Tesouraria.

Quanto às decisões do tribunal, estas só podem ser executadas após serem publicadas no *Diário da República*, e o Conselho de Ministros de Portugal pode não aceitar uma decisão negativa do tribunal, mas somente pode fazê-lo se todos os ministros estiverem de acordo.

A *Instituição Suprema de Auditoria (ISA) da Itália tem uma larga tradição*, que data da antiga legislação romana.

A corte de contas italiana foi estabelecida em 1862, depois da unificação dos Estados pré-unitários de 1860, como a primeira magistratura civil com jurisdição em toda a nação. De fato, a instituição auditora da Itália é basicamente uma corte de justiça. Ocupa-se parcialmente do controle financeiro, exercido com imparcialidade, independência e autonomia, e das funções judiciais confiadas à corte nas áreas de contabilidade pública civil, militar e das pensões de guerra. Atualmente as referências legislativas básicas são: a Constituição Republicana (1948) — arts. 100 a 103 — e o texto unificado das leis ordinárias referentes à corte (o texto original, *Lei nº 1.214/34*, já tem sido profundamente modificado no transcurso dos anos).

No que se refere às receitas do Estado, a corte é responsável por uma supervisão geral da regularidade de sua arrecadação, especialmente a referente à responsabilidade do Tesouro. No futuro, se espera que a missão da corte se estenda, constitucionalmente, ao estudo da correção da administração governamental no campo das receitas e despesas do Estado.

O Governo italiano apresentou recentemente ao Parlamento uma proposição para revisar a função auditora da corte, no âmbito constitucional. Na proposição, o controle prévio ficaria restrito aos atos mais importantes do Governo.

2. CONTRATOS

2.1. *Visão constitucional*

A Constituição de 1934 ratificou a competência do Tribunal de Contas, existente através do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, elevando-se a norma constitucional. O art. 101 disciplinou, pela primeira vez, o *registro prévio* dos contratos pelo tribunal, ao estabelecer que os *contratos que, de qualquer modo, interessassem imediatamente à receita ou à despesa só se consideravam perfeitos e acabados após o registro pelo tribunal, sendo que a recusa de registro suspendia a execução dos mesmos até o pronunciamento do Poder Legislativo.*

A Constituição de 1937 não abandonou esse entendimento, nem dele discrepou. Apenas cabe-nos observar que a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, então vigente — Decreto-Lei nº 426, de 12-5-38 —, sumariando a competência do tribunal sobre o assunto, declarava caber-lhe, quanto à despesa (art. 20, § 2º, item I, alínea *b*), efetuar o *registro prévio*

“dos contratos, ajustes, acordos ou quaisquer obrigações ou atos, que derem origem a despesas de qualquer natureza, bem como a prorrogação, suspensão ou revisão desses atos.”

Como ressaltaram os Ministros EWALD SIZENANDO PINHEIRO e MÁRIO PACINI, tratadistas do maior relevo e competência, o texto constitucional demonstra, de forma indubitável, a amplitude do controle confiado ao tribunal, que não se restringia ao momento da formação do contrato, e sim estendia-se a todo o curso de sua vigência, através do exame dos aditamentos feitos.

O prazo para registro era de 15 dias úteis, contados da data da entrada no tribunal, salvo se fosse determinada qualquer diligência.

A Carta de 1946 perfilhou os mesmos princípios que as Constituições de 34 e 37 haviam sufragado. Reafirmou a competência do Tribunal de Contas (art. 77, III e § 1º) para julgar da legalidade dos contratos, nos mesmos moldes em que a Carta Magna de 1934 o fizera, e a Lei Orgânica do Tribunal, vigente à época — Lei nº 830, de 23-9-49 —, discriminando aquela competência, a definiu em função quer da receita, quer da despesa públicas.

Dessa forma, a Lei nº 830/49, no art. 41, II, declarava competir ao tribunal, quanto à receita, examinar e registrar os contratos que a ela dissessem respeito e, quanto à despesa (art. 42, item XIV), deu-lhe a atribuição de

“efetuar o exame da legalidade dos contratos, ajustes, acordos ou quaisquer obrigações que derem origem a despesas de alguma

natureza, bem como a prorrogação, alteração, suspensão ou rescisão desses atos.”

Foram excluídas dessa competência as declarações. Da mesma forma como já estabelecia a legislação pretérita, cabia ao Presidente da República (art. 37) mandar executar o contrato cujo registro fosse recusado, fazendo o tribunal o registro *sob reserva*, com recurso *ex officio* para o Congresso Nacional.

2.2. *Inovações da Constituição de 1967 mantidas na Emenda Constitucional nº 1, de 1969*

A primeira grande novidade da Carta de 67 foi a instituição dos sistemas de controle interno e externo para a fiscalização financeira e orçamentária da União.

O externo foi deferido ao Congresso Nacional, que o exercita com o auxílio do Tribunal de Contas, e consiste na apreciação das contas do Presidente da República, no desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária e no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (art. 70, § 1º), como também na aplicação das normas de fiscalização financeira e orçamentária às autarquias (art. 70, § 5º) e agora, às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas empresas subsidiárias, coligadas ou controladas (Leis nº 6.223/75 e nº 6.525/78).

Ao Tribunal de Contas, especificamente, deu a Constituição de 67 a competência de representação ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre as irregularidades e abusos que verificar (art. 72, § 4º, da EC nº 1/69).

Declarou caber-lhe, por outro lado (art. 72, § 5º, letras *a*, *b* e *c*), de ofício, ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, na hipótese de constatar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, tomar as seguintes providências:

1ª) assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei;

2ª) no caso de não-atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação a contratos;

3ª) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista no item anterior ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

Tem o Congresso o prazo de 30 dias para deliberar sobre essa solicitação (art. 72, § 6º), findo o qual, na ausência de pronunciamento, a impugnação se torna insubsistente. Ademais disso, o Presidente da República (art. 72, § 8º) tem a faculdade de ordenar, *ad referendum* do

Congresso Nacional, a execução do ato cuja sustação o Tribunal haja determinado.

2.3. *A fixação do prazo*

Assim, quando se trata de contrato, cabe ao Congresso Nacional a sustação, mediante pedido do Tribunal de Contas, nos termos do art. 72, § 5º, alínea c, da Constituição.

Várias objeções são postas quanto a este procedimento:

1ª) a inoperância da decisão do Tribunal ao se exigir o pronunciamento prévio do Congresso Nacional, através das duas Casas Legislativas;

2ª) o desvirtuamento da decisão, já que o dispositivo constitucional reza que a impugnação do tribunal será considerada insubsistente se, vencido o prazo, o Congresso Nacional não se manifestar sobre ela.

Como conclusão destas duas objeções, temos que a regra contida na Constituição (art. 72, § 5.º) e reproduzida na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, art. 37, § 1º), segundo a qual a impugnação é inócua não sendo apreciada no prazo, merece sérias restrições, pois a ilegalidade pode ser de tal porte que afete o contrato em sua essência, acarretando-lhe a nulidade, caso em que se impõe de início a sua sustação, vez que constitui princípio jurídico incontroverso o de que de um ato nulo não resultam efeitos na esfera do direito.

Como conciliar esse princípio com a norma, segundo a qual o simples transcurso do tempo, sem a deliberação do Poder Legislativo, convalida e revitaliza o ato, dele retira o vício que o inquina, tornando ineficaz a impugnação? Pode o tempo transformar um ato nulo em ato válido? Tem ele esse poder mágico, miraculoso, de converter o ilegal em legal?

3ª) contém ou obriga patente e injustificável discriminação.

Assim, quando a despesa não se vincular a contrato, a sustação pode ser imediata, impedindo a realização da mesma, ao passo que, sendo a sua origem contratual, o tempo pode convalidar o contrato e torná-lo válido, como se a lei, até muitas vezes de modo violento, não tivesse sido igualmente vulnerada. São situações idênticas (despesas ilegais) tratadas com manifesta desigualdade.

2.4. *O controle externo e o exame prévio dos contratos administrativos*

O tribunal não tem ciência dos contratos no ato de sua celebração, vez que não são os mesmos sempre publicados no órgão oficial. Só tem deles conhecimento através do mecanismo das inspeções, realizadas de acordo com o art. 36, IV, do Decreto-Lei nº 199, de 25-2-67.

Nas inspeções é constatado que os contratos sofrem aditamentos que implicam, muitas vezes, na sua completa reformulação: são prazos que se

dilatam ou alongam-se em demasia, preços que se ampliam e se reajustam inúmeras vezes sem razoável justificativa, elevando, de forma incompreensível, o valor inicial, em flagrante desrespeito ao salutar princípio da licitação. Chega-se ao cúmulo de editar contrato com vigência finda ou prazo extinto. Se houvesse a obrigatoriedade legal de submeter tais contratos ao crivo dos tribunais de contas, claro está que nada disso ocorreria.

É uma forma de garantir a almejada eficiência do sistema de controle externo. Não se pretende, é óbvio, que todo e qualquer contrato celebrado pela União fique sujeito ao exame do tribunal. Mas com relação àqueles que envolvem despesas vultosas, referentes a obras, fornecimentos, empréstimos e garantias, celebrados pelos órgãos da administração indireta, é inegável que seria altamente benéfico que sobre eles a ação do tribunal se fizesse sentir.

2.5. *Envio de cópia dos contratos ao Tribunal de Contas*

A obrigatoriedade de que cópia de todos os contratos administrativos, firmados pela administração direta ou indireta, sejam, 30 dias após a assinatura, enviados ao tribunal é uma forma de que os atos administrativos sejam apreciados praticamente ao mesmo tempo que passam a produzir seus efeitos. Desse modo, imprecisões técnicas podem ser corrigidas a tempo e hora, sem as deploráveis decisões condenatórias a que a apuração posterior acaba conduzindo.

Foi essa a solução encontrada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, através da inserção do exposto no parágrafo acima em seu Ato Regimental nº 9, de 5-11-80, art. 11, I.

Na sistemática do controle instituído a partir de 1967, e que o subdividiu em controle interno e externo, o Tribunal de Contas só toma conhecimento dos contratos pela sua publicação no *Diário Oficial* (quando são publicados), o que restringe sobremaneira a eficácia do controle. Como também por ocasião das inspeções, mas como estas não têm a frequência desejável, muitas vezes depara-se com "fatos consumados".

Dentro desta obrigatoriedade, o Tribunal de Contas, dentro de 15 dias do recebimento, procederá ao exame dos contratos, comunicando à autoridade competente ou signatária apenas os erros, omissões ou vícios dos mesmos e, sem essa comunicação, o contrato reputar-se-ia correto.

3. PROPOSTAS CONSTITUCIONAIS

3.1. *Órgão independente*

Considerando que as atribuições constitucionais conferidas aos tribunais de contas, na maioria das legislações, têm sido estabelecidas com vistas ao melhor funcionamento de um governo representativo, com o objetivo de assegurar a exata e completa fiscalização dos atos dos gestores de bens e valores públicos, e

Considerando que a eficácia da intervenção do tribunal está na dependência, em primeiro plano, do seu posicionamento institucional e da sua natureza jurídica:

Propõe-se que na nova Carta Magna tenha o Tribunal de Contas posição paritária com os demais poderes e corpos legiferantes, colocando-se, desta forma, como órgão independente e autônomo em relação aos órgãos e entidades que lhe compete fiscalizar, situando-se em capítulo próprio, com organização, competência e atribuições definidas.

3.2. *Extinção do pronunciamento prévio do Congresso Nacional quanto à legalidade dos contratos*

Considerando a importância dos contratos dentro do contexto administrativo, visto que envolvem quase sempre despesas vultosas, referentes a obras, serviços, empréstimos, garantias etc.;

Considerando que o controle confiado ao tribunal não deve restringir-se ao momento da formação do contrato, mas também a todo o curso de sua vigência, através do exame dos aditamentos feitos;

Considerando que, decorridos quase 20 anos da reforma administrativa, o sistema de controle adotado naquela oportunidade merece reparos, visto não ter alcançado seus objetivos, principalmente quanto aos contratos, onde coube ao Congresso Nacional a sustação, mediante pedido do Tribunal de Contas, nos termos do art. 72, § 5º, alínea c, da atual Constituição, e

Considerando a comprovada inoperância desta decisão, como seu desvirtuamento jurídico e injustificável discriminação em relação a outras despesas que podem de imediato ser sustadas:

Propõe-se que se extinga na nova Carta qualquer pronunciamento prévio do Congresso Nacional quanto à legalidade dos contratos, por ser matéria técnica e da competência exclusiva dos tribunais de contas, cabendo somente a estes o julgamento e sustação da execução, por infração às normas de administração financeira e orçamentária, dos contratos e convênios celebrados por qualquer entidade do poder público.

3.3. *Obrigatoriedade de se remeter cópia dos contratos ao Tribunal de Contas*

Considerando que atualmente só é legalmente permitido ao Tribunal de Contas o conhecimento dos contratos através das inspeções e que estas, pelo próprio caráter de excepcionalidade, impossibilitam um controle oportuno e eficaz, visto sofrerem os mesmos aditamentos de prazo e valor e alterações que, quando constatadas através do exame *a posteriori*, torna-se inexistente a possibilidade de resguardar o interesse do governo e de garantir a própria eficiência do sistema de controle;

Considerando que o exame prévio de todos os contratos celebrados pelas entidades da administração direta e indireta seria algo quase impossível, e com o risco de entrar-se a máquina administrativa;

Considerando que existem contratos que envolvem despesas vultosas e que a eficácia do controle só existe na medida em que apreciam os atos administrativos, no mesmo momento em que passam a produzir seus efeitos, permitindo-se a correção de imprecisões técnicas antes de deparmos com o fato consumado;

Considerando os comprovados resultados favoráveis por parte da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao exigir, desde 1980, das entidades do Governo do Distrito Federal a remessa, após 30 dias de sua celebração, de todos os contratos e convênios para exame, e

Considerando que o controle tardio é sempre incompleto e imperfeito, sendo mais uma simulação de controle, e limitando-se, por assim dizer, a uma simples e muitas vezes inútil ou inconsequente constatação de fatos perfeitamente evitáveis ou reprimíveis, se apurados no momento certo ou na hora certa:

Propõe-se que se estatua a obrigatoriedade da remessa de cópia, aos tribunais de contas, de todos os contratos ou convênios celebrados pelas entidades de que participe o poder público com qualquer soma de capital ou ações.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA FEDERAL. Constituição. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha.*

ARGENTINA. Constituição. *Constituição.*

ARGENTINA. Tribunal de Contas. Los auditores estatales funcionarios para un buen gobierno. *Del Boletín Informativo.* Salta, 1977, supl. 1.

ARNAUD, Desré. A corte de contas da França. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.* São Paulo, 5(19):13-17, 1977.

BALAGUER, Eugenio Gimero. Control de gestión: contenido, experiencias nacionales y extranjeras. *Del Boletín Informativo.* Salta, 1978, supl. 3:3-14.

BECK, Bernardo. El sistema francés de auditoria de la contabilidad del gobierno y el rol de la corte de cuentas. *Revista Internacional de Auditoria Gubernamental.* 4(9):7-12, out. 1982.

BUARQUE, Paulo Planet. A "Controladoria General" do Peru. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.* São Paulo, 4(16):32-41, 1976.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. O Tribunal de Contas; órgão constitucional, funções próprias e funções delegadas. *Revista do Tribunal de Contas da União.* Brasília, 4(4):37-46, 1973.

COTANZA, Carlo. La corte de cuentas de Italia. *Revista Internacional de Auditoria Gubernamental.* 3(10):23-6, jul. 1983.

ESPAÑA. Constituição. *Constituição espanhola.*

- ESPAÑA. Tribunal de Contas. *Organización, funciones y procedimiento del Tribunal de Cuentas del Reino*: Lei de 3-12-53, modificada pela Lei 87, de 23-12-61.
- FAGUNDES, Seabra. Posição institucional e competência dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, (4):21-8, 1976.
- FARINHA, Pinheiro. O Tribunal de Contas de Portugal. *Revista Internacional de Auditoria Gubernamental*. 3(8):4, jul. 1981.
- FERNANDEZ-VICTORIO Y CAMPS, Servando. *El Tribunal de Cuentas del Reino*. 1964. 42 p.
- FERREIRA, Joel. Do controle, sua evolução e aperfeiçoamento. In: *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo do Distrito Federal*; exercício de 1984. Brasília, Centro Gráfico do Senado Federal, 1985, parte 1:3-28.
- FRANÇA. Constituição. *Constituição francesa*.
- FRANÇA. Tribunal de Contas. *Cours des comptes*. Paris, Journaux Officiels, 1970. 50 p.
- GRANONI, Raul A. *El control de los gastos públicos por los tribunales de cuentas*. Buenos Aires, Editorial Argentina de Finanzas y Administración, 1946, p. 159.
- GRÉCIA. Constituição. *Constituição grega*.
- ITALIA. Constituição. *Constituição italiana*.
- LUZ, Lincoln Teixeira Mendes Pinto da. O controle da atividade pública pelo Poder Legislativo. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, (11): 47-74, 1981.
- OLIVEIRA, Modesto Marques de. A Constituição e o poder de fiscalização e controle; a democracia e as funções de fiscalização e controle. In: *Anais do 13º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*. Salvador, Tribunal de Contas da Bahia, 1985.
- PACINI, Mário. O controle externo e os contratos administrativos. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, 6(12):3-9, 1975.
- PERU. Constituição. *Constituição peruana*.
- PINHEIRO, Ewald Sizenando. O julgamento da legalidade dos contratos pelo Tribunal de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, 6(10):3-11, 1973.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2ª ed. São Paulo, Rev. dos Tribunais, 1973. 6 v.
- PORTUGAL. Constituição. *Constituição portuguesa*.
- RODRIGUES, Jorge Guzman. O sistema de controle peruano. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*. São Paulo, 5(19): 32-6, 1977.
- SALLES, Heráclio. Natureza, autonomia e duplicidade da função dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, (4):121-43, 1976.
- SELBACH, Joseph. O controle financeiro estatal na República Federal da Alemanha. *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, 9(31):47-56, 1981.
- VILLELA, José Guilherme. Novas reflexões em torno da eficácia do controle dos contratos, visando ao fortalecimento dos tribunais. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, (11):33-46, 1981.

Do regime jurídico dos encargos moratórios no sistema financeiro após a reforma monetária

ARNOLDO WALD

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

I — INTRODUÇÃO

II — EVOLUÇÃO LEGISLATIVA: A) O Código Civil; B) A Lei de Usura (Decreto n.º 22.626/33); C) A Lei da Reforma Bancária (Lei n.º 4.595, de 31-12-64); D) A jurisprudência referente à Lei n.º 4.595/64; E) As normas do Código de Processo Civil referentes à sucumbência e a Súmula n.º 616; F) Da sistemática legal e regulamentar vigente antes da Reforma Monetária.

III — A REFORMA MONETÁRIA E A LEGISLAÇÃO VIGENTE: A) A Resolução n.º 1.129, de 16-5-86; B) A compensação do credor: a comissão de permanência e os juros moratórios (item I da resolução); C) A penalidade do devedor: pagamento do valor previsto como cláusula penal moratória (item II da resolução); D) Considerações complementares e conclusões quanto aos créditos das instituições financeiras.

I. INTRODUÇÃO

Parece-nos oportuno fazer uma análise do regime jurídico vigente no caso de mora dos devedores do sistema, no momento em que, após o Decreto-Lei nº 2.284, a correção monetária foi extinta temporariamente, ensejando uma nova regulamentação consubstanciada na Resolução nº 1.129, baixada pelo Banco Central em 15-5-86 e republicada no **Diário Oficial**, de 2-6-86, em virtude de incorreção existente na primeira publicação (de 16-5-86).

2. Para a boa compreensão da matéria, definiremos as várias técnicas de compensação da mora e de aplicação de pena civil moratória (cláusula penal) aos devedores inadimplentes, definindo os respectivos conceitos, e examinaremos, sucessivamente, a evolução legislativa, que ocorreu desde a promulgação do Código Civil, para, em seguida, definir o regime legal vigente, em seus vários aspectos.

3. O estudo que faremos abrangerá os temas mais específicos, tais como os juros, o cabimento da multa moratória (cláusula penal) e a conceituação da comissão de permanência, mas, para melhor compreensão, esclarecerá as distinções entre juros compensatórios e juros moratórios, o papel desempenhado pela correção monetária como técnica de ressarcimento em favor do credor, a função exercida pelas comissões bancárias e as relações entre a cláusula penal e os honorários de advogado decorrentes de sucumbência.

4. Como certos conceitos e regimes jurídicos variaram no tempo, em virtude de modificações legislativas ou de situações de fato, examinaremos as conceituações, no primeiro capítulo, dedicado à evolução histórica da nossa legislação na matéria, pelo fato de estarem em vigor, no momento, várias normas das regulamentações elaboradas em épocas diversas, que se complementaram ou superpuseram, no tempo, desde a promulgação do Código Civil em 1916 até a elaboração da Resolução nº 1.129, setenta anos depois.

II. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A) O Código Civil

5. Embora o mútuo tivesse sido regulamentado pelo Código Comercial de 1850, nos seus artigos 247 a 255, foi o Código Civil que sistematizou, inicialmente, em nossa legislação, as regras aplicáveis, em caso de mora, ao pagamento das dívidas em geral e dos débitos de dinheiro em particular, fixando normas que, na sua maioria, continuam em vigor.

6. Do Código Comercial de 1850 ficaram os princípios da presunção de onerosidade do mútuo (art. 248), da compensação dos prejuízos do credor pelo pagamento dos juros nas dívidas de dinheiro (art. 249), da não repetição dos juros pagos, mesmo quando não previstos, desde que não excedendo a taxa legal (art. 251), da presunção do pagamento dos juros devidos no caso de quitação do principal (art. 252) e da proibição do anatocismo, a não ser no caso de cumulação de juros vencidos com os saldos liquidados em conta corrente de ano a ano (art. 253).

7. O Código Civil admitiu a mora *ex re* nas obrigações líquidas (art. 960) e definiu, **grosso modo**, o quadro atual da regulamentação,

no plano do direito privado, dos juros e da cláusula penal, conforme se verifica pelos arts. 916 a 927 (cláusula penal), 1.061 (perdas e danos), 1.062 a 1.064 (juros legais) e 1.262 e 1.263 (mútuo). Essas normas, na parte em que não foram revogadas, se aplicam ainda, atualmente, inclusive no direito bancário, e nos oferecem um primeiro painel das técnicas utilizadas para compensar o atraso de pagamento por parte do devedor inadimplente.

8. No tocante aos juros, o Código Civil fez a adequada distinção entre os compensatórios, previstos no art. 1.262, que trata do mútuo, e os moratórios, regulados no art. 1.062. Os primeiros constituem a compensação paga, pelo devedor ao credor, pelo uso de uma quantidade de coisas fungíveis ou, ainda, a remuneração que o credor exige para privar-se de uma soma em dinheiro, que adiantou ao devedor, enquanto os segundos são devidos em virtude de retardamento (ou mora) do devedor no cumprimento de sua obrigação de restituir o valor por ele recebido, constituindo uma indenização pelo inadimplemento relativo ou um **quantum** mínimo devido, em tais casos, independentemente da prova de existência de prejuízo.

9. Dentro da sistemática do Código Civil, nenhum impedimento havia, como atualmente não há, na cumulação de juros compensatórios e moratórios, que, tendo finalidades distintas, se complementam para o fim de garantir o adequado e cabal ressarcimento do credor.

10. A cumulação das duas espécies de juros não ocorre, tão-somente, no caso de mora do mutuário, mas também em outras situações como, por exemplo, as desapropriações, nas quais podem ser devidos simultaneamente ambos os juros — os compensatórios, desde a imissão de posse, e os moratórios, desde a citação na ação própria (acórdão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Cível Originária nº 297-MT, in **Revista Trimestral de Jurisprudência**, do Supremo Tribunal Federal, v. 114, pp. 926-941) (1).

11. Esclarecendo o art. 1.064 do Código Civil que os juros moratórios são devidos “ainda que não se alegue prejuízo”, importante corrente doutrinária teve o ensejo de salientar que representavam eles a garantia do pagamento de uma indenização mínima ao credor por dívida de dinheiro, sem prejuízo da possibilidade de serem cumulados com outros encargos (ARNOLDO WALD, **Obrigações e contratos**, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 93) ou complementados mediante apuração dos prejuízos efetivos sofridos pelo credor e dos seus lucros cessantes.

(1) Ver, a respeito das funções exercidas pelos juros compensatórios e moratórios nas desapropriações, HELY LOPES MEIRELLES, **Direito administrativo brasileiro**, 11.ª ed., p. 517, notas 17 e 18, e p. 621.

12. O Código Civil também regulamentou a cláusula penal, nos seus arts. 916 a 927, considerando-a como pacto acessório pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor, que descumpriu a obrigação, a uma pena ou multa, no caso de mora ou inadimplemento relativo (cláusula penal moratória) ou de inadimplemento absoluto (cláusula penal compensatória). Enquanto esta constitui uma "alternativa a benefício do credor", não podendo ele pleitear a cumulação da cláusula com as perdas e danos, ao contrário, no caso de pena moratória, a lei reconhece expressamente ao credor:

"o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação." (art. 919)

13. O Código, aliás, previu expressamente, no art. 1.061, a cumulação dos juros de mora e das custas com a cláusula penal, entendendo-se, na ocasião, que as custas abrangiam as despesas judiciais em sentido lato, incluindo os honorários de advogado.

14. Nos mencionados arts. 919 e 1.061, prevê o Código que possam ser exigidos, cumulativamente, as obrigações convencionadas, que, no caso, consistem no pagamento das amortizações do capital e dos juros compensatórios, e os juros moratórios, as custas e a multa moratória (cláusula penal).

15. Assim, na fase da vigência do Código Civil na sua redação originária e antes das mudanças que veio a sofrer, podemos afirmar que nada impedia a incidência cumulativa, sobre o mutuário inadimplente, de:

- a) juros compensatórios;
- b) juros moratórios;
- c) *cláusula penal moratória*;
- d) custas judiciais;
- e) honorários de advogado.

B) A Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33)

16. A Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 7-4-33), do mesmo modo que a legislação que proibiu as cláusulas de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira (Decreto nº 23.501, de 27-11-33), surgiu em virtude da crise do início da década de 1930, pretendendo restabelecer o equilíbrio entre os direitos e deveres de credores e devedores rompido, na ocasião, em virtude das perturbações sofridas pela economia mundial.

17. Nos seus considerandos, a Lei de Usura invoca o exemplo das legislações estrangeiras da época e a necessidade de repressão da usura, para concluir que:

“É de interesse superior da economia do país não tenha o capital remuneração exagerada impedindo o desenvolvimento das classes produtoras.”

18. Na realidade, a Lei de Usura estabeleceu limites máximos para a taxa de juros (art. 1º), exigindo que os mesmos sejam estipulados por escritura pública ou documento particular, sob pena de serem aplicados os juros legais (art. 1º, § 3º), vedando o recebimento de taxas maiores “a pretexto de comissão” (art. 2º) e determinando a aplicação imediata da lei aos contratos vigentes, mediante norma retroativa (art. 3º) admissível na época, por não haver regra constitucional em vigor que proibisse a retroatividade da lei, o que só viria a ocorrer com a Constituição de 1934, que retomou a nossa tradição constitucional.

19. O diploma de 1933 proibiu a cobrança de juros sobre juros, ressalvado o caso da “acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano” (art. 4º), repetindo texto do art. 253 do Código Comercial, que ensejaria, posteriormente, a elaboração da Súmula nº 121 do Supremo Tribunal Federal, que a jurisprudência do Excelso Pretório entendeu ser também aplicável às instituições financeiras (RTJ, 108/277).

20. A Lei de Usura ainda tratou das operações de prazo superior a seis meses, com juros pagos por antecipação (art. 6º), e da possibilidade de amortização prévia do débito, desde que não inferior a um quarto do valor inicial da dívida (art. 7º).

21. Podemos, pois, afirmar que os sete primeiros artigos tratam, exclusivamente, do regime dos juros e encargos financeiros, abrangendo a sua fixação, cumulação, pagamento antecipado e cobrança dos mesmos no caso de liquidação ou amortização da dívida.

22. Os arts. 8º e 9º se referem à cláusula penal, reputando-a convencional para atender a despesas judiciais e honorários de advogados e, conseqüentemente, só podendo ser exigida após a propositura da ação judicial (art. 8º), e fixam o seu limite em 10% do valor da dívida (art. 9º).

23. O art. 10 é norma de direito transitório, estabelecendo uma moratória parcial, pois permite o pagamento dos débitos em dez prestações anuais iguais e subseqüentes.

24. O art. 11 considera o contrato celebrado com infração da lei nulo de pleno direito, assegurando ao devedor a repetição do que

houver pago a mais. Trata-se de disposição que THEOTÔNIO NEGRÃO considera incoerente, pois a possibilidade de exigir a devolução dos juros importaria, no seu entender, em excluir a nulidade (**Código Civil e legislação civil em vigor**, organização de THEOTÔNIO NEGRÃO, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 502).

25. O art. 12 estabeleceu sanções administrativas e multas para “os corretores e intermediários que aceitarem negócios contrários ao texto da presente lei”, tratando-se de texto cuja vigência parece muito discutível, além de ser inócuo pelo fato de aplicar multa de Cz\$ 0,005 a Cz\$ 0,020 e de prever a demissão, pelo Ministro da Fazenda, dos mencionados “corretores e intermediários”.

26. Os arts. 13 a 15 tratam das sanções penais do delito de usura e da respectiva tentativa, tendo sido revogados e substituídos pelo art. 4º da Lei nº 1.521, de 26-12-51, e, mais recentemente, pelo art. 8º da Lei nº 7.492/86.

27. O art. 16 esclarece quais as disposições que continuam em vigor, entre as quais menciona as do Código Comercial, “que não contravierem ao novo diploma”, assim como as disposições da lei falimentar então vigente (Decreto nº 5.746, de 9-12-29) e da lei cambial (Lei nº 2.044, de 17-12-08). Como é sabido, no tocante às falências, a matéria é atualmente regida pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 21-6-45, e, em relação aos títulos cambiais, o Decreto nº 2.044 foi parcialmente revogado pelas Leis Uniformes de Genebra. O regime jurídico dos juros está assim, atualmente, regulado, quanto às letras de câmbio e notas promissórias, pelos arts. 5º, 48, 2º, e 49, 2º, do anexo I do Decreto nº 57.663, de 24-1-66, e art. 13 do seu anexo II, e, quanto aos cheques, pelos arts. 7º, 45, 2º, e 46, 2º, do anexo I do Decreto nº 57.595, de 7-1-66, e art. 23 de seu anexo II.

28. A Lei de Usura também previu que o Governo Federal baixaria lei especial dispendo sobre “as casas de empréstimos sobre penhores e congêneres”, o que ocorreu com a elaboração do Decreto-Lei nº 1.113, de 22-2-39, que veio a ser posteriormente revogado pela Lei nº 4.595, de 31-12-64, e pelo Decreto-Lei nº 759, de 12-8-69.

29. Finalmente, nos arts. 18 e 19, determina a Lei de Usura que o seu texto seja comunicado aos interventores federais, revogadas as disposições em contrário.

30. Dessa análise, talvez excessivamente minuciosa, que fizemos do Decreto nº 22.626, concluímos que podemos nele destacar vários conjuntos de artigos, que são os seguintes:

- a) os arts. 1º a 7º, que tratam do regime dos juros;
- b) os arts. 8º e 9º, que tratam da cláusula penal;

- c) o art. 11, que estabelece as sanções civis no caso de infração da lei;
- d) os arts. 12 a 15, que tratam das sanções administrativas e penais, aplicáveis, inclusive, aos corretores e intermediários;
- e) os arts. 10, 16, 17, 18 e 19, que abrangem medidas transitórias ou referentes à vigência da nova lei, a uma moratória parcial e à indicação das normas revogadas.

31. Podemos, desde logo, excluir a aplicação atual dos artigos referidos no item e do parágrafo anterior, pois já produziram os seus efeitos e houve modificação da legislação neles referida, permanecendo em vigor, tão-somente, a norma que determinou a entrada em vigor da Lei de Usura.

32. Também não estão mais vigentes, como já vimos, as disposições mencionadas no item d, ex vi do disposto na Lei nº 1.521, podendo ser suscitadas dúvidas a respeito do art. 12, que se tornou certamente obsoleto, se é que não foi revogado.

33. Resta, assim, examinar, em relação à Lei de Usura, o regime jurídico dos juros, a regulamentação da cláusula penal e os efeitos jurídicos dos contratos que tenham infringido as mencionadas disposições legais, matérias que constam nos itens a, b e c do § 30, o que faremos apreciando os efeitos que, sobre eles, tiveram as leis posteriores.

34. Podemos, todavia, adiantar, desde já, que a maioria dessas disposições foram posteriormente revogadas ou derogadas pela Lei número 4.595/64 e pelo Código de Processo Civil de 1973, que estudaremos em seguida.

C) A Lei da Reforma Bancária (Lei nº 4.595, de 31-12-64)

35. A aplicação da Lei de Usura ensejou polêmicas na área bancária, suscitando-se dúvidas quanto à aplicação do seu art. 2º, que vedava o recebimento de comissões que ocasionassem o pagamento de taxas maiores do que as legalmente permitidas. Houve orientação doutrinária no sentido de não se aplicar tal limite às comissões bancárias, por serem inconfundíveis com os juros, conforme se verifica pelo entendimento de AFONSO PENA JÚNIOR, quando Consultor Jurídico do Banco do Brasil (*Pareceres*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho, 1941, pp. 201-205), e por ANTÃO DE MORAIS (*Parecer*, in: *Revista Forense*, v. 160, pp. 84-87).

36. Criou-se, assim, uma praxe bancária em virtude da qual deixou de ser aplicado o Decreto nº 22.626 às instituições financeiras, embora, nos poucos casos levados aos tribunais, tal tese não merecesse ser sufragada pelo Poder Judiciário, que, por longo tempo, manteve a equiparação legal das comissões bancárias aos juros, nos precisos ter-

mos da Lei de Usura (acórdão da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça da Guanabara, de 28-9-61, publicado na **Revista de Jurisprudência**, da mencionada corte, v. 2, p. 184). É preciso, todavia, salientar que, em alguns julgados, as cortes faziam uma distinção entre o ilícito penal e o civil e não mais consideravam criminosa a cobrança de comissões, embora determinando a restituição do valor que ultrapassava a taxa legal máxima (acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 12-10-65, no Recurso Extraordinário nº 58.414, in **Revista Trimestral de Jurisprudência**, do Supremo Tribunal Federal, v. 36, pp. 46 e ss.).

37. A fiscalização governamental das instituições financeiras, que se intensificou, no Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, exigiu uma tomada de posição realista do Governo no tocante aos juros bancários, e o Decreto-Lei nº 72.293, de 2-2-45, que criou a Superintendência da Moeda e do Crédito, deu-lhe competência para delimitar, quando necessário, as taxas de juros para as contas de depósito e para os empréstimos, assim como a taxa de desconto, podendo vigorar comissões e juros diferentes, atendendo-se às regiões geográficas e às peculiaridades das transações (art. 3º, letras c e d, do Decreto-Lei nº 7.293, de 2-2-45). A legitimidade dessa competência foi reconhecida pela doutrina (AFONSO PENA JÚNIOR, Parecer, in: **Revista Forense**, v. 132, pp. 72-75), mas não deu ensejo a um posicionamento jurisprudencial no mesmo sentido.

38. Quase decorridos vinte anos da primeira tentativa de intervenção no mercado bancário, a Lei nº 4.595, de 21-12-64, extinguiu a Superintendência da Moeda e do Crédito, substituindo-a pelo Banco Central, dotado de amplos poderes executivos e deliberativos, e pelo Conselho Monetário Nacional, com funções normativas.

39. O art. 4º da Lei nº 4.595 atribui privativamente ao Conselho Monetário Nacional, entre outras funções, a de

“limitar sempre que necessário as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de **remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros**, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil (...).” (art. 4º, inciso IX)

40. Em virtude do art. 9º do mesmo diploma legal, ao Banco Central compete cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

41. Assim, *ex vi* dos poderes atribuídos na legislação bancária, o Banco Central passou a baixar sucessivas resoluções, na forma das deliberações do Conselho Monetário Nacional, fixando as taxas máximas de juros e demais encargos financeiros de natureza compensatória das instituições financeiras em geral, abrangendo as sociedades de

investimento, crédito e financiamento (art. 18, § 1º, da Lei nº 4.595), também denominadas simplesmente “financeiras”.

42. Entre as resoluções baixadas pelo Banco Central do Brasil na matéria, destacou-se, inicialmente, a de nº 15, de 28-1-66, que regulou os juros dos depósitos a prazo fixo dos bancos e permitiu a cobrança de juros moratórios dos devedores dos títulos descontados, caucionados ou em cobrança bancária simples, nos seguintes termos:

“XIV — aos títulos descontados ou caucionados e aos em cobrança simples liquidados após o vencimento é permitido aos bancos cobrar do sacado, ou de quem o substituir, ‘comissão de permanência’, calculada sobre os dias de atraso e nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobrados ao cedente na operação primitiva.”

43. Posteriormente, a Circular nº 77, de 23-2-77, da Gerência de Fiscalização Financeira do Banco Central, esclareceu, “a propósito do disposto no item XIV da resolução citada [nº 15/66], que a comissão de permanência só seria admissível quando não cobrados juros de mora”.

44. Em seguida, a Resolução nº 82, de 15-3-67, determinou que:

“V — nos títulos descontados ou caucionados e nos em cobrança simples cujo portador seja instituição financeira ou seu mandatário, e que forem liquidados após o vencimento, é facultado àquelas instituições cobrar dos sacados, ou de quem o substituir, comissão de permanência, calculada sobre os dias de atraso, nas mesmas bases proporcionais de juros, encargos e comissões cobrados na operação primitiva, em se tratando de títulos descontados, ou naquelas indicadas pelo cedente e para crédito deste, no ato da entrega dos títulos para cobrança simples ou caucionada; além da comissão de permanência e do imposto sobre operações financeiras, quando devido, não será permitida a cobrança, a título algum, de outras quantias compensatórias do atraso de pagamento.”

45. Finalmente, foi esclarecido que, no caso de mora, a instituição financeira podia cobrar do devedor inadimplente a “comissão de permanência”, de acordo com a taxa de mercado, e não, tão-somente, na base da taxa fixada contratualmente no início da operação (Resolução nº 389, de 15-9-76, e MNI 16, 9; 10, 5).

46. Ficou assim reconhecido que, em virtude do disposto na Lei nº 4.595, o Conselho Monetário Nacional passou a ter competência não somente para fixar o valor dos juros em sentido estrito, mas ainda para determinar o regime jurídico aplicável aos devedores em mora com as instituições financeiras, abrangendo os juros, as comissões e outros encargos financeiros. O Conselho Monetário passou a exercer

a sua competência, e, conseqüentemente, a Lei de Usura deixou de ser aplicável nas relações entre as instituições financeiras e os particulares, mantida, todavia, a sua vigência nas relações entre pessoas jurídicas e físicas não financeiras.

47. A distinção se justifica por se aplicar o direito bancário às instituições financeiras e aos seus clientes, enquanto as demais pessoas jurídicas e físicas se regem pelo direito comercial ou pelo direito civil, nas suas relações obrigacionais. Assim, a Lei nº 4.595 afastou a incidência da legislação de usura no campo do direito bancário, mantida a sua vigência nas demais áreas jurídicas. Podemos, pois, afirmar que, a partir de 31-12-64, tivemos, quanto a juros, comissões e demais encargos financeiros, dois sistemas jurídicos paralelos em vigor: o conjunto das resoluções e circulares das autoridades monetárias aplicável às entidades financeiras e a Lei de Usura regendo as relações de direito privado sem a participação de instituição financeira (ARNOLDO WALD, **Estudos e pareceres de direito comercial**, 1ª série, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, pp. 258-259, e 2ª série, mesma editora, 1979, pp. 363-366).

48. Essa dicotomia de regimes jurídicos se explica pelo caráter profissional das entidades financeiras, que recebem depósitos do público, coletam a poupança e repassam os recursos, por eles recebidos, a terceiros. Assim sendo, cabe-lhes cobrar não somente o valor dos juros por eles pagos aos depositantes, mas ainda um adicional que representa o seu custo operacional, uma compensação pelos depósitos compulsórios, que fazem no Banco Central, e pelos riscos assumidos e, finalmente, o seu lucro. Na realidade, o cliente paga ao banco não somente os juros, mas a comissão definida como remuneração do banqueiro, os tributos que incidem sobre a operação, e, eventualmente, outros encargos como, no passado, a correção monetária. A remuneração do banqueiro é a comissão, *margem ou spread*, que compensa a sua atividade profissional.

D) A jurisprudência referente à Lei nº 4.595/64

49. Inicialmente, mesmo após o advento da Lei nº 4.595, os tribunais tiveram algumas dúvidas em reconhecer a legitimidade da cobrança de encargos financeiros superiores à taxa legal fixada pela Lei de Usura.

50. Assim, ainda em 1965, o Supremo Tribunal Federal impugnava a validade da taxa de fiscalização cobrada pelo Banco do Brasil (Recurso Extraordinário nº 55.823, in: RTJ, 34/661). Na mesma época, outra decisão considerava que o costume não podia revogar a lei, impondo o cumprimento das disposições da Lei de Usura (Recurso Extraordinário nº 58.414, in: RTJ, 36/46). Em 1969, o Excelso Pretório mantinha a sua posição tradicional na matéria, afirmando que continuavam em vigor as leis repressivas da usura em quaisquer contratos (Recurso Extraordinário nº 64.473, in: RTJ, 53/21).

51. Até o final de 1974, essa jurisprudência era dominante no Supremo Tribunal Federal, embora tivessem sido menos frequentes as decisões sobre a aplicação da Lei de Usura no campo das instituições financeiras.

52. A partir de 1975, trinta anos após a atribuição dada à SUMOC de fixar juros bancários e dez anos após a entrada em vigor da Lei da Reforma Bancária, o Supremo Tribunal Federal, sob a pressão dos fatos, modificou a sua posição, ensejando a orientação atualmente dominante. Entendemos que se justifica a análise minuciosa da evolução jurisprudencial para a boa compreensão da posição atual dos nossos tribunais na matéria, com reflexo nas conclusões às quais chegaremos no presente parecer.

53. Efetivamente, a partir do acórdão líder do Supremo Tribunal Federal de 5-3-75, referente ao Recurso Extraordinário nº 78.953, o plenário da mais alta corte do país consolidou a jurisprudência no sentido da revogação parcial do Decreto nº 22.686 pela Lei nº 4.595. O referido acórdão teve a seguinte ementa:

I — Mútuo. Juros e condições.

II — A Caixa Econômica faz parte do Sistema Financeiro Nacional — art. 1º, inciso V, da Lei nº 4.595/64 — e, em consequência, está sujeita às limitações e à disciplina do Banco Central, inclusive quanto às taxas de juros e mais encargos autorizados.

III — O art. 1º do Decreto nº 22.626/33 está revogado 'não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei nº 4.595/64, pelo menos no pertinente às operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas que funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional'.

IV — RE conhecido e provido." (Diário da Justiça, 11-4-75, p. 2307)

54. A Procuradoria-Geral da República, resumindo a jurisprudência anterior, se manifestara, no caso, pelo não conhecimento do recurso, mantendo a posição anterior do Tribunal, nos seguintes termos:

"O acórdão de fls. (...) concluiu pela nulidade de cláusula contratual em pacto de mútuo, que previa taxa remuneratória de serviços, fundado em que constituía ela dissimulada cobrança de juros usurários.

2. Fundamenta-se o apelo na letra a do permissivo constitucional, sustentando negativa de vigência dos arts. 5º e 65 da Lei nº 4.595/64.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal sempre se orientou no sentido de que a cobrança de juros, acima da taxa legal,

é vedada pela lei repressiva da usura (Decreto nº 22.626, de 7-4-33), não podendo prevalecer o costume **contra legem** (RE 65.424, RTJ, 47/558; RHC 45.920, RTJ, 46/319; RE 64.473, RTJ, 53/21). Por essa razão, a Suprema Corte tem negado provimento a agravos de instrumento que visam ao reexame da matéria (Ag. 57.782, DJ, 8-11-73, p. 8443; Ag. 56.192, DJ, 7-3-73, p. 1161; Ag. 58.401, DJ, 3-10-73, p. 7375, e Ag. 57.713, DJ, 12-6-73, p. 4195).

4. Pelo não-conhecimento do apelo.”

55. No seu voto, que foi acompanhado pela unanimidade dos presentes, após vários pedidos de vista, o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO salientou que cabia modificar a orientação anterior, pois:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afirmado, repetidamente, que a cobrança de juros acima da taxa legal é vedada pela chamada lei da usura (Decreto nº 22.626, de 7-4-33).

No caso, porém, trata-se de taxa livremente pactuada e de contrato firmado na vigência da Lei nº 4.595, de 31-12-64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias e cria o Conselho Monetário Nacional.

O art. 2º desse diploma dá ao conselho a incumbência de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do país.

O art. 3º, II, diz que essa política objetiva regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários. No item IV, prevê o modo de orientar aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas.

O art. 4º, no item VI, dá competência ao conselho para disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas. No item IX, dá-lhe o encargo de limitar as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros. No item XVII, confere-lhe a atribuição de regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redescontos e empréstimos. No item XXII, atribuindo-lhe a competência de estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos da lei.

Que o Conselho Monetário e seu agente executivo, o Banco Central, estejam desempenhando essa tarefa com a amplitude prevista na Lei nº 4.595, é fato que dispensa

qualquer esforço de demonstração. Que, na época inflacionária em que vivemos, aquela tarefa estaria de todo frustrada se condicionada à remota proibição da Lei da Usura, é inferência que, a meu ver, paira acima de qualquer dúvida razoável.

Penso que o art. 1º do Decreto nº 22.626 está revogado não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei nº 4.595, pelo menos no pertinente a operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas, que funcionam sob o estreito controle do Conselho Monetário Nacional.

Isto posto, conheço do recurso e lhe dou provimento.”

56. Revelando a importância do **leading case**, o relator, em aditamento ao seu voto, ainda teve o ensejo de salientar que:

“No presente recurso, só há um tema em discussão. É o de saber-se se a Lei de Usura ainda está em vigor, na parte em que limita os juros ao dobro da taxa fixada na lei civil.

É certamente o que está em causa. É o que o Supremo Tribunal deve decidir para pôr termo a uma controvérsia de alta relevância, e que interessa a milhares de clientes das instituições de crédito que operam sob o controle do Conselho Monetário Nacional.”

57. Proferiram declaração de voto, na ocasião, os eminentes Ministros CORDEIRO GUERRA e XAVIER DE ALBUQUERQUE, tendo este último esclarecido que:

“O legislador do Decreto nº 22.626/33 cuidou, ele mesmo, de limitar a taxa de juros, fazendo-a no máximo de 12% ao ano. O da Lei nº 4.595/64, porém, adotando nova técnica para a formulação da política da moeda e do crédito, criou o Conselho Monetário Nacional e, conferindo-lhe poderes normativos ‘quase legislativos’, cometeu-lhe o encargo de ‘limitar’, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros (art. 4º, IX). A cláusula ‘sempre que necessário’, contida nesse preceito, parece-me mostrar que deixou de prevalecer o limite genérico do Decreto nº 22.626/33; a não ser assim, jamais se mostraria necessária, dada a prevalência de um limite geral, único, constante e permanente, preestabelecido naquele velho diploma legal, a limitação que a nova lei atribuiu ao conselho. De resto, tal limite geral, único, constante e permanente seria de todo incompatível com a filosofia que presidiu à elaboração da Lei da Reforma Bancária, marcadamente conjuntural.”

58. Posteriormente, inúmeros acórdãos, tanto do plenário como de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, confirmaram esse

entendimento no sentido de não-aplicação da Lei de Usura às instituições financeiras, *ex vi* do disposto na Lei nº 4.595, como se verifica, entre outros, pelos acórdãos proferidos nos RE 79.833-MG e 83.434-SP, julgados ambos, por unanimidade, ainda em 1975, respectivamente pela Primeira e pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

59. Cabe lembrar que, enquanto o acórdão líder só se referia aos juros, considerando derogado o art. 1º da Lei de Usura, as decisões posteriores tratam, muitas vezes, da totalidade dos encargos financeiros, abrangendo, de modo específico, a comissão de fiscalização cobrada pelo Banco do Brasil (RE 79.883) ou a taxa remuneratória de serviços cobrada pela Caixa Econômica do Estado de São Paulo (RE 81.228) ou, ainda, de modo global, “os juros, descontos, comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros” (RE 81.227). Esta última tendência foi sendo consolidada no tempo, em numerosas decisões, que consideraram inaplicável às instituições financeiras, não somente o art. 1º do Decreto nº 22.626, mas sim a totalidade das disposições da Lei de Usura, ou, ao menos, o grupo formado pelos arts. 1º a 7º, que se refere aos juros e encargos financeiros em geral.

60. Neste sentido, decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que:

“Lei de Usura — Sua inaplicabilidade às operações e serviços bancários ou financeiros.

Desde o advento da Lei nº 4.595, de 31-12-64, os percentuais de juros, descontos, comissões, taxa remuneratória de serviços e outras formas de remuneração de operações e serviços dos estabelecimentos bancários e financeiros não estão mais sujeitos aos limites fixados pela Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), devendo fidelidade exclusiva aos percentuais estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional, conforme decisão plenária deste egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE 78.953, em 5-3-75 (DJ, 11-4-75, p. 2307).” (RE 85.252, in: RTJ, 84/980)

61. No mencionado acórdão, conforme se verifica pelo relatório, pretendia o recorrente afastar a aplicação da Lei de Usura em relação às taxas cobradas, informando o relator que:

“Vem agora a CEESP com o presente recurso extraordinário, com fundamento nas letras *a* e *d* do permissivo constitucional. E alega que a taxa remuneratória foi imposta dentro dos limites da Lei nº 4.595/64, que a permitia. E acrescenta:

“Tratando-se, como se trata, na espécie, de contratos firmados por uma instituição financeira pública, **expressamente obrigada aos termos da Lei nº 4.595/64** (art. 1º, nº V, 22 e 24),

não podia o julgamento desta causa apoiar-se no Decreto nº 22.626/33, cujo campo de incidência, a partir da promulgação daquela lei, ficou restrito aos contratos realizados fora do âmbito do sistema financeiro nacional'."

62. No seu voto, acompanhado por unanimidade, pela Turma, esclareceu o Ministro CUNHA PEIXOTO que não se aplicava, na hipótese, a Lei de Usura, pois:

"A matéria já foi soberanamente decidida por este egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 78.953-SP, em sessão plenária de 5-3-75, publicado no DJ, de 11-4-75, p. 2307.

II — De fato, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, autorizou o Conselho Monetário Nacional a formular a política da moeda e do crédito, no Brasil, e, em vários dos itens do art. 3º, permitiu àquele órgão, através do Banco Central, fixar os juros e taxas a serem exigidos pelos estabelecimentos financeiros em suas operações de crédito.

III — Assim, a cobrança de taxas que excedam o previsto no Decreto nº 26.626, de 1933, desde que autorizadas pelo Banco Central, não é ilegal, sujeitando-se os seus percentuais unicamente aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional, e não aos estipulados na Lei de Usura." (RTJ, 84/981)

63. Posteriormente, a mesma tese foi abraçada por outros acórdãos, que, todos, se referem à não-incidência da Lei de Usura sobre os contratos financeiros, no tocante a "juros, descontos, comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, desde o advento da Lei nº 4.595" (acórdão do RE 90.225, in: RTJ, 94/806).

64. Na sua evolução, reconheceram, assim, os tribunais, liderados pela Suprema Corte, que não somente o art. 1º do Decreto nº 22.626, mas, ainda, todas as suas disposições não mais incidiam sobre os contratos bancários, abrangendo as operações e os serviços das instituições financeiras.

65. Neste sentido, a posição jurisprudencial acabou sendo sintetizada na Súmula nº 596, com a seguinte redação:

"As disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional."

66. Cabe salientar que a súmula não menciona um ou vários artigos específicos da Lei de Usura, que não se aplicariam às instituições

financeiras, mas considera que ela não incide sobre as mesmas em relação a tudo que se refere a juros e encargos financeiros em geral, abrangendo, inclusive, as comissões.

67. Comentando a referida súmula, a doutrina reconheceu que:

“A chamada Lei de Usura vedava a cobrança de juros acima da taxa legal, inclusive comissões. Com o advento da Lei de Reforma Bancária (Lei nº 4.595), o Conselho Monetário Nacional foi incumbido de formular a política de moeda e crédito, bem como limitar as taxas de juros, comissões e outras formas de remuneração. Assim, o Decreto nº 22.626 (Lei de Usura) foi revogado quanto às operações com as instituições de crédito sob o controle do Conselho Monetário Nacional, isto é, integrantes do sistema financeiro nacional. Se houver excesso nos limites fixados, configura-se o crime de usura (RHC 55.624, RTJ, 83/772).” (ROBERTO ROSAS, *Direito sumular*, 2ª ed., p. 329)

68. Ficou, pois, claro que, na realidade, não mais se aplica às operações e serviços realizados por instituições financeiras o regime legal dos juros e encargos previsto pela Lei de Usura no seu todo, sem qualquer exceção. Essa conclusão se explica, pois, como vimos, na realidade, a Lei de Usura estabeleceu um regime jurídico para os mútuos e demais operações similares, regime que foi afastado, no tocante às instituições financeiras, pela Lei nº 4.595.

69. Mesmo admitindo que a súmula tivesse redação ampliativa, tendo afirmado mais do que queria o Supremo Tribunal Federal — o que só se suscita *ad argumentandum* —, ainda assim é certo que os arts. 1º a 7º, que tratam dos juros e outros encargos, certamente não incidem no caso de operações com instituições financeiras, em virtude das sucessivas decisões acima referidas e transcritas, que tornaram a matéria mansa e pacífica nos últimos dez anos.

E) As normas do Código de Processo Civil referentes à sucumbência e a Súmula nº 616

70. O Código de Processo Civil de 1939, na sua versão originária, não tinha consagrado o princípio da responsabilidade objetiva pela sucumbência. Efetivamente, o seu art. 64 condicionava a condenação do vencido ao pagamento dos honorários de advogado do vencedor à existência de culpa ou dolo. Poder-se-ia justificar, assim, eventualmente, no sistema então vigente, que fosse considerada a cláusula penal contratualmente fixada nos contratos de mútuo como destinada ao pagamento dos honorários de advogado, nos termos do art. 8º do Decreto nº 22.626, embora, na realidade, tivessem a cláusula penal moratória e o pagamento de honorários destinatários e funções distintas.

71. Efetivamente, os honorários se destinam ao patrono da causa (art. 9º, § 1º, da Lei nº 4.215, de 27-4-63 — Estatuto da OAB) ou constituem o ressarcimento de quem já os pagou, enquanto a cláusula penal beneficia o credor, constituindo uma espécie de pena civil para o devedor inadimplente. Por outro lado, a cláusula penal moratória funciona como reforço da obrigação, enquanto o pagamento dos honorários restabelece, para as partes, a situação anterior à mora, ou seja, o **statu quo ante**.

72. A melhor doutrina salientou as características próprias da cláusula penal pura, ou seja, destinada, tão-somente, a punir o devedor, sem ter a finalidade de ressarcir qualquer dano. Trata-se de negócio jurídico acessório que reforça a obrigação principal, importando num estímulo e numa coação indireta, que encontra a sua fonte na convenção das partes e independe da existência ou não de prejuízo decorrente do inadimplemento ou da mora. É o preço pago pela falta de pontualidade, ou seja, pelo comportamento incorreto do devedor, no caso de mora, que pode ser exigido cumulativamente com a indenização pelos prejuízos causados (ver MICHELE TRIMARCHI, **La clausola penale**, Milão, Dott. A. Giuffré, editor, passim, mas, especialmente, pp. 12-13, 83, 106-107 e 111).

73. Acrescente-se que a cláusula penal “consiste na criação de um estímulo especial ao cumprimento [da obrigação], sujeitando a vontade do devedor a um meio adicional de pressão” (ANTUNES VARELLA, **Direito das obrigações**, Rio, Forense, v. 2, 1978, p. 172).

74. Assim sendo, em boa técnica jurídica não havia, como não há, possibilidade de confusão entre a cláusula penal e a condenação aos honorários de advogado, confusão essa que consta da Lei de Usura e que já era dificilmente admissível na vigência do Código de Processo Civil de 1939.

75. Acontece que o Código de Processo Civil de 1973, mantendo posição já adotada pela Lei nº 4.632, de 18-5-65 (que deu nova redação ao art. 64 do Código de Processo Civil de 1939), estabeleceu a responsabilidade objetiva do vencido pelo pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, fixando o seu valor numa percentagem entre 10% e 20% do valor da causa.

76. Sendo o teto da cláusula penal estabelecido em 10% pela Lei de Usura e representando os honorários advocatícios, no mínimo, esse percentual e podendo alcançar o dobro, em virtude do art. 20 do Código de Processo Civil, é evidente que não mais pode prevalecer, na matéria, o disposto no Decreto nº 22.626, para o qual a cláusula penal devia cobrir tanto a remuneração do causídico como as custas judiciais.

77. Foram, inicialmente, os tribunais locais e a doutrina que afastaram a aplicação da Lei de Usura no tocante à cláusula penal, como se verifica por várias decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 1975 (embargos infringentes na Apelação Cível 87.865, julgada em 2-7-75; Apelação Cível 90.674, julgada em 2-7-75) e pelas opiniões dos professores que examinaram a matéria antes da manifestação do Supremo Tribunal Federal (ARNOLDO WALD, A cumulação da cláusula penal e dos honorários no novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo* (São Paulo, RT), v. 6, p. 41, e YUSSEF S. CAHALI, *Honorários advocatícios*, 1978, nº 106, pp. 430 ss.).

78. Numa posição pioneira, em acórdão que ainda aplicou a legislação anterior, o Ministro CORDEIRO GUERRA indicou a diferença entre a nova e a antiga legislação, para concluir que:

“Adotado o critério da sucumbência, na legislação processual civil, não me parece possível considerar em vigor a limitação prevista nos arts. 8º e 9º da Lei de Usura na fixação dos honorários de advogado.”

79. Justificando o seu voto, esclareceu ainda que:

“Objeta-se que o novo Código de Processo Civil, por ser geral, não revoga nem modifica a Lei de Usura (§ 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código), nesse particular.

Data venia, não acolho a objeção.

A limitação do art. 8º do Decreto nº 22.626, de 7-4-33, se baseava no princípio de que os honorários de advogado não eram devidos **ex vi legis**, e, em consequência, os limitava por presunção.

Consagrado o princípio da sucumbência, responde pelos honorários aquele que, sem razão, fez o chamamento de outrem a Juízo; não pode prevalecer a presunção do art. 8º do Decreto nº 22.626, de 1933, contra o mandamento do § 3º do art. 20 do novo CPC, sob pena de criar-se uma desigualdade de tratamento nos procedimentos judiciais.

De fato, a prevalecer a tese da intangibilidade da Lei de Usura, não obstante toda a legislação sobre mercado de capitais e o novo Código de Processo Civil, a sucumbência só seria aplicável em juízo nos processos estranhos a empréstimos em dinheiro.

Com a liberdade e atenção que me dá o e. Tribunal, ousou sustentar que, se o art. 20, § 3º, do CPC determina que ‘os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%’, como manter-se a cláusula penal de 10% para tudo, da Lei de Usura, quando, na realidade econômica,

frequentemente, não chega nem para as despesas do processo?" (RE 79.174, in: ARNOLDO WALD, art. cit., p. 43)

80. Posteriormente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou neste sentido, mediante reiterados pronunciamentos da 1ª Turma (REs 82.208-MG e 95.982, in: **RTJ**, 101-1327) e da 2ª Turma (RE 93.951/2-MG, in: **Revista de Processo**, 24/264, e RE 95.036-MG, in: **RTJ**, 99/947).

81. Até 1980, alguns julgados dos tribunais locais ainda discutiam a matéria, conforme salienta ARRUDA ALVIM (**Código de Processo Civil e legislação extravagante**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 27), mas, logo em seguida, a jurisprudência se sedimentou definitivamente, vindo a ensejar a Súmula nº 616 do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual

“É permitida a cumulação de multa contratual com os honorários de advogado, após o advento do Código de Processo Civil vigente.”

82. No mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal Federal de Recursos na sua Súmula nº 119, referindo-se de modo específico, à execução hipotecária:

“A partir da vigência do Código de Processo Civil de 1973, é cabível a cumulação da multa contratual com honorários advocatícios, na execução hipotecária regida pela Lei nº 5.741, de 1971.”

83. Acresce que várias leis especiais também previram a cumulação de cláusula penal ou multa com os honorários de advogado, evidenciando que já se trata, agora, de verdadeiro princípio geral. Assim, há previsão específica neste sentido, não só na legislação sobre alienação fiduciária (art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º-10-69), como ainda na cobrança da cédula hipotecária (arts. 34 e 39 do Decreto-Lei nº 70, de 21-11-66), dos títulos de crédito rural (art. 71 do Decreto-Lei nº 167, de 14-2-67, e **RTJ**, 81/140) e de crédito industrial (art. 58 do Decreto-Lei nº 413, de 9-1-69, e **RTJ**, 98/382), ensejando um princípio geral do direito.

84. Podemos, pois, concluir que, conforme jurisprudência mansa e pacífica dos nossos tribunais, consagrada na Súmula 616 do Supremo Tribunal Federal, não está mais em vigor o art. 8º da Lei de Usura, na sua totalidade.

85. Com a devida vênia, descabe a tese defendida por algumas autoridades do Banco Central de que somente a primeira parte do art. 8º estaria revogada, ou seja, de não mais se destinar a cláusula penal ao pagamento de honorários de advogados, mas de só ser exigível quando houvesse processo judicial. Contra essa interpretação militam os argu-

mentos lógicos e históricos e a jurisprudência. Efetivamente, dentro do espírito da Lei de Usura, é por se identificar com os honorários que, em tese, a exigibilidade da cláusula penal estaria condicionada à propositura de ação judicial. Desaparecendo a destinação específica legalmente prevista, não há mais razão para exigir que ocorra processo judicial para que se possa cobrar o **quantum** previsto na cláusula penal.

86. Finalmente, como verificamos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se refere à revogação da totalidade e não de parte do art. 8º da Lei de Usura, não podendo o intérprete distinguir onde a Corte Suprema não o fez.

F) **Da sistemática legal e regulamentar vigente antes da Reforma Monetária**

87. Vimos que, em relação às instituições financeiras, não mais prevalecem as disposições da Lei de Usura (Súmula nº 596), abrangendo ou a totalidade das mesmas ou, no mínimo, os arts. 1º a 7º, que tratam de juros e outros encargos financeiros. Por outro lado, o art. 8º da Lei de Usura foi revogado pelo Código de Processo Civil (Súmula nº 616), tanto para as instituições financeiras, como para as demais pessoas jurídicas e físicas.

88. Nas vésperas da Reforma Monetária, de 28-2-86, o sistema vigente era, pois, o seguinte:

I — Para as instituições financeiras, não mais prevaleciam as disposições do Decreto nº 22.626 ou, na pior das hipóteses, não mais prevaleciam os arts. 1º a 7º (que tratam dos juros), o art. 8º (que reputa a cláusula penal destinada ao pagamento de honorários de advogado), os arts. 10, 17 e 18 (que continham disposições transitórias), os arts. 13 e 15 (que tratam das sanções penais) e os arts. 12 e 16, que foram revogados ou se tornaram obsoletos. Assim, tão-somente dois artigos estariam em vigor:

- a) o art. 9º, que estabelece para a cláusula penal o teto de 10% do valor da dívida;
- b) o art. 11, que considera nulo o contrato que contraria as normas sobre usura.

II — Para as demais entidades ou pessoas não participantes do sistema financeiro, estavam revogados o art. 8º da Lei de Usura pelo art. 20 do Código de Processo Civil, e os arts. 13 a 15, substituídos pelo art. 4º da Lei nº 1.521, de 26-12-51, não tendo mais objeto por constituírem medidas transitórias os arts. 10, 17 e 18 e os arts. 12 e 16, que ou foram revogados ou se tornaram inócuos, o primeiro tra-

tando de multas e de demissão dos corretores e intermediários, e o segundo fazendo referência à manutenção da vigência de uma legislação que praticamente foi revogada, como tivemos o ensejo de evidenciar (2).

89. A continuação da vigência da Lei de Usura, na parte referente aos juros, em relação a quem não é instituição financeira, foi reconhecida reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal, que se recusou a admitir a revogação da Lei pelo costume.

90. Ao contrário, várias decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, esclarecem, nas suas ementas:

“Juros usurários.

— A Lei nº 4.595/64 afastou a incidência do Decreto nº 22.626/33 somente sobre as operações realizadas por instituições financeiras públicas ou privadas, o que implica dizer que não alterou, no tocante às demais pessoas jurídicas e às pessoas físicas, a limitação estabelecida nesse decreto, à taxa de juros e às comissões.

Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 88.159, julgado pela 2ª Turma em 11-4-78)

e também:

“Usura. Juros excedentes da taxa legal. Jurisprudência do STF que se confirma. Continuam em vigor as leis repressivas da usura em quaisquer contratos. Recurso conhecido e provido.” (RE 64.473, julgado pelo plenário em 27-11-69.)

91. É verdade que ocorreu, no particular, uma evolução, pois, inicialmente, os acórdãos entendiam que, nas relações entre particulares (pessoas e entidades não financeiras), podiam ser cobrados, tão-somente, juros dentro dos limites legais, tendo, em seguida, evoluído no sentido de admitir a cumulação dos juros e da correção monetária, desde que fossem expressamente convencionados. Nesse sentido, reconheceram os acórdãos que o juro constitui a retribuição do uso do capital, ou seja, a remuneração do mutuante, enquanto a correção garante a identidade da moeda no tempo, permitindo que esta funcione como “ponte entre o passado e o futuro”, na feliz expressão de KEYNES (ver ARNOLDO WALD, A correção monetária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in: **Revista dos Tribunais**, v. 524, p. 33).

(2) Certas dúvidas surgiram quanto à vigência do art. 4.º, que, além de pouco relevante para o presente estudo, repete o texto do art. 253 do Código Comercial, que não estaria revogado e ensajou a Súmula n.º 121, aprovada antes de consagrada a Súmula n.º 596.

92. Assim, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, e, especialmente, após as decisões que ensejaram as Súmulas de n.ºs 596 e 616, ficou evidenciado que os credores não financeiros poderiam cobrar, dos seus devedores em mora, os seguintes encargos:

I) independentemente de ação judicial:

- a) juros compensatórios e moratórios nos limites fixados pela Lei de Usura;
- b) correção monetária de acordo com a variação das ORTN's, desde que convencionada (Lei nº 6.423, de 17-6-1977) ou caracterizada a mora do devedor (Lei nº 6.899, de 8-4-1981 e Decreto nº 86.649, de 25-11-1981);
- c) a cláusula penal moratória, quando prevista, até o limite de 10% do valor devido;

II) no caso de ação judicial:

- a) os valores referidos no item anterior acrescidos de:
- b) honorários de advogados;
- c) custas judiciais.

Quanto aos honorários, podem ser recebidos em cobrança amigável, se houver acordo das partes neste sentido.

93. Para as instituições financeiras, a sistemática decorrente da Lei nº 4.595 autorizou a cobrança, do devedor moroso, dos seguintes encargos:

- a) juros compensatórios e de mora nos limites fixados ou admitidos pelas autoridades monetárias;
- b) correção monetária;
- c) cláusula penal convencionada;
- d) tributos que oneram a operação;
- e) honorários de advogado quando convencionados, acordados amigavelmente ou decorrentes de sentença judicial.

Alguns julgados englobaram vários desses itens na chamada "comissão de permanência".

94. A jurisprudência reconheceu a possibilidade dessas cumulações, desde que convencionalmente previstas, conforme se verifica pela seguinte ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no RE 90.255:

"Os limites fixados pelas Resoluções n.ºs 114, de 6-4-69, e 134, de 17-2-70, do Banco Central, para os juros, descontos,

comissões e outras formas de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, desde o advento da Lei nº 4.595/64, não abrangem a correção monetária do capital mutuado, pois esta não remunera o capital, apenas assegura a sua identidade no tempo. Não há como confundir-la com o juro, que é a remuneração do capital e outros encargos que remuneram os serviços prestados pelo estabelecimento de crédito.

Precedentes: RE 81.653-SP, RE 81.618-SP, RE 87.772-SP. RE não conhecido." (Acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE 90.255-SP, in: RTJ, 94/806)

95. Na referida decisão, o relator, Ministro CORDEIRO GUERRA, salientou que

"não há confundir correção monetária, livremente pactuada, e admitida pela jurisprudência desta egrégia Corte (RE 75.869-GB, 13-6-73, e RE 75.646, 2-5-73, relator o eminente Ministro Djaci Falcão), com juros e comissões. A correção monetária não remunera o capital, apenas assegura a sua identidade no tempo." (RTJ, 94/807)

96. Concluiu o seu voto afirmando que:

"Não sou voz isolada nesta Corte, pois no RE 87.772, sendo relator o eminente Ministro Leitão de Abreu, não se admitiu a equiparação da correção monetária aos juros e comissões, para o fim de serem atendidas as limitações estabelecidas nas resoluções do Banco Central e isso pela simples razão de que a correção monetária nada mais é que o instrumento legal destinado a assegurar a identidade da moeda no tempo e os juros e comissões são destinados a remunerar os serviços dos estabelecimentos de crédito e o capital mutuado. É o que se vê da ementa." (RTJ, 94/808)

97. Vários acórdãos determinaram, inclusive, a correção monetária da comissão de permanência — entendida como abrangendo, tão-somente, os juros —, como se verifica pela ementa seguinte:

"Comissão de permanência. Natureza (Lei nº 4.595/64; Circular nº 82, do BC). Correção monetária (Lei nº 6.899/81). Compatibilidade. A aplicação da correção monetária do débito ajuizado, nos termos da Lei nº 6.899/81, incide sobre a parcela resultante da comissão de permanência, autorizada em norma competente do sistema financeiro nacional.

Recurso extraordinário conhecido e provido." (RTJ, 112/454)

98. No relatório do mencionado acórdão, o eminente Ministro RAFAEL MAYER salientou que a decisão recorrida se insurgira contra a cumulação da comissão de permanência com os juros, nos seguintes termos:

“Enquanto a douta maioria deu provimento parcial à apelação interposta pelos executados, exclusivamente para afastar tal cumulatividade, concedendo apenas a comissão de permanência, pedida expressamente, na inicial da ação executiva, o douto voto vencido, embora salientando que seu prolator também entendia que a comissão de permanência não podia ser pedida juntamente com a correção monetária, *houve por bem, in casu e considerando que a comissão de permanência, somando à taxa moratória, atingia 4% (quatro por cento) ao ano, aceitar a soma de ambas — comissão de permanência e correção monetária.*

.....

Com efeito, a cobrança da comissão de permanência encontra previsão na Circular nº 82/77, da Gerência de Fiscalização Financeira do Banco Central, e esta dispôs expressamente, dando nova redação ao item V da Circular nº 77/67, que a cobrança de comissão de permanência, juntamente com o IOF, quando devido este, exclui a cobrança de quaisquer outras quantias compensatórias do atraso de pagamento.

O Supremo Tribunal Federal, outrossim, já repudiou a cumulação pretendida, no RE 81.640 (*Revista Trimestral de Jurisprudência*, 82/518). Resultou aprovada, à unanimidade, tese no mesmo sentido, quando do Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em novembro de 1981. (‘Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo’, 72/10).” (Acórdão do RE 103.051, in: **RTJ**, 112/454)

99. Em seu voto, que foi acompanhado por unanimidade pela 1ª Turma, explica o ministro relator que:

“Com efeito, o acórdão recorrido deu como inaplicável à espécie, *por inacumulável e incompatível com a ‘comissão de permanência’, regulada pelo Banco Central, e pactuada pelas partes, a qual exclui, nos termos do item IV da Circular nº 82, ‘a cobrança, a título algum, de outras quantias compensatórias do atraso de pagamento’.*

Ocorre, porém, que o diploma legal sobre correção monetária e a regra sobre a comissão de permanência têm campos distintos de incidência e regulam matérias diversas, com objetivos inconfundíveis.

A comissão de permanência, cuja estipulação é facultada pela norma do sistema financeiro nacional, em benefício das instituições financeiras, editada com apoio nos arts. 4º e seus incisos e 9º da Lei nº 4.595, de 1964, tem em mira a remuneração dos serviços do estabelecimento creditício pela cobrança dos títulos descontados ou caucionados ou em cobrança simples, a partir de quando se vencerem. A mesma lei básica considera as comissões no plano de 'remuneração de operações e serviços bancários e financeiros' (art. 4º, IX), atenta, aliás, ao sentido estrito da expressão que é a de 'designar a remuneração ou a paga que se promete a pessoa, a quem se deu comissão ou encargo, de fazer alguma coisa por sua conta' (cf. DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário jurídico**).

Enquanto isso, a correção monetária, instituída pela Lei nº 6.899, tem como campo de incidência qualquer débito resultante de decisão judicial, a calcular do ajuizamento da ação, ou do respectivo vencimento, quando se tratar de execução por título extrajudicial, e o seu inequívoco sentido é o da 'atualização do valor da moeda, em face da perda de substância corroída pela inflação' ou o de 'recolocar, pela medida adotada, o valor intrínseco da prestação pretendida.' (Cf. IVES GANDRA, **Da Correção Monetária no CTN**)

100. Na prática bancária, a problemática se apresentou sob aspectos diferentes, pois os juros convencionados pelas partes podiam, conforme o caso, abranger ou não a correção monetária, desde que prefixada pelas partes. Assim, surgiu, na linguagem bancária, a chamada "comissão de permanência" à qual aludem as circulares do Banco Central definida como abrangendo, de modo global, os juros, encargos e comissões, cobrados pela instituição financeira na operação primitiva e que passam a incidir sobre o devedor, no caso de mora (Circular nº 82, de 15-3-67), substituindo os juros moratórios.

101. Efetivamente, verifica-se que a Circular nº 77, V, estabelecia a alternativa de cobrança da "comissão de permanência", tão-somente "quando não cobrados juros de mora", criando-se, assim, na época, uma certa equiparação entre a comissão e os encargos financeiros incidentes no caso de mora.

102. Assim, os contratos passaram a prever os encargos financeiros do devedor no prazo contratual e no caso de mora, denominando-se a "comissão de permanência" o conjunto dos encargos incidentes na hipótese de impontualidade do devedor, que podiam abranger ou excluir a correção monetária.

103. Escreve L. G. PAIS DE BARROS LEÃES que a comissão de permanência representa

“um acréscimo sobre os dias de atraso, ou seja, sobre o período em que o título ‘permanece’ sem ser liquidado após o seu vencimento, nas mesmas bases proporcionais de juros, correção monetária e encargos cobrados na operação primitiva, para que também permaneça imutável o rendimento produzido pelo capital investido.” (**Mercado de capitais & insider trading**, tese, São Paulo, 1978, p. 76).

104. Na realidade, conforme o caso e a época e atendendo-se ao fato de haver ou não tabelamento de juros, a comissão de permanência podia abranger uma estimativa da correção monetária (quando prefixada) ou ser cumulada com ela (quando pós-fixada ou real), o que explica um certo tumulto jurisprudencial no tocante à cumulação da comissão de permanência com a correção monetária e até a correção cambial (ver, a respeito, acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul, in: **Ajuris**, v. 34, p. 159).

105. Durante algum tempo os tribunais abrangeram, na “comissão de permanência”, a totalidade dos encargos financeiros inicialmente previstos, no contrato, o que, numa época de inflação crescente, podia não corresponder à taxa real de mercado, por ter sofrido aumento substancial a correção monetária. Em tais casos, a cumulação da comissão e da correção tinha a vantagem de permitir que o banco recebesse uma compensação pela chamada “correção monetária residual”.

106. De qualquer modo, aplicando a Circular nº 82, as instituições financeiras podiam cobrar do devedor no caso de mora:

- a) a comissão de permanência abrangendo juros, encargos e comissões (e, eventualmente, a correção monetária na forma prevista contratualmente);
- b) o imposto sobre operações financeiras;
- c) a correção monetária quando não computada na comissão de permanência.

107. Esclarecendo a Circular nº 82 que não permitia a cobrança, a título algum, de outras quantias compensatórias do atraso de pagamento, não ficou clara e evidenciada, de modo incontestável, a viabilidade de cobrança de cláusula penal, podendo a mesma ser considerada como encargo contratualmente previsto de caráter não compensatório e que deveria assim incidir legitimamente sobre o devedor.

108. O problema não ensejou jurisprudência mansa e pacífica, havendo acórdãos que não admitiram a cumulação da comissão de per-

manência e da cláusula penal, por considerar que haveria, no caso, um *bis in idem* (acórdão do Agravo de Instrumento 21.867, julgado em 17-2-82, pela 7ª Câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, in: **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, parte 3, 7-2-83, p. 59), embora, após a Súmula nº 616, tal orientação não mais possa prevalecer.

109. Também se pode entender que havia, na realidade, três sistemas distintos com regimes jurídicos próprios: o das operações entre particulares, o das operações financeiras propriamente ditas e o das operações que poderíamos chamar financeiras por equiparação legal. Estas abrangem a cobrança bancária de títulos descontados e caucionados e a cobrança simples, que obedeceriam ao disposto na Circular nº 82, mantida a liberdade mais ampla de cobrar encargos e multas nos casos em que o banco é credor por título próprio.

110. As operações parafinanceiras ou financeiras por equiparação legal, das quais cogita a Circular nº 82, têm um tratamento próprio, pois a distinção legal e jurisprudencialmente estabelecida entre os campos de incidência e não incidência da Lei de Usura não atende à figura do credor, ou seja, à titularidade do direito, mas ao modo de cobrança do crédito, tanto assim que os acórdãos do Supremo Tribunal Federal se referem à não aplicação do Decreto nº 22.626 nos casos de operações bancárias e de **utilização dos serviços bancários**, entre os quais se destaca, por exemplo, a cobrança simples. Este critério não deixa de ser lógico, pois atende à função de intermediação e de prestação de serviços, que caracteriza a instituição financeira contemporânea.

III. A REFORMA MONETÁRIA E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

111. Os Decretos-Leis n.ºs 2.283, de 27-2-86, e 2.284, de 10-3-86, congelaram os índices de correção e vedaram, sob pena de nulidade, as cláusulas de reajuste monetário, tentando restabelecer a estabilidade do poder aquisitivo da moeda nacional, pelo prazo mínimo de um ano.

112. No discurso do Presidente da República pronunciado na ocasião da assinatura do primeiro dos mencionados decretos, e que equivale a uma exposição de motivos do mesmo, ficou claro que o Governo pretendia, com a nova legislação, debelar a inflação considerada como “o pior inimigo da sociedade”, decidindo extinguir “a correção monetária generalizada”, a fim de impedir a realimentação da inflação.

113. Passamos, assim, de uma economia na qual o custo de vida aumentava cerca de 15% por mês a uma economia cuja finalidade básica era alcançar “a inflação zero”.

114. Numa sociedade dominada pela correção monetária por mais de vinte anos, é evidente que se impunha uma revisão legislativa e

regulamentar nas relações entre mutuantes e mutários, financiadores e financiados, a fim de estabelecer novas bases de compensação pelo uso do dinheiro alheio e de remuneração pelos serviços bancários, a partir do momento em que a moeda estável deixava de ser ilusão e pretendia tornar-se uma realidade.

A) A Resolução nº 1.129, de 16-5-86

115. Em 15-5-86, o Conselho Monetário Nacional baixou a Resolução nº 1.129, que veio a ser publicada no **Diário Oficial**, de 16-5-86, com a seguinte redação:

I — Facultar aos bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, 'comissão de permanência', que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.

II — Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.

III — Quando se tratar de operação contratada até 27-2-86, a 'comissão de permanência' será cobrada:

- a) nas operações com cláusula de correção monetária ou de variação cambial — nas mesmas bases do contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento;
- b) nas operações com encargos prefixados e vencidas até 27-2-86 — até àquela data, nas mesmas bases pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado praticada naquela data, quando se aplicará o disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 2.284/86, e de 28-2-86 até o seu pagamento ou liquidação, com base na taxa de mercado do dia do pagamento, e
- c) nas operações com encargos prefixados e vencidos após 27-2-86 — com base na taxa de mercado do dia do pagamento.

IV — O Banco Central poderá adotar as medidas julgadas necessárias à execução desta Resolução.

V — Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogados o item XIV da Resolução nº 15, de 28-1-66, o item V da Circular nº 77, de 23-2-67, e as Cartas-Circulares n.ºs 197, de 28-10-76, e 1.368, de 5-3-86.”

116. O texto foi posteriormente republicado, no **Diário Oficial**, de 2-6-86, por ter saído com incorreções no seu item II, passando o mesmo a ter a redação seguinte:

“.....
II — Além dos encargos previstos no item anterior, não será permitida a cobrança de quaisquer outras quantias **compensatórias** pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.
.....”

B) A compensação do credor: a comissão de permanência e os juros moratórios (item I da resolução)

117. No item I, ficou claro que, no caso de atraso de devedores das instituições financeiras, estas podiam cobrar cumulativamente os juros de mora e a “comissão de permanência”, que deveria ser calculada, alternativamente, de acordo com as taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado no dia do pagamento.

118. O conceito de taxa de permanência na Resolução nº 1.129 passa a excluir, em tese, a correção monetária, durante o período de um ano a partir de 28 de fevereiro de 1986, abrangendo, pois, os juros e comissões nos limites admitidos, explícita ou implicitamente, pelas autoridades monetárias. O limite é explícito quando ocorre tabelamento e implícito quando não há tabelamento. A comissão abrange, pois, a totalidade da remuneração do banqueiro estipulada no contrato original ou exigida em operações da mesma natureza na data do vencimento da obrigação ou do pagamento do débito, sendo, nestas últimas hipóteses, denominada taxa de mercado em contraposição à taxa contratual.

119. De acordo com o item I da Resolução nº 1.129, a compensação da instituição financeira se limita, pois, à cobrança cumulativa da comissão de permanência e dos juros moratórios, ou seja, à taxa de juros inicialmente fixada ou à taxa atual, acrescida dos juros moratórios, em ambos os casos.

120. Quanto aos juros moratórios, enquanto não tabelados pelo Conselho Monetário Nacional, entendemos que podem ser livremente fixados por acordo das partes no caso de ser credora uma instituição financeira, pois o art. 1.062 do Código Civil tem natureza permissiva,

não sendo de ordem pública, como se verifica pelo seu texto, que é o seguinte:

“A taxa de juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de seis por cento ao ano.”

121. A jurisprudência reconhece que o art. 1.062 não está revogado, embora tenha, em determinados casos, a sua aplicação limitada pela legislação posterior (*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, v. 73, p. 76). Como já tivemos o ensejo de verificar, não se aplica, na hipótese, a Lei de Usura, que foi derogada em relação às instituições financeiras.

122. Assim sendo, desde que tenha havido estipulação contratual, nada impede a cobrança, por instituição financeira, em relação aos seus créditos, de taxa de juros moratórios de valor superior à legalmente prevista, inclusive, ao máximo estabelecido pela Lei de Usura, embora entendamos que o mesmo não deve ser ultrapassado, por medida cautelar.

C) A penalidade do devedor: pagamento do valor previsto como cláusula penal moratória (item II da resolução)

123. É importante assinalar que, na republicação da resolução (*Diário Oficial*, 2-6-86, p. 7944), foi acrescentado no item II o adjetivo **compensatórias**, que qualifica a palavra **quantias**, de tal modo que se esclareceu, em relação ao texto originariamente publicado, que estava vedada a cobrança de quaisquer outras “quantias compensatórias (a não ser as previstas no item I) pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos”. Manteve, aliás, a Resolução nº 1.129 a redação consagrada pelo MNI, que também se refere às quantias compensatórias (MNI, 16, 9; 10, 5).

124. Já evidenciamos que a cláusula penal moratória não é uma quantia compensatória, mas uma verdadeira pena civil, que o credor pode exigir cumulativamente com a obrigação principal e, tratando-se de dívida de dinheiro, conjuntamente com os juros moratórios.

125. Efetivamente, o art. 919 do Código Civil esclarece que:

“**Art. 919** — Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, **terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.**” (Grifamos.)

126. Por sua vez o art. 1.061 do mesmo diploma determina que:

“**Art. 1.061** — As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, **consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.**” (Grifamos.)

127. A jurisprudência tem admitido, reiteradamente, a cumulação da cláusula penal ou multa com o pagamento dos juros moratórios, como se verifica pela recente Súmula nº 209, do Tribunal Federal de Recursos, que, embora fazendo referência à legislação especial das execuções fiscais, reflete a posição sistemática do nosso direito no seu todo. A mencionada súmula considera que:

“Nas execuções fiscais da Fazenda Nacional, é legítima a cobrança cumulativa de juros de mora e multa moratória.”
(Diário da Justiça, 3-6-86, p. 9534)

128. Em vários pareceres recentes, a doutrina teve o ensejo de se manifestar neste sentido, como se verifica na resposta dada pelo eminente professor WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em 24-3-86, à consulta que lhe foi feita por empresa industrial que, no caso de mora dos seus clientes, pretendia cobrar cumulativamente os juros de mora, multa contratual de 5% e honorários de advogados.

129. No mesmo sentido se manifestou o ilustre advogado e membro da Comissão Jurídica da ANBID, Dr. RENATO A. GOMES DE SOUSA, em suas manifestações sobre a matéria, tanto antes quanto depois da Reforma Monetária, e, especialmente, após a entrada em vigor da Resolução nº 1.129.

130. Cabe, aliás, salientar que a regulamentação da cláusula penal, sendo matéria de direito civil ou comercial, mas não estando vinculada aos juros, não podia ser, como não foi, matéria regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional, que somente é competente para fixar o valor de juros, comissões e encargos financeiros, nos termos da Lei nº 4.595.

131. Por outro lado, o exemplo do direito comparado nos leva à mesma conclusão, pois, nos demais países de sistema jurídico parecido com o nosso, também é reconhecido pelos tribunais o direito de cobrança cumulativa de juros moratórios e cláusula penal.

132. Em relação ao direito francês, por exemplo, os professores RENÉ RODIÈRE e JEAN LOUIS RIVES-LANGE esclarecem que a cláusula penal não integra o valor dos encargos financeiros, colocando-se no plano das sanções do inadimplemento contratual e não da remuneração do capital.

133. Invocam os mestres do direito francês a jurisprudência do seu país, para a qual:

“Les indemnités forfaitaires prévues ou contrat constituent des clauses pénales qui ne jouent que comme la sanction de l'ineécution par l'es débiteurs de leurs obli-

gations et elles ne peuvent pas être prises en considération pour l'appréciation du taux réel d'intérêt; elles se placent sur le terrain de la responsabilité civile et non sur celui de la rémunération du capital." (**Droit bancaire**, Paris, Dalloz, 1973, p. 286)

134. E acrescentam, louvando a posição dos tribunais franceses, que a solução por eles acatada merece ser aprovada (obra e local citados).

135. Em relação à cláusula penal, chegamos, pois, às conclusões seguintes:

- a) o art. 8º da Lei de Usura está revogado;
- b) de acordo com o Código Civil, nada impede que haja cumulação de juros moratórios e de cláusula penal;
- c) em tese, o Conselho Monetário Nacional não tem competência para estabelecer normas referentes à cláusula penal, que é matéria do direito das obrigações que não se inclui no regime dos juros, comissões e demais encargos financeiros que constituem a remuneração das instituições financeiras (art. 4º, inciso IX, da Lei nº 4.595); as normas sobre cláusula penal e responsabilidade civil, não estando vinculadas à remuneração do capital, somente podem ser contidas em leis em sentido formal oriundas do Congresso Nacional;
- d) as resoluções do Conselho Monetário Nacional não tratam da cláusula penal, mas tão-somente das quantias compensatórias do atraso do pagamento do débito (item II da Resolução nº 1.129 e MNI 16, 9; 10, 5), permitindo, **contrario sensu**, a cobrança da penalidade civil convencionalizada pelas partes.

D) Considerações complementares e conclusões quanto aos créditos das instituições financeiras

136. Já há algum tempo que dúvidas surgiram, no Banco Central do Brasil, quanto à viabilidade da cobrança da cláusula penal independentemente da propositura de ação judicial e essas dúvidas podiam ter justificativa antes da vigência do Código de Processo Civil de 1973 e da Súmula nº 616, quando a jurisprudência, na matéria, era nebulosa.

137. Ocorre que no início deste ano, nos ofícios dirigidos à Acrefi e à Abel pelo Chefe do Departamento de Fiscalização (Ofícios Defis/Gabin 86/023 e Defis/Gabin 86/022, ambos datados de 10 de janeiro de 1986), foi salientado que só estaria revogada parte do art. 8º da Lei de

Usura e que, conseqüentemente, a cláusula penal não poderia ser cobrada, a não ser após a venda do bem dado em garantia, no caso, de alienação fiduciária, ou desde que intentada ação judicial.

138. Já vimos que, com a devida vênia, não procede esta distinção, que não foi feita nem pelo legislador, nem pelos tribunais, e que não encontra fundamento lógico nem sistemático (itens 85 e 86 do presente estudo).

139. Efetivamente, a lei processual não a estabeleceu, e a Súmula nº 616 a ela não se refere e considera revogado o art. 8º *in totum*, sem qualquer reserva ou ressalva.

140. Por outro lado, do ponto de vista lógico, destinando-se a cláusula penal a ser uma pena aplicável em virtude da impontualidade — e não uma compensação pelos honorários de advogado devidos ao vencido —, não há razão para condicionar a sua exigibilidade à propositura de ação judicial ou à venda de bens na alienação fiduciária. O único pressuposto de sua incidência é, nos precisos termos do Código Civil (art. 921), a mora, ou seja, o inadimplemento relativo, o não pagamento oportuno e pontual das prestações devidas.

141. Caberia até salientar que, no tocante aos honorários de advogado e à cláusula penal, o Conselho Monetário Nacional não é competente para fixar normas por não se tratar de encargos financeiros, que se enquadrem nas atribuições reconhecidas às autoridades monetárias.

142. Mesmo admitindo que possam essas autoridades limitar a incidência da cláusula penal, modificando as normas do Código Civil, não o fizeram, como se verifica pela Resolução nº 1.129, item II, que se limitou a proibir a cobrança de qualquer quantia **compensatória**, como já tivemos o ensejo de salientar (item 123 do presente estudo).

143. Cabe, pois, ao Banco Central, interpretar as resoluções do Conselho Monetário Nacional, sem alterá-las, nem ampliar o seu conteúdo, sob pena de violação das normas de nível superior pela autoridade encarregada de aplicá-las. E a interpretação da Resolução nº 1.129 não pode ser extensiva, especialmente porque o Conselho incluiu, na republicação, a qualificação das quantias que não podiam ser cobradas, além das previstas, e que eram as **compensatórias**, excluindo-se da incidência da Resolução, conseqüentemente, tanto a cláusula penal como os honorários de advogado, aquela decorrente da regulamentação do Código Civil (com o limite de 10% fixado pela Lei de Usura), e estes previstos no Código de Processo Civil.

144. No ofício de 29 de janeiro de 1986 que dirigiu ao Diretor de Fiscalização do Banco Central, o Presidente da Acrefi, professor Amé-

rico Oswaldo Campiglia, teve o ensejo de salientar que devia prevalecer, na matéria, o entendimento da Comec — Comissão Consultiva do Mercado de Capitais —, de 3-3-83, que se encontrava pendente de deliberação do Conselho Monetário Nacional e que admitia a cumulação da comissão de permanência e da multa contratual cobradas pelos bancos de investimento, pelas financeiras e pelas sociedades de arrendamento mercantil.

145. Manifestação idêntica teve, na época, o Presidente da Abel — Associação Brasileira de Empresas de Leasing —, em ofício dirigido ao Chefe do Departamento de Fiscalização do Banco Central, invocando, além da jurisprudência dos Tribunais, a interpretação lógica e sistemática da lei.

146. Acresce que, após a Reforma Monetária, a inadimplência aumentou em virtude de não mais ser exigida a correção monetária, como tem sido salientado pela imprensa (*Folha de S. Paulo*, 6-6-86, p. 7), e a incidência da cláusula penal se tornou o único instrumento hábil de pressão para evitar a procrastinação indefinida do pagamento das prestações em atraso, que acaba ensejando um enriquecimento indevido dos devedores inadimplentes em detrimento do sistema financeiro.

147. Finalmente, no mesmo sentido, opinaram, em pareceres, os advogados Eduardo Carvalho Tess e Tito Hesketh, em resposta à consulta da Acrefi, em 5 de novembro de 1985, e o Dr. Luís Ignácio Homem de Mello, Coordenador da Comissão Permanente de Estudos Jurídicos da Acrefi, em 3 de junho de 1986.

148. Assim sendo, desde que haja previsão contratual expressa, nada impede que sejam cobrados dos devedores da financeira, cumulativamente

- a) a comissão de permanência (juros e comissões fixados na data do contrato ou por ele previstos para a hipótese de mora ou, ainda, juros e comissões vigentes no mercado na data fixada para o pagamento ou da sua efetivação);
- b) juros moratórios;
- c) cláusula penal, na forma prevista no contrato;
- d) honorários de advogado decorrentes de previsão contratual ou acordo amigável (independentemente de ingresso em juízo e desde que haja funcionamento efetivo de advogado) ou sentença judicial.

Regulamentação do Estudo de Impacto Ambiental

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente. Professor na UNESP. Prêmio Internacional de Direito Ambiental "Elizabeth Haub" (1985)

1. *Introdução*

O Conama — Conselho Nacional do Meio Ambiente — deliberou, com fundamento na Lei nº 6.938/81 (art. 8º, I e II), tornar obrigatório o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para certas atividades (Resolução nº 1/86 — DOU, de 17-2-86, p. 2548). A resolução prevê, também, o conteúdo e o procedimento de elaboração desse instrumento da política ambiental brasileira.

Avaliar o impacto ambiental é medida preventiva, que se insere não só no planejamento de atividades diretamente relacionadas com o ambiente, como no planejamento global da Nação, dos estados e dos municípios. O EIA é um procedimento administrativo de prevenção e de monitoramento dos danos ambientais.

O EIA foi introduzido no Brasil pela Lei nº 6.803/80 (lei de zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição). Resultou de uma emenda apresentada aos parlamentares pela Sociedade

Brasileira de Direito do Meio Ambiente. Nessa lei encontramos duas grandes orientações: o estudo de impacto deve oferecer alternativas e deve apontar as razões de confiabilidade da solução a ser adotada. Essa lei chegou atrasada no concernente à degradação ambiental em Cubatão, São Paulo e ABCD, mas não deixou de fazer concretas exigências quanto à obrigatoriedade do EIA para a aprovação de zonas de uso estritamente industrial destinadas à localização de pólos petroquímicos, cloroquímicos, carboquímicos, bem como instalações nucleares (1).

O Decreto nº 88.351/83 deixou para o Conama a função de fixar os critérios básicos para a exigência do EIA. O primeiro projeto de resolução foi oferecido pela Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente, dizendo respeito às hidrelétricas. O representante do Estado do Rio de Janeiro, Luís Alfredo Salomão, pediu vistas do projeto e, com a colaboração da Feema (em especial de Yara Verocai), apresentou substitutivo. Houve emendas, inclusive, da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente, no tocante à independência dos membros da equipe elaboradora do estudo e da necessidade de ser demonstrado e não somente invocado o sigilo industrial. A matéria foi votada e aprovada em 23-1-86.

2. *Competência da União, estados e municípios*

O Estudo de Impacto Ambiental insere-se no grupo de normas sobre as quais incide a competência suplementar para estados e municípios, como também acerca das quais a União só pode ditar "normas gerais".

O Conama, ao editar a Resolução nº 1/86, não esgotou toda a matéria, nem desceu a minúcias. Os estados e municípios continuam com competência para exigir que, em atividades não previstas pela mencionada resolução, seja feito o EIA. Contudo, como a matéria ambiental não se situa no plano da competência residual, os estados e municípios não podem descumprir a norma federal, como, também, não poderão inovar de modo que a novidade traga *disfarçada desobediência à regra geral do Conama*. Esta interpretação decorre de que, não havendo na Constituição Federal a previsão de regra sobre ambiente, tem sido utilizada a norma de defesa e proteção da saúde naquilo que não colidir expressamente com as competências exclusivas da União.

(1) MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982. 315 p.

A administração dos estados e dos municípios poderá pronunciar-se quanto à indicação dos especialistas que comporão as equipes multidisciplinares; fazer questionamentos a serem respondidos pela equipe; estabelecer prazos para a conclusão do relatório; ser comunicada com antecedência da visita a locais que digam respeito ao projeto; determinar a presença dos membros da equipe para a realização de audiência pública. Para exigir todos esses comportamentos não é necessário que os estados ou os municípios tenham feito uma legislação própria para o estudo de impacto ambiental. São prerrogativas da administração que se inserem no quadro maior do poder de polícia ambiental e têm, também, fundamento nos princípios gerais da Resolução nº 1/86 e nas Leis nºs 6.803, de 3-6-80, e 6.938, de 31-8-81.

3. *Abrangência do EIA*

Estão abrangidas as seguintes atividades:

- a) estradas de rodagem (com duas ou mais faixas de rolamento), portos, terminais de produtos químicos, aeroportos, oleodutos, gasodutos e minerodutos;
- b) troncos coletores de esgotos sanitários e emissários de esgotos sanitários (de importância para a não-poluição das praias);
- c) obras hidráulicas para a exploração de recursos hídricos, com a previsão de várias hipóteses: obras hidráulicas para fins hidráulicos, acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques (obras como Tucuruí, Itaipu e Balbina teriam seus efeitos ambientais analisados "a priori" e o debate, portanto, teria ocorrido antes da localização e construção);
- d) extração de combustível fóssil (petróleo, xisto e carvão), extração de minérios;
- e) localização de aterros sanitários, processamento de destino final de resíduos tóxicos ou perigosos (estão incluídos os depósitos de resíduos nucleares);
- f) instalação de destilarias de álcool (atente-se para sua necessidade nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul para não ser lesada a biota do Pantanal), instalação de siderúrgicas;

- g) instalação de distritos industriais e zonas industriais;
- h) exploração de madeira ou de lenha em áreas acima de 100 ha ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental (vital para a conservação da Amazônia);
- i) projetos urbanísticos acima de 100 ha ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da Sema e dos órgãos estaduais e municipais;
- j) atividades que se utilizarem de carvão em quantidade superior a dez toneladas por dia;
- l) projetos agropecuários que venham abranger áreas acima de 1.000 ha, ou menores, quando tiverem relação com áreas de importância de ponto de vista ambiental (aditamento à Resolução nº 1/86, votado em 18-3-86).

O Conama poderá, no futuro, estabelecer outros casos em que seja obrigatório o estudo. Entretanto, a previsão feita na Resolução nº 1/86 é importante para que haja uma política ambiental previsível e que a administração e a sociedade intervenham de forma antecipada e ordenada e não causuisticamente.

4. Licença e EIA

O licenciamento das atividades já referidas fica na dependência da realização do EIA. A administração pública poderá tomar decisão contrária ao estudo, mas apenas fortemente alicerçada em argumentos e fatos que invalidem as conclusões do EIA. Para contrariar o EIA apresentado, a administração deve colher informes com procedimento semelhante ao do estudo de impacto, caso contrário sua decisão será arbitrária.

A exigência do EIA não ficou adstrita somente à primeira licença da atividade, mas abrange, também, as licenças de ampliação ou alteração do empreendimento, a fabricação de novos produtos. A resolução não é expressa nesse sentido, mas é razoável esse entendimento, tendo em vista a aceção genérica em que está empregado o termo *licenciamento*.

Poderão ocorrer situações em que empreendimentos até do próprio poder público não estejam claramente submetidos ao procedimento de licença. Estariam esses empreendimentos obrigados a procederem ao estudo de impacto ambiental? A força da exigência do EIA é extraída de uma das competências do Conama (art. 8º,

II, da Lei nº 6.938/81). Dessa forma, o EIA não é exigível somente quando houver licença, mas em todos os casos em que o Conama entender necessário. Daí, portanto, que a realização do empreendimento público (autorizado ou concedido) sem o EIA previsto torna o empreendimento ilegal e passível de ser embargado ou paralisado através de ação civil pública (2).

A obrigatoriedade do EIA não deverá tornar moroso o procedimento decisório público. Contudo, alarga a participação do setor científico e dos diferentes grupos sociais. A experiência haverá de ditar quais os prazos a serem fixados na órbita federal, estadual e municipal para o licenciamento, após a apresentação do EIA. O art. 1º da resolução foi amplamente debatido para que não se criasse a figura da "licença por decurso de prazo", onde a inércia da administração levasse o proponente do projeto à obtenção da licença, sem que houvesse uma decisão positiva ou negativa quanto ao mérito.

5. *Conteúdo do EIA*

A resolução estabelece quatro atividades técnicas a serem abordadas no estudo:

I — diagnóstico ambiental da área de influência do projeto (meio físico, meio biológico e meio sócio-econômico);

II — análise dos impactos ambientais do projeto, contemplando as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese da não execução do projeto;

III — definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas, a previsão de equipamentos de controle e sistemas de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV — elaboração de programas de acompanhamento e de monitoramento de impactos positivos e negativos, incluindo os parâmetros a serem considerados.

(Relevante este último item, pois o EIA se projeta para o futuro, não se detendo no tempo anterior à execução do mesmo, para que se façam registros contínuos de dados negativos e positivos. O monitoramento conduzirá ao aperfeiçoamento e à retificação do próprio projeto analisado, como também contribuirá para a realização de EIAs semelhantes.)

(2) MACHADO, P. A. L. *Ação civil pública; tombamento*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986. 132 p.

O EIA é um procedimento que obriga a colheita de informes para posterior análise. Não é a ocasião de se fazer uma tese ou o momento necessário para a criação de teorias científicas (evidente que do estudo possam nascer essas oportunidades). Contudo, é preciso equilíbrio no dimensionamento do estudo para que não fique somente na superfície das questões, como, também, não dilate para fronteiras longínquas. A análise a ser feita é a da “área de influência do projeto”, assim não é só do projeto em si mesmo, mas do contexto em que está inserido. No direito comparado, cito o julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos — Kleppe contra Sierra Club —, em que se deu larga competência para a administração ambiental estabelecer os limites do estudo ⁽³⁾ para determinar se os projetos devam ter seus efeitos analisados separadamente ou cumulativamente ⁽⁴⁾. Pondere-se, como o fez o comissário do Governo Salvadori perante o Tribunal Administrativo de Toulouse, que o “estudo de impacto não deve ser uma apresentação genérica e vaga da operação, que abordaria ocasionalmente as questões de prejuízos e de agressões ao lugar. O estudo deve constatar fatos precisos e verificáveis. Em resumo, deve ser um verdadeiro estudo e não a apresentação de um projeto com objetivo publicitário” ⁽⁵⁾.

6. *Elaboração do EIA: pagamento das despesas e recrutamento da equipe*

As despesas da elaboração do EIA serão pagas pelo proponente do projeto. O Decreto nº 88.351/83 já orientava nesse sentido. Agora, a Resolução nº 1/86 especifica algumas despesas, com o avanço de prever não só as despesas da fase anterior à execução do projeto, como também da fase posterior, quando do monitoramento. Razoável entender-se que, ocorrendo fato que provoque dano ambiental, relacionado com alguma das atividades previstas na Resolução comentada, o monitoramento da área atingida possa ser obtido através do próprio procedimento do EIA. Nesse monitoramento é de se incluir a avaliação dos danos contida como condição do pagamento em ação civil pública objetivando indenização.

“As experiências-piloto realizadas nos Países Baixos indicam que o custo de preparação dos estudos de avaliação se situam em 0,25% do custo total das obras; na Fran-

(3) RODGERS JR., W H. *Environmental law*. St. Paul, West Publishing Co., 1977. 956 p.

(4) SHOENBAUM, T. J. *Environmental policy law*. Mineola, The Foundation Press, Inc., 1982. 1065 p.

(5) DOUMBE-BILLE, S. Note de jurisprudence. *Revue Juridique de l'Environnement*, 2: 150-166, 1984.

ga, um estudo do Environmental Protection Agency indica a percentagem de 0,19% e uma consulta de 18 estados afirma que o custo dos estudos de impacto representa, em média, 0,5% do custo total das obras." (6)

O EIA não poderia ficar viciado na origem, trazendo a suspeita de parcialidade. Fosse ele elaborado por pessoas com vínculo empregatício ao proponente do projeto, as conclusões do estudo estariam com sua confiabilidade comprometida. A resolução foi mais adiante e impede que pessoas ou equipe dependente indiretamente do proponente do projeto possam elaborar o EIA. A resolução fala na independência da equipe, porque o EIA não pode ser elaborado só por uma pessoa. Contudo, a independência da equipe pressupõe a independência das pessoas que a compõem. Assim, as pessoas (ou um componente da equipe) não podem estar ligadas ao proponente do projeto. A resolução quis evitar até que uma equipe que esteja fazendo um projeto técnico para o proponente possa elaborar o EIA sobre a globalidade do projeto. A finalidade da proibição é clara: visa resguardar de forma mais ampla e irrestrita a liberdade da equipe. Se ela já estiver trabalhando em qualquer parte do projeto (ainda que essa parte não seja substancial ou não seja de execução), não poderá integrar a equipe do EIA.

A resolução não foi explícita sobre o procedimento a ser respeitado acerca de quem contratará a equipe, se a administração ou se o próprio proponente do projeto. Ambas as soluções estão corretas, diante do silêncio da resolução. Há aqueles que se posicionam favoravelmente à contratação pelo próprio proponente do projeto, argumentando que, dessa forma, a administração terá maior liberdade para analisar o conteúdo do EIA. De outro lado há outra corrente que entende ser desvantajosa a contratação pelo proponente do projeto, pois ao contratar a equipe e combinar os honorários e despesas a serem pagas, estaria retirando parte da liberdade da equipe. A prática irá dizer da necessidade ou não de aditamento da Resolução nº 1/86.

7. *Inscrição dos peritos, da equipe e sua habilitação*

O art. 17 da Lei nº 6.938/81 é expresso ao preceituar:

“É instituído, sob a administração da Sema, o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental, para registro obrigatório de pessoas físicas ou

(6) CHAMBAULT, J.-F. Les études d'impact et la Communauté européenne. *Revue Juridique de l'Environnement*. 4:401-441, 1985.

jurídicas que se dediquem à consultoria técnica sobre problemas ecológicos ou ambientais (...)"

O trabalho a ser desempenhado pela equipe elaboradora do EIA merece ser entendido como consultoria técnica, de que fala a lei referida. Assim, deve ser impugnada a elaboração, e, portanto, a candidatura à contratação, de pessoa jurídica que não esteja inscrita no cadastro do Sema. Mais ainda: não só a equipe deve estar inscrita, como seus membros. Do contrário, burlar-se-ia a resolução quando exige "equipe multidisciplinar habilitada". É preciso que, no mínimo, tenham graduação universitária as pessoas físicas, que componham a equipe, não se necessitando que a profissão esteja regulamentada, mas título universitário legalizado. Em casos de maior complexidade, o organismo ambiental poderá exigir que participem da equipe multidisciplinar profissionais com pós-graduação.

8. Acesso do EIA ao público

O estudo não se destina somente a alicerçar a decisão administrativa num ou noutro sentido. Quis a resolução, na esteira do que já previra o Decreto nº 88.351/83, que o EIA fosse acessível ao público. Acessibilidade não só na etapa final, como na etapa de elaboração do estudo. A equipe multidisciplinar não trabalhará segregada da comunidade local, regional ou nacional. O art. 11, § 2º, da resolução, foi claro ao dizer "o órgão público e demais interessados". A resolução não fixou esse prazo, contudo, há de ser compatível com a finalidade de sua existência, isto é, se o prazo for exíguo, poderá o Poder Judiciário anular o EIA por desvio de sua finalidade. Essa fase de recepção de comentários dos cidadãos, das associações ambientais ou dos órgãos públicos não se confunde com a audiência pública.

A Lei nº 6.938/81 já houvera previsto o direito de a população ser informada quanto ao licenciamento ambiental, antes de este ser concedido pela administração. É o que consta do art. 10, § 1º, dessa lei, e que manda ser publicado um resumo do pedido num jornal de grande circulação local ou regional e no *Diário Oficial*. Temos ciência da resistência de certos órgãos de alguns estados em cumprir esta exigência da lei (não é faculdade ou sugestão). É de ser lembrado que o Conama, na mesma reunião em que aprovou a regra geral do EIA, também, formulou normas quanto à publicação do edital de aviso do licenciamento, e da Resolução nº 6/86. Nesse aviso, deverá ser dito se há ou não exigência de estudo de impacto e, querendo, poderá acompanhá-lo ou pedir audiência pública para tomar conhecimento do conteúdo do RIMA

e debatê-lo. A não-publicação do aviso poderá ser corrigida através da ação civil pública (Lei nº 7.347/85).

A audiência pública significa a presença dos peritos da equipe, da administração ambiental e da população. Essa fase ficou facultativa, ao contrário da fase de colheita de comentários, que é indispensável ou obrigatória.

Não bastará a invocação do segredo industrial pelo proponente do projeto para que se vede o acesso do público ao EIA. A resolução exige que se demonstre a ocorrência do segredo alegado. Dessa forma, será a administração que constatará a ocorrência ou não do sigilo, podendo os motivos serem conferidos pelo Poder Judiciário. Conforme o caso, vedar-se-á o acesso a determinadas peças do relatório de impacto ambiental ou às suas fontes de consulta.

A elaboração do estudo de impacto ambiental não é um procedimento que se esgota em si mesmo. Para ser válido, nesse procedimento precisam estar presentes quatro partes:

- 1) equipe multidisciplinar;
- 2) proponentes do projeto;
- 3) administração ambiental;
- 4) população da área de influência do projeto.

O procedimento da audiência pública ainda está sem regulamentar. Válido é o pensamento de SCHRECKER, quando diz:

“A legitimidade das decisões políticas em matéria de ambiente é função não somente de sua pertinência, mas igualmente do processo pelo qual elas foram tomadas. Aqueles a quem se solicita suportar os riscos tiveram ocasião de dizer se eles os julgam aceitáveis?” (7)

9. EIA e controle judicial

A ação civil pública, a ação popular, o mandato de segurança, como outros caminhos processuais, permitem ao cidadão e às associações ambientais, ao Ministério Público e às entidades mencionadas no art. 5º da Lei nº 7.347/85 chegar até o Poder Judiciário para argüir a ilegalidade do estudo de impacto ambiental.

(7) SCHRECKER, T. F. *L'Elaboration des politiques en matière de l'environnement*. Ottawa, Commission de Réforme du Droit du Canada, 1984. 124 p.

O juiz não substitui a administração no momento da decisão de licenciamento. Contudo, como afirmava MARCEL WALINE, “a autoridade administrativa (...) tem a obrigação de se situar nas melhores condições para fazer uma sadia apreciação da oportunidade de sua decisão” (*Rev. Dir. Públ.*, 1973). No transformador julgado Ville Nouvelle Est (1971), o comissário do Governo Braibant dirigiu-se aos juízes dizendo: “vosso controle permitirá censurar as decisões arbitrárias, não razoáveis ou mal estudadas” da administração.

Instituído na França em 1976, o estudo de impacto ambiental já proporcionou o advento de numerosos julgados. O Tribunal de Caen (12-1-82) anulou portaria do Ministro da Indústria que declarava de utilidade pública trabalhos de estabelecimento de linha elétrica, por ter o estudo de impacto omitido a análise do patrimônio arquitetônico e natural atingido, assim como as áreas de lazer afetadas e não ter o estudo de impacto sido preciso sobre a natureza e a dimensão das medidas compensatórias a serem realizadas em razão da implantação do projeto (*Revue Juridique de l'Environnement*, 3, 1982). O Tribunal Administrativo de Grenoble (24-10-84) anulou o decreto do “Governador” (*Prefet*) de Issère que havia autorizado uma indústria a produzir lindano triclorobenzeno, pelo motivo de que o estudo de impacto não continha todos os elementos de análise das conseqüências da instalação pretendida (*RJE*, 2, 1985). Do mesmo modo que os tribunais administrativos, o Conselho de Estado francês tem-se mostrado sensível a que o estudo de impacto ambiental seja bem elaborado: em decisão de 19-7-83, confirmou decisão do Tribunal de Marselha que anulou decisão do prefeito de Roquevaire que autorizou a construção de colégio, sem o estudo de impacto: em decisão de 28-9-84, manteve a decisão do Tribunal de Toulouse que anulou o decreto do “Governador” (*Prefet*) de Haute-Garonne autorizando a exploração de pedreira, pelo motivo de que o estudo de impacto não continha a análise do estado inicial do lugar e dos efeitos sobre o ambiente, notadamente sobre os sítios, paisagens, a fauna, a flora, os meios naturais e os equilíbrios biológicos, como também o estudo não continha medida destinada a compensar as conseqüências prejudiciais ao ambiente (*RJE*, 4, 1984).

No Brasil, espera-se uma ação decidida do Poder Judiciário no sentido de zelar para que o Estudo de Impacto Ambiental cumpra sua finalidade. O controle judicial haverá de ser exercido para que se evite o desvio de finalidade ou o abuso de poder, fazendo com que esse instrumento administrativo de prevenção dos danos ambientais cumpra eficazmente seu papel, e, assim, resguarde-se o chamado direito intergerações, para que não só a atual geração frua do ambiente, como também as gerações que virão.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas (*)

À venda na SSETEC (Senado Federal — 22º andar)

Encomendas mediante vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal) ou pelo reembolso postal.

“REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA”

Números atrasados à venda: 10, 12, 13/14, 17, 18, 26, 30 a 45, 47 a 53, 55 a 92.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS I a 90)”

Distribuição gratuita

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6 a 16

“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição — 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

(*) Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“CÓDIGO DE MENORES” (2ª edição – 1984)

Lei nº 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações.

“SEGURANÇA NACIONAL” (2ª edição – 1982)

Lei nº 6.620/78 – texto, índices sistemático e temático
Textos constitucionais e legislação ordinária
A Lei de 1978 comparada à legislação anterior
Anotações (opiniões e legislação correlata)
Histórico da Lei nº 6.620/78 (tramitação legislativa)

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei nº 7.170, de 14-12-83 – texto com índice temático.
Quadro comparativo da Lei nº 7.170/83 com a Lei nº 6.620/78.
Anotações.
Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.170/83.
Subsídios para a elaboração da Lei nº 7.170/83.

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS” (edição 1984 – 4 volumes e Suplemento de Atualização – 1986)

Constituição da República Federativa do Brasil – texto constitucional vigente (consolidado, anotado e indexado)
Constituições de todos os Estados da Federação (textos atualizados, consolidados e anotados com as redações anteriores e as declarações de inconstitucionalidade) Remissões à Constituição federal.
Leis Complementares de criação dos Estados do Rio de Janeiro, de Mato Grosso do Sul e de Rondônia.
Índice geral temático das Constituições estaduais.

“PROCESSO LEGISLATIVO” (4ª ed. atualizada e ampliada – 1985)

Iniciativa das leis. Instrução, discussão e votação das proposições na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.
Sanção, promulgação e veto.

Emendas à Constituição. Leis Complementares. Leis Ordinárias. Leis Delegadas. Decretos-Leis. Decretos Legislativos. Resoluções.

Normas constitucionais e regimentais. Questões de ordem, decisões da Presidência. Pareceres das Comissões Técnicas e pronunciamentos parlamentares.

Competência privativa do Senado Federal.

Requerimentos que podem ser apresentados, no Senado Federal.

Comissão Parlamentar de Inquérito.

Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

Impedimento de parlamentar.

Nova designação do número de ordem das Legislaturas (histórico do Decreto Legislativo nº 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) – 3 volumes

Leis Complementares nºs 1/67 a 48/84.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei nº 7.210, de 11-7-84 – texto anotado e indexado

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU)

Anteprojetos (Cândido Mendes; Oscar Stevenson; Roberto Lyra; Benjamin Moraes Filho; Cotrim Neto)

Histórico (tramitação legislativa) da Lei nº 7.210, de 11-7-84.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (formato bolso) (10ª edição – 1986)

Texto consolidado da 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 nºs 2/73 a 27/85.

Índice temático.

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" –
Quadro Comparativo (5ª edição – 1986)**

Texto constitucional vigente (consolidado – Emendas nºs 1/69 a 27/85), comparado à Constituição promulgada em 1967 e à Carta de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

"CONSTITUIÇÕES DO BRASIL" (edição 1986) – 2 volumes

1º volume – Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado – Emendas nºs 1/69 a 27/85).

2º volume – Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

**"LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (5ª edição – 1986) –
2 volumes e adendo**

1º volume – Legislação:

Constituição Federal (texto vigente consolidado – dispositivos pertinentes).

Textos consolidados, anotados e indexados: Código Eleitoral, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Leis das Inelegibilidades, de Transporte e Alimentação e das Sublegendas.

Organização partidária do Distrito Federal. Revisão do eleitorado. Normas para as eleições de 1986.

2º volume – Instruções do Tribunal Superior Eleitoral para as eleições de 15-11-86.

"DIREITO DE GREVE" (edição 1986)

Quadro comparativo: Projeto de Lei nº 8.059/86 – Legislação vigente.

Anteprojeto.

Projetos em tramitação no Congresso Nacional.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL”
— obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal
(edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto constitucional vigente.

Notas.

Índice temático da Constituição vigente.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2ª edição — 1987) — 3 volumes

Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados-Membros da Federação brasileira.

Índice temático comparativo.

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Faça a sua inscrição como assinante da **Revista de Informação Legislativa**.

Envie vale postal ou cheque visado, pagável em Brasília (a favor da Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Assinatura anual: n.ºs 93 (janeiro/março de 1987) a 96 (outubro/dezembro de 1987).

Preço: Cz\$ 160,00

Dirija seu pedido à

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70160

Atende-se também pelo reembolso postal.

Rede de Bibliotecas depositárias das publicações da Subsecretaria de Edições Técnicas

Biblioteca Nacional
Instituto Nacional do Livro
Senado Federal
Câmara dos Deputados
Tribunal de Contas da União
Presidência da República
Ministérios
Procuradoria Geral da República
Consultoria Geral da República
Supremo Tribunal Federal
Tribunal Federal de Recursos
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior Eleitoral
Tribunal Superior do Trabalho
Assembléias Legislativas
Tribunais de Justiça
Tribunais de Contas Estaduais
Tribunais Regionais Eleitorais
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradorias Gerais dos Estados
Ordem dos Advogados do Brasil
(Conselho e Secções Regionais)
Faculdades de Direito