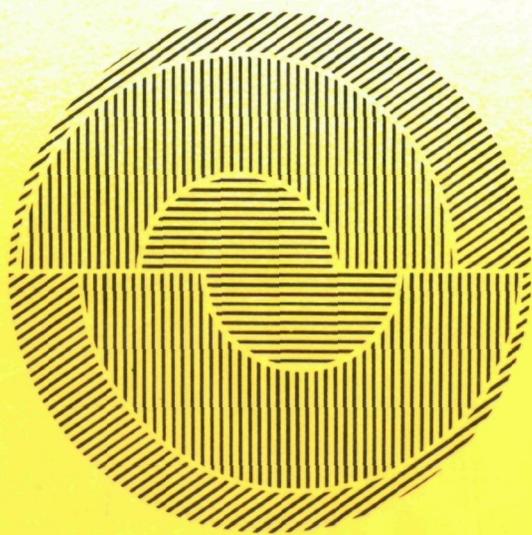


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1987

ANO 24 • NÚMERO 95

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 24 n. 95 julho/setembro 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

---

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração  
são da 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.
Direitos humanos no Brasil -- compreensão teórica de sua história recente -- <i>José Reinaldo de Lima Lopes</i> .....	5
Proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu -- uma introdução ao estudo comparado dos direitos protegidos -- <i>Clémerson Merlin Clève</i> .....	23
Teoria do ato de governo -- <i>J. Cretella Júnior</i> .....	73
A Corte Constitucional -- <i>Pinto Ferreira</i> .....	85
A interpretação constitucional e o controle da constitucionalidade das leis -- <i>Maria Helena Ferreira da Câmara</i> .....	117
Tendências atuais dos regimes de governo -- <i>Raul Machado Horta</i> .....	127
Do contencioso administrativo e do processo administrativo -- no Estado de direito -- <i>A. B. Cotrim Neto</i> .....	141
Ombudsman -- <i>Carlos Alberto Provenciano Gallo</i> .....	157
Liberdade capitalista no Estado de direito -- <i>Ronaldo Fioletti</i> .....	163
A Constituição do Estado federal e das Unidades federadas -- <i>Fernanda Dias Menezes de Almeida</i> .....	171
A distribuição dos tributos na Federação brasileira -- <i>Harry Conrado Schüler</i> .....	183
A moeda nacional e a Constituinte -- <i>Leclácio Jansen</i> .....	253
Do tombamento -- uma sugestão à Assembléia Nacional Constituinte -- <i>Nailé Russomano</i> .....	273
Facetas da "Comissão Afonso Arinos" -- e eu ... -- <i>Rosah Russomano</i> .....	281
Mediação e bons ofícios -- considerações sobre sua natureza e presença na história da América Latina -- <i>José Carlos Brandt Aleixo</i> .....	301
Prevenção do dano nuclear -- aspectos jurídicos -- <i>Paulo Afonso Leme Machado</i> .....	335

## PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	355
---	-----

# Direitos humanos no Brasil

## Compreensão teórica de sua história recente

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Mestre em Direito pela USP. Professor  
Assistente do Depto. de Filosofia e Teoria  
Geral do Direito da USP

1. O fato significativo com respeito ao tema dos direitos humanos no Brasil, como de resto na América Latina, foi a sua apropriação política e discursiva pelas classes populares e marginais nas décadas de 70 e 80. Este fato não pode ser escamoteado por razões tanto práticas quanto teóricas: na prática porque, se falarmos em direitos humanos numa perspectiva transclassista ou supraclassista, não estaremos falando da América; teoricamente, falar de direitos humanos fora desta perspectiva significa não conhecer absolutamente nada e, pois, não fazer teoria. O saber teórico é aquele capaz de organizar a compreensão do real, e deve dar conta do novo. O novo, na questão dos direitos humanos, é o aparecimento do sujeito popular e marginalizado como sujeito ativo da defesa da dignidade humana.

2. Em estudo recente sobre o tema, o Prof. JOSÉ EDUARDO FARIA aborda a questão ressaltando o uso retórico que se faz da expressão "direitos humanos", tornando-a um mito vazio de significado, capaz de socorrer a qualquer intenção de legitimidade política das forças burguesas. Nota, porém, que houve no Brasil "a expansão do conceito e da prática dos direitos humanos" especialmente devido às "demandas e pressões de setores sociais emergentes" (1). Parece-me que não houve apenas "expansão" do conceito, mas verdadeira transformação. Porque a expressão deixou de referir-se à concepção simplesmente burguesa de lei e ordem e tornou-se significante de mudanças estruturais nas relações de poder. Em poucas palavras, a hipótese a ser posta em evidência é a de que

(1) FARIA, José Eduardo. Mitos e conflitos: os direitos humanos no Brasil. In: *Cadernos Liberais* nº 16, São Paulo, 1986.

no atual contexto histórico latino-americano direitos humanos tornou-se sinônimo de direito das maiorias marginalizadas e pobres e recuperou o fervor revolucionário que deteve na sua primeira aparição pública, ainda sob o nome de "direitos do homem e do cidadão".

Proponho o seguinte roteiro de compreensão dos fatos:

a) uma recuperação da memória da defesa dos direitos humanos nas duas últimas décadas no Brasil;

b) análise das relações de classe reveladas pela luta em favor dos direitos humanos;

c) o papel desempenhado pelos setores médios e intelectuais da sociedade nesta luta;

d) a identificação dos discursos surgidos na polêmica aberta na década de 1980;

e) a questão dos direitos humanos e o chamado uso alternativo do direito;

f) por fim, a possibilidade de o movimento pelos direitos humanos revelar uma face essencial — e negligenciada pela ciência do direito contemporânea — do fenômeno jurídico, ou seja, o caráter utópico, militante e insurrecional de todo o direito e da Justiça, dado pertencerem à expressão mesma dos antagonismos sociais. Lembro aqui a afirmação de ROBERTO LYRA FILHO: pode haver direito sem lei, mas não há direito sem justiça.

### 3. *Recuperando a memória*

3.1. Do ponto de vista da pauta das reivindicações, a história dos direitos humanos no Brasil se divide em três fases: do golpe militar, especialmente a partir de 1969, até a morte de Wladimir Herzog no DOI-CODI de São Paulo, em 1975, tratava-se de lutar contra a tortura de presos políticos. Era a defesa da integridade física dos presos. Nesse momento só havia no Brasil uma entidade dedicada à tarefa: a Igreja Católica. Mesmo assim, apenas algumas dioceses e alguns bispos. No exterior houve certamente a cooperação da "Amnesty International".

3.2. O segundo momento vai de 1975 a 1979. Tratou-se então, já sob a "distensão lenta e gradual" do governo Geisel, de buscar não apenas a defesa da integridade física dos presos políticos, mas de conseguir os direitos de cidadania política. Marcam-se, então, as campanhas pela anistia, as campanhas contra a lei de segurança nacional, o apoio aos movimentos sindicais e às greves do ABC paulista. Nesta fase já se juntam à Igreja alguns setores da socie-

dade, tais como a Ordem dos Advogados, alguns parlamentares, alguns intelectuais e artistas. As greves de 1979/80 no ABC marcam o fim desse período: a organização sindical era capaz de mobilizar os trabalhadores e a sua repressão exigiria verdadeiras operações de guerra, inclusive com a intervenção do II Exército. O fim da censura à imprensa também é uma conquista daquele curto período. O assassinato do operário Santo Dias da Silva na greve de 1979, em São Paulo, é o símbolo das lutas deste período.

3.3. De 1979 em diante a identificação dos direitos humanos com as classes marginais é total. Tratava-se de conquistar os direitos econômicos e sociais para todos e, pois, da ampliação efetiva e eficaz da democracia: ao trabalho (a recessão de 81-84 negava o direito a milhões de trabalhadores, visto que os índices de desemprego ultrapassavam os 14% da população economicamente ativa), à saúde e à educação, à moradia, à vida e à integridade física. Neste último caso tratava-se, ou trata-se até hoje, da defesa do preso comum (o preso pobre, naturalmente) e dos lares pobres (direito à não-invasão dos barracos nas favelas). Deste período também é a campanha pela reforma agrária. O assassinato de dois menores pobres na favela de Heliópolis (Teodoro e Dirley) em São Paulo, em 1986, marca o objeto das reivindicações deste último período.

3.4. Do ponto de vista das classes sociais envolvidas, há apenas dois períodos. Entre o golpe militar e 1975 os sujeitos passivos das violações de direitos humanos compreendem membros das classes médias (intelectuais, artistas, estudantes) ao lado das lideranças populares. De lá para cá, as vítimas são apenas os membros das classes populares. Esta divisão explica as mudanças que ocorrem, sobretudo na grande indústria jornalística, quanto ao apoio à luta pelos direitos humanos. No período anterior existia a solidariedade de amplos setores da classe média. Quando os riscos iminentes diminuem para esta classe, ocorre seu progressivo afastamento da luta e a retirada do apoio, especialmente à Igreja. A distinção de classe é, pois, não por questões acadêmicas, senão por causas reais e concretas, o divisor de águas na história recente dos direitos humanos no Brasil.

Na medida em que a prisão sem a formação de um sumário de culpa, sem flagrante delito, sem ordem judicial, sem acusação clara do crime cometido, sem possibilidade de contato com a família ou advogado, recaía sobre membros das classes médias — as classes dominantes propriamente não sofreram nunca as violências dos regimes latino-americanos —, havia uma retórica a favor do Estado de direito.

A violência contra as classes populares, no entanto, existia antes de 1964, existiu durante o regime militar e sobrevive hoje. A diferença é que a retórica da repressão crescente, como necessidade absoluta da manutenção da ordem pública nas grandes cidades, oculta, propositadamente, que não há diferença substancial entre a vida dos presos comuns e a vida dos presos políticos de uma década atrás.

Sabemos que a violência institucional contra os pobres é uma tradição no Brasil. As execuções e castigos públicos dos escravos (negros e índios) faziam parte do cotidiano do país até um século atrás. O fato da abolição não alterou súbita e profundamente o papel ocupado pelos descendentes de escravos; eles continuaram a ocupar-se dos mesmos trabalhos ou foram abandonados à própria sorte em cidades (como o Rio de Janeiro) que se tornavam depósitos de ex-escravos desocupados. Por sua vez, perpetuava-se a mentalidade e a prática dos capitães-do-mato: é esta prática que até hoje não conseguimos superar.

#### 4. *Relações de classe e direitos humanos*

As relações de classe postas a nu pela questão dos direitos humanos no Brasil, como em toda a América Latina, podem ser compreendidas não só pelo lado dos sujeitos passivos da violência mas também do conteúdo dos direitos sociais e econômicos que se inscrevem no ideário dos movimentos populares e sindicatos.

4.1. Já observamos acima como, no caso dos presos comuns, a retórica do Estado de direito deixa de valer, na medida em que as classes médias conseguem retirar das prisões os seus filhos. Divulga-se um novo discurso, a favor da ação "enérgica" dos aparelhos de repressão: sendo um discurso ideológico das classes dominantes, torna-se um discurso dominante. Voltaremos a isto.

4.2. Agora seria o momento de analisar a ampliação da pauta dos direitos humanos. A asfixia a que foi submetida a classe trabalhadora no Brasil pode ser vista em dois ângulos: perda de espaço institucional de garantias jurídicas e submissão a condições materiais adversas, especialmente nas grandes cidades. A perda de espaço institucional é exemplar no caso das intervenções nos sindicatos, proibição de greves e fim da estabilidade no emprego. Para reconquistar parcialmente estas garantias não há outra possibilidade de apelo retórico a não ser a declaração universal dos direitos do homem, visto que a ordem jurídica positiva nacional é insuficiente para tanto. O regime militar consegue, paradoxal-

mente, politizar a questão dos direitos do trabalhador justamente por diminuir o seu espaço jurídico. Não podendo discutir seus direitos "tecnicamente", "dogmaticamente" ou "juridicamente", a saída é meramente política. Por esta razão os operários chegam em alguns casos a resistir, por algumas horas de indecisão, a acatar sentenças de tribunais do trabalho: é-lhes preciso mostrar que dentro do direito positivado não há espaço para outra solução, exceto os reiterados julgamentos de ilegalidade das greves. Esta asfixia do quadro jurídico positivo permite ligar diretamente os direitos humanos às lutas sindicais.

4.3. De outro lado, a deterioração das condições de sobrevivência das classes populares levará à ampliação da pauta em outra direção. Trata-se já das lutas por condições de habitabilidade, salubridade e educação nas periferias. Também aqui o modelo econômico desenvolvimentista conseguiu o contrário do que esperava. Dando vazão, pelo bem montado sistema empresarial-estatal da construção civil — Sistema Financeiro da Habitação —, à especulação imobiliária, passa a haver nas cidades uma deterioração planejada de determinadas áreas (centro ou periferia). As classes trabalhadoras urbanas, aumentadas pelo êxodo rural contínuo (este também necessário para a manutenção do crescimento econômico desejado), têm as suas condições de habitação degradadas. Nas condições de habitação encontra-se, além da casa, uma série de serviços urbanos (escola, transporte, lazer etc.). A esta degradação está associada a poluição industrial. Ora, o arcabouço jurídico mostra-se inadequado: ele protege o direito de quem tem (por exemplo, uma propriedade), mas não dá aos despossuídos o direito de possuir. Deste ponto de vista ocorre uma ampliação da pauta dos direitos humanos que passa a abranger as condições de sobrevivência (reprodução), isto é, os direitos econômicos. Como o ordenamento jurídico não garante o direito de quem não tem, também aqui as reivindicações devem ser políticas mais do que jurídicas.

Nos dois casos ocorrem os confrontos típicos de uma defesa dos direitos humanos, isto é, o confronto com o Estado. Nas reivindicações de caráter social o conflito direto trabalho/capital é mediatizado pelo Estado por meio de restrições à autonomia sindical e ao direito de greve. No caso dos direitos de sobrevivência o confronto dá-se na maioria dos casos diretamente com o Estado, visto ser ele o prestador direto ou indireto (via concessões e permissões a empresas privadas ou estatais) dos serviços públicos básicos (saneamento, transporte, educação etc.).

4.4. Finalmente, como os direitos econômicos (das classes populares enquanto consumidoras) e os direitos sociais (das classes populares enquanto produtoras) só podem ser conquistados

mediante reivindicações e movimentos coletivos, passa-se a um nível de politização em que direitos humanos tornam-se também direitos de cidadania. De qualquer modo, por ligar-se a estas reivindicações concretas de condições de trabalho (produção), condições de sobrevivência (reprodução) e organização coletiva, a bandeira dos direitos humanos é progressivamente retirada de um limbo supra-societal (2).

## 5. *As classes médias e os intelectuais*

Eles desempenham um papel considerável. Os intelectuais — aqui entendidos no sentido amplo de todos aqueles na sociedade encarregados em diversos graus de produzir e fazer circular as idéias gerais com as quais a sociedade, as classes e os indivíduos tomam uma forma de consciência de si — comunicam. As classes médias — ainda que incipientes na maior parte da América Latina — são uma espécie de roldana social, capazes de transmitir movimentos e principalmente capazes de fornecer os intelectuais.

5.1. As classes médias em geral desempenharam o papel descrito acima (3.4), isto é, apoiaram uma campanha pelos direitos humanos no momento em que se tratava da defesa de presos políticos. Retiraram esse apoio na medida em que a expressão “direitos humanos” foi estendida aos direitos econômicos e sociais das classes marginais. O processo à primeira vista oferece algumas dificuldades: como a primeira fase da luta pelos direitos humanos dá-se no auge do regime militar, a censura aos meios de comunicação de massa impede o envolvimento direto de grandes parcelas da população. O envolvimento dar-se-á em setores da classe média diretamente afetados pelo problema (famílias e amigos de presos, torturados ou desaparecidos), daqueles setores aos quais tem acesso a imprensa alternativa (escrita, por isto mesmo de repercussão quantitativamente pequena), e daqueles que recebem as notícias por meios informais, pela transmissão de pessoa a pessoa. A medida que tais informações vão circulando pelo destemor principalmente de pessoas ligadas à Igreja, ampliam-se os círculos de apoio à proteção dos direitos humanos. De qualquer modo, o apoio da classe média e dos intelectuais nunca foi unânime ou majoritário. A classe média era beneficiada com o “milagre brasileiro” ao preço do seu silêncio político.

---

(2) É de se lembrar o fato de que a crise enfrentada pelo Estado na prestação de serviços públicos provém de esta prestação contrariar a lógica do próprio capitalismo. Os serviços “públicos” devem ser prestados de qualquer modo para assegurar a reprodução da força de trabalho. A lógica do capital é que tal reprodução se faça ao menor custo possível. Daí as lutas urbanas. Sobre o assunto ver o ensaio de MANUEL CASTELLS: crise do Estado, consumo coletivo e contradições urbanas. In: *O Estado em Crise*. Nicos Poulantzas (org.), Trad. Maria Laura Viveiros de Castro, Rio, Graal, 1977.

5.2. Ocorre, entretanto, o contato de intelectuais (especialmente artistas, professores, estudantes e advogados), oriundos em geral da classe média, com a realidade das classes populares pelo simples fato inicial de sua proximidade física com os presos comuns. Começa a mudar o eixo da defesa dos direitos humanos, também porque a "distensão" gradual iniciada sob o governo Geisel (que afasta seu Ministro do Exército) lentamente retira do primeiro plano das discussões políticas a repressão aos "subversivos". Neste período abre-se uma verdadeira guerra ideológica sobre os direitos humanos, cuja principal intenção é afastar a opinião pública do apoio às reivindicações populares relativas aos direitos econômicos e sociais, o eixo real dos direitos humanos no Continente, como veremos adiante.

5.3. Esta posição da classe média é bem refletida se percebemos o desenvolvimento da ação da Arquidiocese de São Paulo. Num primeiro momento a ação dos leigos é catalizada pela Comissão de Justiça e Paz: trata-se do desenvolvimento da primeira fase descrita. Num segundo momento a Comissão passa para um segundo plano, porque seu apoio — constituído basicamente pela classe média e intelectuais — impede-a de acompanhar as lutas populares de subsistência. Estas lutas põem em cheque não apenas a ação dos mecanismos de liberdades formais públicas, mas a condução da política econômica e o planejamento do Estado. Ora, a classe média desempenha na economia industrial o importante papel de ocupar os setores de serviço, cada dia maiores conforme o crescimento econômico. Desta forma, a despeito das distorções produzidas pelo "desenvolvimento" acelerado e planejado das últimas décadas, é certo que se consolidaram alguns segmentos de serviços. Tais segmentos são ocupados pela chamada classe média e em geral são — como é de regra no capitalismo — dependentes direta ou indiretamente do grande capital monopolista nacional ou transnacional. As reivindicações populares atrapalham diretamente o modelo de Estado e de economia fundadores e promotores deste grande capital. Os setores sociais dele dependentes percebem a interferência mediata ou não que as reivindicações populares podem ter sobre o processo econômico. As "alianças" com a pequena burguesia são sempre problemáticas, embora necessárias dentro de uma sociedade pluralista cuja forma política pretende ser democrática.

5.4. Quais são os intelectuais que nesta segunda fase acompanharão a luta pelos direitos humanos? Em geral aqueles mais independentes do grande capital. Estes mesmos são os que não têm, em princípio, apoio da grande imprensa. Trata-se na verdade de profissionais de diversas áreas, capazes de pôr por escrito e expressar na língua culta (a "norma culta" de que falam lingüis-

tas e sócio-lingüistas), diante das autoridades e dos gerentes, as reivindicações. São, no entanto, profissionais anônimos, despidos de estrelismos. Cumprem a tarefa fundamental de adequar os fins com os meios, isto é, as reivindicações com as possibilidades mais à mão. Tornam-se em conjunto atores políticos novos (3).

## 6. O acirramento da disputa ideológica

Passa a ocorrer na década de 80. Com o advento da "distensão" (governo Geisel) e da "abertura" (governo Figueiredo) superaram-se alguns inconvenientes do regime militar. Pode-se citar a supressão da censura política à imprensa, a reorganização dos partidos, a realização de eleições parlamentares e de governadores (1982) crescentemente mobilizadoras da opinião pública, a anistia, a restauração do *habeas corpus*.

Tais fatos significaram para muitos setores economicamente privilegiados o restabelecimento do "Estado de direito". Por si só não foram capazes de alterar as condições materiais impostas pelo modelo de capitalismo adotado no País. É nesta conjuntura que o ataque à proteção dos direitos humanos cresce: encontra espaço nos meios de comunicação (rádio, tevê e jornais) e repercute em parcelas da população, valendo-se de duas distorções de fundo: cria uma falsa idéia de "direitos humanos" porque lhes retira a sua característica essencial, ou seja, a de *direitos de cidadania* em que o conflito ao qual se refere não é entre indivíduos mas entre classes e dos cidadãos perante o Estado. O ataque se dá com as palavras de ordem de qualquer resposta já conhecida do Estado na história: lei, ordem e repressão. Também ocorre uma segunda distorção, para reforçar e justificar a primeira, consistente em reduzir os direitos humanos a uma questão policial, esvaziando os direitos de sobrevivência e organização amplamente majoritários nas reivindicações populares. Analisemos cada uma delas.

6.1. A primeira distorção se inicia sempre com a retórica pergunta: "e os direitos humanos da vítima?". O engano, embora fácil de desfazer, tem sido uma armadilha na qual vão caindo todos os que se deixam arrastar pelo canto de sereia do discurso de "lei e ordem". Direitos humanos são um instrumento forjado para defender a pessoa humana não de um indivíduo qualquer (para isso existem os direitos regulares protegidos na órbita da lei ordinária), mas do exercício abusivo do poder, das instituições do poder político (nos séculos XVIII e XIX) e do poder econômico (a partir do século XX e especialmente nesta segunda metade do

(3) Cf. COMBLIN, José. *A Força da Palavra*. Petrópolis, Vozes, 1986, p. 222.

século XX). A expressão direitos humanos está, pois, referida aos conflitos entre indivíduos e grupos, e o Estado ou o capital obedecem à lógica e à forma das organizações burocráticas, impessoais. Naturalmente há homens, pessoas humanas enfim, que atuam em nome do Estado e em nome do capital: ao atuarem nesta qualidade não podem ser vítimas de violações de direitos humanos, senão autores ("causas eficientes" destas violações, segundo a escolástica, mas não suas causas finais, formais ou materiais). Mas podem, em outras circunstâncias, tornar-se vítimas do mesmo poder a que servem, é certo. Por outro lado, há sempre, quando se invoca a proteção dos direitos humanos, uma situação de desequilíbrio estrutural de forças: desequilíbrio estrutural e não conjuntural, essencial e não contingente ou acidental, por essência e não *per accidens*. A vítima da violação, seja um indivíduo ou um grupo, é permanente e estruturalmente subordinada ao autor da violação, visto que a violação parte de uma organização que reúne meios de forma permanente, capazes de violar de contínuo a dignidade da mesma vítima ou de outras em posição semelhante. O abuso do poder do Estado é ameaça permanente: assim o abuso de poder econômico. O fato de não se atualizarem não lhes retira a potencialidade. Deste modo é que a expressão "direitos humanos" diz respeito à cidadania, isto é, à possibilidade de viver em sociedade desde que as forças organizadoras desta sociedade não possam dispor sobre os indivíduos de um poder de vida e morte. Trata-se de retirar a *legitimação institucional ao absolutismo*.

6.2. A segunda distorção é o falso limite do problema à matéria policial. O discurso "antidireitos humanos" difundido nos anos 80 insiste em descrevê-los como proteção do bandido contra a polícia. Esta retórica encobre dois problemas. Em primeiro lugar: os casos de defesa de direitos humanos de meados da década de 70 para cá só minimamente se referem a questões policiais. A sua imensa maioria — não noticiada pela grande imprensa — esteve concentrada em ações civis de despejo ou reintegração de posse (questão do direito à moradia), em ações civis relativas à tutela ou curatela de crianças carentes, em pedidos administrativos de regularização de áreas urbanas loteadas de forma irregular ou clandestina, divulgação de direitos trabalhistas ou previdenciários (como o auxílio-desemprego, criado por lei em 1967 e jamais divulgado ou pago pelo Governo federal, gestor do fundo especial criado). A evidência é irretorquível no decorrer dos anos de 1985 e 1986: todos os movimentos de defesa de direitos humanos do Brasil divulgaram cartilhas sobre a Constituição e o Congresso Constituinte; participaram, por exemplo, de um ato público desvinculado de partidos políticos e grande imprensa, reunindo cinco mil pessoas na Praça da Sé, em São Paulo, mas o fato não mereceu nenhuma linha nos dois maiores diários escritos da cidade e não foi ao ar em qualquer

cadeia de televisão nacional. No entanto, uma das propostas deste mesmo movimento foi apresentada ao Congresso Constituinte: que fosse possível (como o é na Espanha) a iniciativa popular para projetos de redação de artigos constitucionais. A proposta recebida e acolhida pela comissão encarregada do regimento interno apareceu em cadeia nacional de televisão como sendo de autoria de um dos Senadores de São Paulo. Sobre o movimento que a elaborou nenhuma palavra.

Em segundo lugar a distorção ora analisada encobre o fato de que as polícias estaduais são freqüente e indevidamente usadas para reprimir movimentos pacíficos e legítimos de reivindicação, tais como greves e passeatas. Procedem-se a um jogo de opor os quadros policiais (oriundos das classes populares e de modo geral mal remunerados) às reivindicações da mesma classe de onde provêm. Daí os choques com a polícia em que se instaura um conflito entre Estado e cidadãos e não entre polícia e bandidos. O grande engodo é fazer crer no abuso e mau uso da força policial como únicas formas viáveis de exercício da ordem.

6.3. As raízes deste discurso não são acidentais. As classes dirigentes e seus porta-vozes percebem que o avanço de qualquer reivindicação comporta dois efeitos: primeiro obriga a uma repartição imediata de benefícios e, segundo, faz os indivíduos saírem de sua vida privada para o espaço público (4). O discurso, veiculado pelos meios de comunicação, é a ideologia dominante. Ora, o exercício da liberdade não tem fim, porque a democracia é a expansão contínua de liberdades na medida em que se expandem e modificam os mecanismos de exploração ou opressão.

Problema seguinte: e o apoio recebido por tal discurso pelas classes populares? Não é de hoje a descoberta do fato muito simples: a ideologia dominante é a ideologia das classes dominantes. E ela é dominante justamente porque persuade a sociedade toda e não só a classe dominante. Outro fato simples: a pertença a uma classe é fato objetivo: a consciência de classe é outra coisa, é fato subjetivo. Ter consciência de classe é iniciar a escapada da ideologia dominante. Tudo isso já se sabe. Mas é bom lembrar aqui. Porque a maioria das classes populares aceita o discurso da dominação e aceita, entre outras coisas, porque sua forma de sobreviver é sujeitar-se. Curioso paradoxo: resistir é sobreviver e para sobreviver é preciso sujeição à lógica do sistema social que se impõe.

---

(4) Cf. HISSCHMANN, Albert. *De Consumidor a Cidadão*. Trad. Marcelo M. Levy. São Paulo, Brasiliense, 1983, pp. 68-98.

O fato é este: os mesmos beneficiários dos movimentos dos direitos humanos, enquanto classe social, sobrevivem no sistema que lhes nega os direitos humanos.

6.4. Perceber a matriz ideológica dos discursos contra os direitos humanos requer também dois cuidados de método: precaver-se contra uma visão conspiratória do processo histórico e precaver-se contra a ética intelectualista, segundo a qual o mal só se pratica quando se desconhece o bem.

A primeira precaução leva ao seguinte: é verdade que há interesse na produção do discurso, mas este envolve mais do que motivações pessoais e psicológicas (existem os perversos que tiram seu prazer da violência, seria estupidez negá-lo). Os interesses representados no discurso têm caráter também objetivo, isto é, existem enquanto relações dadas, determinadas e determinantes<sup>(5)</sup>. Não se escapa de tais relações pela via simples de um contradiscurso, mas pelo caminho das pedras de um contradiscurso que se articula com uma prática alternativa nova.

A segunda precaução: porque a simples informação e mesmo a evidência ou demonstração não convencem, o problema não é apenas de produzir discurso e contradiscurso. As dificuldades de se obter amplo apoio para as reivindicações populares não vêm apenas da falta de esclarecimento ou "conscientização". Dado que o ser humano, mesmo empobrecido, está imerso em condições cuja transformação não se dá a partir de sua consciência apenas. Vale aqui ainda a "descoberta" de que não é a consciência que determina os homens, mas o seu ser social etc. Afinal, colocando-se a frase na perspectiva histórica devida e parafraseando-a, "quod historia non dedit, Salamanca non suplebit!" De outro modo caímos no erro de pensar que o simples "conhecimento intelectual" do bem nos impele para longe do mal.

## 7. *Uso alternativo do direito*

Esta contradição pode levar-nos ao tema do chamado uso "alternativo do direito". No Brasil o uso alternativo não é tão alternativo assim. Na verdade a grande alternativa é os pobres se valerem do direito vigente. O movimento de direitos humanos não tem, em geral, reivindicado positivamente de situações novas.

---

(5) Cf. MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. 3ª ed. Trad. Sérgio Magalhães Santeiro. Rio, Zahar, 1976. A análise ideológica se faz "quando não mais fazemos os indivíduos pessoalmente responsáveis pelos equívocos que detectamos em suas afirmações, e quando não mais atribuímos o mal que fazem a sua astúcia maliciosa. (...) Começamos a tratar as noções de nossos adversários como ideologias somente quando não mais as consideramos como mentiras calculadas e quando sentimos em seu comportamento total uma insegurança que encaramos como uma função social em que se encontra." (p. 87)

Ele tem, por meio de uma espécie de assistência judiciária, levado os pobres a bater com mais freqüência e mais interesse nas portas dos tribunais e dos gabinetes. Esta é a alternativa: pedir o cumprimento de leis que já existem. Explorar as contradições do próprio direito positivo.

7.1. A assistência judiciária é um problema para o Estado contemporâneo toda vez que as diferenças de padrão de vida e consumo entre as classes são muito grandes. O movimento surgido no Brasil apresenta várias novidades em relação à assistência judiciária oferecida tradicionalmente pelo Estado brasileiro. Está próximo aos fatos este movimento: os serviços do Estado estão centralizados. Os prestadores de serviço dos centros de direitos humanos têm forte motivação pessoal e convicção da importância do trabalho: os funcionários do Estado são funcionários (competentes e até dedicados por vezes) sem envolvimento pessoal com os assistidos. Os membros do movimento conhecem os fatos de experiência direta, pela simples razão de se deslocarem para os locais de conflito e conversarem com todas as partes envolvidas; os funcionários do Estado têm contato com papéis e processos e sua função é burocratizada. Os assistidos, por outro lado, tomam parte ativa nos processos e nas decisões de encaminhamento do processo: os assistidos do Estado normalmente recebem as soluções jurídicas prontas e desempenham um papel passivo.

7.2. Com o tempo este uso "alternativo" do direito revela as dificuldades estruturais do Poder Judiciário: falta de cultura jurídica apropriada<sup>(6)</sup> (cultura jurídica liberal, individualista), falta de canais de comunicação entre a sociedade civil e o Judiciário (a presença de público nas audiências é temida como pressão indevida etc.)<sup>(7)</sup>.

O Ministério Público ainda poderia desempenhar um papel importante nesta área, mas apresenta dificuldades semelhantes. Por outro lado falta no Brasil, até hoje, um movimento de juízes renovadores e críticos como existente na Itália (Magistratura Democrática) e na França (Sindicato da Magistratura), por exemplo.

A verdadeira alternativa apresentada, pois, não está tanto no que se pede aos tribunais ou autoridades, mas no próprio fato

---

(6) Cf. FALCAO, Joaquim de Arruda. Cultura Jurídica e democracia: a favor de uma democratização do Judiciário. In: *Direito, Cidadania e Participação*. Bolívar Lamounier et alii. (org.). São Paulo, T. A. Queiroz, 1981, pp. 3-20.

(7) Sobre o temor do Judiciário diante das possíveis pressões populares ver RIVAS, Alicia Herrera. Crise da Justiça Judiciária. In: *Seminários*, nº 1, Rio, 1984.

de se pedir. Colocou-se explicitamente a espécie de relação existente entre classes dirigentes e povo empobrecido: uma relação de tipo paternal ou caritativo. A existência de uma regra constitucional obrigando o Estado a oferecer assistência judiciária não é objeto de discussão. Mas quando esta assistência passa a existir de fato, ela deixa de ser uma simples burocracia ou formalidade. O advogado não está mais na audiência ou no processo para cumprir a forma prescrita na lei; ele realmente luta com todos os argumentos e recursos cabíveis. Então começa a incomodar, porque obriga os tribunais e as autoridades a dizerem continuamente "não", ou "infelizmente não é possível". Isto é o fator capaz de fazer as pessoas atingidas saltarem de uma compreensão isolada e tópica de seu problema pessoal, para uma visão estrutural e social das questões. Desta forma vão surgindo algumas concessões para efeito imediato, de modo que os "indefiro" permaneçam com a aparência circunstancial.

Enquanto os empobrecidos se contentavam em receber instrução e orientação jurídica se fosse possível, quando possível e nos moldes determinados pelos privilegiados e pelo Estado, tudo bem. Quando eles começam a querer tal benefício como um direito e não como uma esmola, a coisa muda: quando começam a encher as salas de audiência ou mesmo tomar a palavra, pior ainda. A situação lembra o famoso sermão de Gregório Nazianzeno: "Pensas que a humanidade para o próximo não seja obrigação, mas coisa facultativa? Não seja lei, mas apenas exortação? Bem que eu o desejaria eu mesmo e bem que assim o pensaria!" (8) A palavra deste cristão grego é esclarecedora: afinal, a declaração de direitos e garantias individuais e econômicas é um bom conselho apenas? Os juristas sempre negam tal conclusão. Mas na hora da verdade, da prática e da história sempre há aqueles (e seu nome é legião...) dispostos a negar a efetivação de tais garantias.

Uma vez que a defesa dos direitos humanos fugiu, na América Latina em geral, das mãos do Estado (porque afinal este foi durante anos o seu violador sistemático), é difícil que volte a ser o que era. Por isso, de fato, o Estado ser o regulador de sua própria ação neste campo (9) perde aos poucos importância. Ninguém sensato pede hoje informações ou opiniões ao Estado ou às classes privilegiadas do terceiro mundo sobre o respeito à dignidade humana em seus domínios. De fato as garantias dos direitos funda-

---

(8) Discurso sobre o amor aos pobres (P. G. 35, 857-910) apud GOMES, C. Felch. *Antologia dos Santos Padres*. 2ª ed., São Paulo, Paulinas, 1979.

(9) Cf. FARIA, José Eduardo. cit., p. 2.

mentais não estão na lei, mas no modo como se aplica a lei, pois tem relevância teórica não apenas saber o que está escrito, mas principalmente como vêm sendo tomadas as decisões a respeito da matéria.

7.3. A simples possibilidade de acesso à discussão jurídica dos seus casos (judicial ou não) representa, no entanto, um salto qualitativo para as classes populares. O fato é notado não apenas no Brasil: uma pesquisa de Boaventura de Sousa Santos <sup>(10)</sup> permite a generalização. De modo que este acesso é o próprio uso alternativo do direito.

## 8. *Direito, justiça e utopia*

A história recente dos direitos humanos no Brasil e sua defesa abrem-nos a possibilidade de rever a questão central da relação entre direito, justiça e utopia, ou, mais modestamente neste ensaio, levantar algumas pistas que afinal já estão largamente sugeridas nos escritos mais recentes de Roberto Lyra Filho <sup>(11)</sup>.

8.1. O primeiro efeito do positivismo jurídico triunfante foi afastar a justiça da especulação jurídica. Que coisa é a justiça? O direito vigente é justo? Pode-se dar o nome de direito aos imperativos injustos? Pouco importa. Para o positivismo estas questões não fazem sentido porque o direito é o que aí está positivado e garantido pela força organizada do Estado. A resposta a este avanço definitivo do positivismo muitos buscaram no direito natural. Mas sua condenação ao passado parecia definitiva. Os jusnaturalistas não deram respostas convincentes ao positivismo. Procuraram alguns uma aliança entre o que dizia Aristóteles e Tomás de Aquino, temperando-a com o direito natural racional da modernidade. A tentativa frustrou-se. O Deus de Aristóteles não era o mesmo de Tomás de Aquino e isto já bastava para impedir a aliança. O que é a natureza e o natural para os dois? Coisas diferentes. E o racionalismo burguês? Era um direito da insurreição, é certo, mas tinha como pressuposto de homem o burguês. Foi possível aos "pais fundadores" dos Estados Unidos apelar para o sentido da liberdade dos homens e manter a escravidão negra. Os negros não eram burgueses, não eram um problema da ordem jurídica. O

(10) SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: *Revista de Processo* nº 37, São Paulo, 1985.

(11) Particularmente *O que é direito* (São Paulo, Brasiliense, 1982) e *Desordem e Processo* — Posfácio. In: *Desordem e Processo*. D. Lyra (org.), Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 1986.

suposto antropológico do burguês fundava o pensamento nos clássicos do liberalismo e dispensava Aristóteles e Tomás de Aquino. A aliança era impossível mesmo. O que é o natural e a natureza para os jusnaturalistas do século XVIII? É a vida burguesa. Uma vez que eles se instalam no Estado e ordenam a sociedade segundo o modelo do mercado, nada mais há que mudar. Toda tentativa de mudança é antinatural. As reivindicações proletárias do século XIX são absurdas, porque são antinaturais. O direito de propriedade e de comprar e vender é o direito natural. Recompõem-se os burgueses com a Igreja: assim a sua ordem natural passa a ser também divina. Era uma aliança instável: a Igreja nunca aceitou os princípios da burguesia como princípios seus. Conviveu com eles mas não lhes dava apoio incondicional. De modo que o jusnaturalismo perdeu vigor e não pôde enfrentar o positivismo. Depois das revoluções burguesas não se tratava mais de especular mas só de aplicar o direito posto e descobrir qual era mesmo o direito posto (a validade). O jusnaturalismo servia se justificasse a autoridade que positivava o direito e a necessidade de haver direito; para tudo o mais o jusnaturalismo era peça de museu. Ou ameaça de anarquia e totalitarismo. Mesmo quem defendia o jusnaturalismo estava em posições definidas dentro do seio da burguesia e das classes dirigentes, de modo que seu d'scurso não tinha a força do novo que o jusnaturalismo já tivera. Houve tempo em que os jusnaturalistas formavam forças de ataque ao edifício jurídico da ordem medieval. Mas desde o século XIX eles não atacaram nada de concreto: atacaram os pensadores da ordem burguesa, mas não atacaram a ordem burguesa, e só isto.

8.2. O positivismo apresenta várias faces, mas sua preocupação é só com o direito posto. Toda a tinta e o papel são gastos para saber o que é a norma jurídica, desde que não se discuta a Justiça, ou desde que a Justiça não passe de uma "palavra oca": A justiça e o direito são desmontáveis: são estruturas que se preenchem com qualquer conteúdo. A aplicação da filosofia da linguagem e da lingüística ao direito dá na mesma; os significantes não têm relação necessária com os significados. E os significados jurídicos são apenas construídos, de modo que a sintaxe e a semântica são a mesma coisa. Ela propiciou enorme avanço na compreensão do direito, mas falta-lhe alguma coisa. O que o direito comunica? Submissão ou libertação? Aqui está a chave do problema. Saber que o direito é estrutura comunicativa é bom, mas é pouco. É preciso avançar na crítica ideológica da linguagem jurídica<sup>(12)</sup>. Os países ricos da Europa e da América do Norte podem deleitar-se com o "desmanche" do direito. Os povos pobres insistem noutra coisa.

---

(12) É o que faz LUIS ALBERTO WARAT em *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Ed., 1984.

Mesmo os marginalizados das sociedades ricas (é verdade, também lá eles existem, ou alguém se esqueceu dos "Gastarbeiter"?) não recebem nada do discurso das academias.

8.3. Quando tudo parece assentado, alguns insistem em destoar da orquestra. De onde vem esta desafinação? Ela expressa a novidade de certas utopias. É neste sentido que se renova a discussão em torno do direito a partir dos movimentos de direitos humanos. Embora tendo uma expressão internacional, eles se concentram nos países de terceiro mundo com certas características: luta contra as condições de exploração das grandes maiorias. Assumem nos países centrais outras feições, tais como a luta pela desnuclearização da Europa ou pela conquista de liberdades políticas no "socialismo real". Neste último caso é curioso lembrar a célebre discussão entre Pasukanis e Vijnshinsky, na qual já se entrevia como uma "legalidade revolucionária" poderia imitar e até piorar os defeitos do Estado moderno, defeitos pretensamente atribuíveis apenas ao fato de ele "gerir os negócios da burguesia".

As propostas de alteração do modelo de sociedade, e de cultura enfim, é que se materializam verdadeiramente em utopias e impulsionam a novidade<sup>(13)</sup>. O direito readquire neste momento uma característica própria. Sempre que se fala em direito é assente que se fala em dever-ser. É preciso fazer aqui a distinção fundamental: não é que deve ser aquilo que já é, deve ser aquilo que não é. Ora, o que não é, por enquanto, são as reivindicações dos que estão à margem ou dos que estão sob exploração. Deve ser a desmilitarização, quando é a indústria bélica a que puxa o trem das economias desenvolvidas. Deve ser a dignidade daqueles cuja condição é indigna. Não se pode dizer: deve ser a exploração, quando há exploração; tampouco se pode dizer, deve ser a guerra, quando a guerra já é. É da essência do direito propor o que não é ainda. A história está feita destes exemplos. O direito é o direito à não exploração. É negação da negação. O movimento dos profetas e dos heróis é o movimento pela defesa do direito que não é ainda. Defender o pobre, a viúva, o órfão e o estrangeiro em Israel era o que merecia o nome de direito. O resto era usurpação. As cerimônias de entronização e coroação dos reis de Israel compunham-se de cantos em que o rei era exaltado como protetor destes direitos. A contrariedade a tais posturas era usurpação e

---

(13) Sobre a vinculação das utopias com os movimentos sociais de contestação e de classes ver K. MANNHEIM → *Ideologia e Utopia* (cit. passim). Sobre o pensamento utópico como forma de racionalidade, imaginação transcendental e limite de possibilidade humana ver FRANZ HINKELAMMERT — *Crítica à Razão Utópica*. Trad. Alvaro Cunha. São Paulo, Paulinas, 1986.

provocava crises repetidas (desde a secessão do Reino do Norte até o fim da monarquia).

A usurpação oferece ainda outra explicação teórica. O processo de usurpação é justamente aquele que permite tomar como direito os mecanismos de coerção e expropriação. "Nabot possuía uma vinha...". O antidireito é a usurpação. Esta é a disputa ideológica, a disputa que opõe a ideologia dominante à utopia emergente. Eu roubo à utopia o nome de direito e o aplico ao mecanismo de opressão. Por isso os discursos opostos procuram desqualificar-se mutuamente. Posso ou não chamar de direito aquilo que o outro deseja? A dificuldade de conceituar o direito em si não é técnica: é sobretudo ideológica, porque os juristas se colocam de modos diferentes perante os conflitos e dão o nome de direito ora à exploração, ora à libertação.

O jusnaturalismo teve de alguma forma estas intuições. O risco ao qual parece ter sucumbido é o de acreditar em algo que não se pode definir: princípios da razão ou da natureza? Eram princípios acima da história e, pois, acima dos homens. O que hoje uma análise da crítica ideológica e da função utópica na sociedade permite ver é que o "sistema" buscado pelo jusnaturalismo não está "dado" mas é feito pelo próprio homem, buscando não alguma coisa sempre igual a si mesma, mas sempre diferente na medida em que são diferentes os mecanismos de opressão. Só esta busca é igual a si mesma, e por isso posso chamar de direito a esta busca através da história, muito embora a sua forma e seu objeto se alterem.

8.4. A utopia faz sempre apelo à justiça. O ceticismo burguês acabou com a justiça, como acabou com a verdade. A luta eficaz dos marginalizados recolocou a justiça no centro da discussão. Mas já desta vez também não uma justiça cujo conteúdo paire acima da história: trata-se da justiça *in fieri*. Não há propriamente justiça: há o fazer justiça. O que é justiça? Pergunta tola, sem sentido, porque existe apenas o fazer justiça. É uma prática, uma relação justa o que posso perceber, uma relação de justiça e não a justiça em si, universal em si, substância, essência sem forma. Fazer justiça para o *status quo* é cumprir a lei. Mas a lei desconhece a utopia. A lei é o contrário da utopia, se for tomada já pronta. Aplicar a lei dispensa a justiça. Depois, como entender a lei? A hermenêutica é que pode dar a primeira abertura para a justiça. Por isso o progresso de investigações do direito enquanto estrutura comunicativa é importante. A pouco e pouco retira o estudo do direito do modelo das ciências físicas e naturais — ciências da descrição — e o leva ao modelo das ciências propria-

mente humanas da interpretação — busca do sentido. Entender o direito como estrutura de comunicação já permite colocar pelo menos uma cunha entre sintaxe e semântica (o que às vezes não é feito) e novamente entre signifiante e significado. Talvez ali esteja algo que tem a ver com a justiça.

A utopia é capaz de colocar um horizonte de sentido, isto é, uma direção na qual se caminha, mas da qual o processo histórico não se aproxima necessária e inevitavelmente, como supõem muitos. Por isso o problema central da ética continua sempre a tensão entre um princípio absoluto e a concretização de princípios parciais ou mesmo a concretização parcial do princípio absoluto em sistemas morais históricos e datados<sup>(14)</sup>. O princípio absoluto pertence à categoria do pensar utópico, enquanto as concreções dele obtidas entram a fazer parte do processo construído historicamente. Assim a Justiça.

Por outro lado, as utopias nascem nas condições históricas e materiais em que se encontram os grupos marginais ou explorados da sociedade. As utopias, como as religiões, contêm o "suspiro dos oprimidos" e são capazes de dar conta dos limites da condição dos homens. As utopias propõem a possibilidade do diverso e do novo, indicando aquilo que falta ou não se fez naquele modelo de sociedade de onde nascem os grupos oprimidos. Neste sentido a utopia é crítica. Sendo crítica, só pode partir de onde se manifestou e onde foi sentida a limitação do modelo social; ela procede sempre das camadas exploradas. Num segundo momento, dada a inevitável institucionalização histórica pela qual passa, ela pode se transformar numa antiutopia, isto é, no núcleo "conservador" de um modelo social que se esgota. E isto é o limite dentro do qual surge a experiência da injustiça: de modo que o direito não é sempre e apenas a institucionalização, porque a busca da justiça é motor deste complexo de relações entre o direito e a utopia e o antidireito e a antiutopia.

A defesa dos direitos humanos oferece-nos vários destes elementos. Transformou-se sobretudo na defesa dos direitos dos pobres, veicula um sentimento de justiça distinto da pura aplicação da lei, está fortemente associado com lutas travadas em nome de um "futuro melhor", e não renega, antes tem consciência de sua origem popular e sua função utópica. Finalmente, a defesa dos direitos humanos volta a lidar com a idéia da Justiça propriamente no sentido de fazer justiça em situação concreta, ensejando compreendê-la dentro de uma perspectiva histórica.

---

(14) Cf. DUSSEL, Enrique. *Ética Comunitária*. Petrópolis, Vozes, 1986, sobretudo o capítulo X.

# Proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu

Uma introdução ao estudo comparado dos direitos protegidos

CLEMERSON MERLIN CLÈVE

Professor da UFPR. Procurador do Estado.  
Mestre em Direito pela UFSC. Ex-bolsista  
do CNPq. Doutorando da "Université Catho-  
lique de Louvain", Bélgica

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: § 1.º — O contexto; § 2.º — Tema e justificativa.

CAPÍTULO I: Comparação quanto às condições de proteção; § 1.º — A forma das convenções; § 2.º — Universo de aplicação; § 3.º — Mecanismos protetores.

CAPÍTULO II: Comparação quanto ao conteúdo protegido; § 1.º — Questão metodológica; § 2.º — Conteúdos regulados pela convenção americana e não regulados pela convenção européia; § 3.º — Conteúdos regulados pelas duas convenções.

## CONCLUSÕES

### ALGUMAS ABREVIações UTILIZADAS:

OEA: Organização dos Estados Americanos

CE: Conselho da Europa

CADH: Convenção Americana sobre os Direitos do Homem

CEDH: Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

## INTRODUÇÃO

### § 1º O contexto

Depois dos anos quarenta, desenvolveu-se a idéia da necessidade de proteger os direitos do homem no plano internacional<sup>(1)</sup>. Tal mo-

(1) Dizemos que desenvolveu-se tal idéia, não que ela nasceu a partir dos anos quarenta. Com efeito, foi a partir desse período que se intensificou uma prática orientada no sentido de garantir, internacionalmente, a proteção dos direitos do homem.

vimento coincidiu, no plano político, com a revalorização daqueles direitos enquanto signo de caracterização da democracia, e como barreira ideal ao nascimento de regimes ditatoriais como os derrotados ao final da Segunda Grande Guerra. Essa idéia iria concretizar-se, mais tarde, através da criação da ONU (cuja Carta já anuncia expressamente sua relação com os direitos do homem), bem como por meio dos diversos documentos internacionais, voltados para a defesa e promoção dos direitos da pessoa humana.

O que poderia ser apenas um movimento político teve como conseqüência, talvez a mais importante, a transformação do direito (além, é claro, de sua reavaliação)<sup>(2)</sup>, que passou a se caracterizar, a partir de então, quer no plano nacional, quer no plano internacional, como instrumento privilegiado de garantia das liberdades. Essa transformação traduziu-se por uma mudança em dois planos. No plano técnico-jurídico, a nível internacional, foram efetivados diversos documentos, criando para o direito internacional um novo espaço de ação, qual seja o relativo aos direitos fundamentais. A nova área de saber alterou substancialmente o direito das gentes, antes voltado, de modo geral, para a disciplina das relações entre Estados e organizações internacionais, não alcançando, pois, uma matéria praticamente monopolizada pelas disciplinas de direito público interno. Ainda no plano técnico-jurídico, mas agora no nível do direito interno, verificou-se a implementação de procedimentos novos voltados à garantia das liberdades<sup>(3)</sup>, alterando-se profundamente o direito constitucional, por ser

---

(2) Note-se que, especialmente, depois da Segunda Grande Guerra, verifica-se uma tendência dirigida à reavaliação do universo jurídico. Algumas correntes que encaravam o direito como mero reflexo de algo exterior começaram a rever posições teóricas, chegando, afinal, a descobrir na juridicidade uma especificidade dotada de valor positivo, e capaz de exercer um controle positivo sobre a conduta humana e sobre o poder. A palavra direito, a partir de então, mais e mais, vai se ligando ao valor democracia.

Sobre isso, consultar nosso artigo: "Sobre o direito e os direitos: o jurídico como espaço de luta". *Revista da Associação dos Magistrados do Paraná*, Curitiba, pp. 119-150, 1984.

(3) É o caso da aceitação, por inúmeros países, do controle da constitucionalidade das leis, tido pela doutrina dominante, até há pouco, como incompatível com a democracia representativa. É o caso, ainda, da valorização crescente de mecanismos como o *habeas corpus* (Inglaterra, Brasil, Peru etc.), o "mandado de segurança" (Brasil), o "recurso de amparo" (México, Espanha), o "recurso constitucional" (Alemanha) etc., todos com a função de garantir diretamente os direitos (de modo simples e rápido). Percebe-se a importância desse fato quando se leva em conta que a princípio o Estado liberal preferia assegurar os direitos de modo indireto, ou seja, por meio de mecanismos de natureza civil ou penal destinados a indenizar a vítima ou punir o agressor.

este o que, nos Estados que adotam Constituição rígida, mais eficazmente pode proteger certos direitos tidos como fundamentais (4).

Mas a transformação do direito operou-se igualmente num segundo plano, naquele do saber. A ciência do direito reincorporou a esfera axiológica aos seus domínios (5), superando um cientificismo que aprisionava, quer ao formalismo neokantiano purificador (6), quer ainda ao sociologismo em débito com as fórmulas epistemológicas das ciências naturais (7). O saber jurídico se assumiu enquanto saber social, co-constitutivo do social, evidenciando que sua fala, seu discurso, embora tendendo ao distanciamento típico da atividade de conhecimento voltada para a descoberta da verdade, nem por isso emana de um lugar não-ideológico e não-político. A assunção dos valores, pois, é o ponto central do saber jurídico contemporâneo, o qual, não se contentando em operacionalizar a defesa dos direitos do homem já declarados, reclama um processo contínuo de criação de novos direitos. Estes não são apenas os conteúdos estudados pelo saber jurídico porquanto são expressos por meio de uma forma jurídica. Mais do que isso, são, antes de tudo, o valor primeiro a partir do qual deve ser construído todo o arcabouço jurídico, bem como o respectivo saber.

O direito internacional público não fugiu dessa tendência. Assim é que não hesitou em relativizar o alcance próprio de alguns conceitos tradicionais (como o relativo à soberania), conseguindo com isso alargar seu raio de influência e alcançar a regulação de uma matéria que, antes, era da exclusiva competência do direito interno de cada país.

---

(4) O direito constitucional, como se sabe, não se contentando em declarar os direitos fundamentais, tem, nas Constituições mais recentes, previsto igualmente mecanismos assecuratórios desses direitos, função antes monopolizada pela legislação processual.

(5) Quanto a isso veja-se, por exemplo, a "Teoria Tridimensional do Direito", de REALE, a "Teoria Ecológica", de CÔSSIO, e a "Teoria Raciocionalista", de SICHES. Veja-se, ainda, a produção teórica dos juristas vinculados a "Escola de Baden" (Wildelband, Rickert, Lask e Radbruch). Sobre o assunto consultar REALE, Miguel. *Fundamentos de Direito*. São Paulo, RT/USP, 1972. Tb. do mesmo autor. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1980. Ainda, *Filosofia do Direito*. 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

(6) O principal representante do formalismo jurídico foi HANS KELSEN (Cf. *Teoria Pura do Direito*, 4.ª ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1979). Uma crítica epistemológica (igualmente semiológica) do seu pensamento pode ser vista em: WARAT, Luis Alberto. *A Pureza do Poder*. Florianópolis, UFSC, 1983. Sobre KELSEN há uma extensa bibliografia. Dela citaremos apenas mais um texto: COELHO, Luiz Fernando. "Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen". *Revista Sequência*, Florianópolis, UFSC, n. 4, 1981.

(7) Sobre isso ver nossa dissertação de mestrado "O Direito e os Direitos: uma introdução à análise do direito contemporâneo", Florianópolis, mimeo, 1983.

## § 2º Tema e justificativa

Se ao jurista-filósofo interessa ver, sob o prisma epistemológico, as modificações que se operaram na textura, assim como nos pilares conceituais da ciência jurídica; se ao filósofo importa verificar os fundamentos dos direitos do homem, revelados quer através da pesquisa de sua essência, seja por meio da análise de sua natureza enquanto matéria filosófica; se ao cientista político cabe analisar as possibilidades, bem como os obstáculos políticos, conjunturais ou estruturais, que se colocam impedindo ou favorecendo a constituição de uma sociedade (nacional ou internacional) voltada para tais significados; ao jurista (enquanto tal) cabe, antes de tudo, verificar quais direitos são protegidos, e de que maneira tal proteção se efetiva<sup>(8)</sup>. É nesta última perspectiva que se inclui o presente texto.

O que propomos, então, é uma releitura, sob a ótica do direito comparado, dos direitos protegidos pelas convenções americana e europeia sobre direitos do homem. Qual a razão que nos leva a comparar esses dois instrumentos internacionais? A resposta dessa questão conduz à justificativa da escolha do tema.

Não há dúvida de que a solução ideal para o problema da proteção dos direitos humanos no plano internacional seja o aperfeiçoamento dos mecanismos de caráter universal, notadamente aqueles promovidos pela ONU.

Com efeito, não bastasse a declaração de princípios contida na "Carta de São Francisco" e a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, dezembro de 1948), a ONU vem se empenhando no sentido da realização de diversos tratados relativos à salvaguarda de categorias específicas de direitos e liberdades<sup>(9)</sup>. Ao lado destes,

(8) Isso não significa afirmar que o jurista deve se afastar das demais perspectivas. O que queremos dizer é que, embora voltado para a interdisciplinaridade, o jurista deve privilegiar o momento normativo da experiência jurídica.

(9) Cf. "Droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux des Nations Unies", New York, 1967 (Doc. A/Conf. 32/4). Consultar as convenções relativas à eliminação de todas as formas de discriminação racial (21 de dezembro de 1965), à discriminação em matéria de emprego e profissão (25 de junho de 1958), à igualdade de remuneração (29 de junho de 1951), à luta contra a discriminação no domínio do ensino (14 de dezembro de 1960, com protocolo de 10 de dezembro de 1962), à prevenção e à repressão do crime de genocídio (9 de dezembro de 1948), à escravidão (30 de abril de 1956), ao trabalho forçado (25 de junho de 1957), à nacionalidade da mulher casada (29 de janeiro de 1957), ao estatuto dos apátridas (28 de setembro de 1954) e dos refugiados (28 de julho de 1951), à liberdade sindical (9 de julho de 1948), e ao direito de organização e negociação coletiva (1.º de julho de 1949), à política de emprego (9 de julho de 1969), aos direitos da mulher (20 de dezembro de 1952) e ao direito ao casamento (7 de novembro de 1962).

outros dois novos pactos foram concluídos, igualmente sob o patrocínio das Nações Unidas, em 1966, um deles relativo aos direitos econômicos e sociais e o outro aos direitos civis e políticos. Ao último, seguiu-se um protocolo adicional<sup>(10)</sup>.

Visando uma melhor garantia das liberdades, esses pactos têm seguido a técnica convencional, mais eficaz, no plano do direito internacional, que as simples declarações de direito. Não obstante a necessidade do prosseguimento dessa tendência, não se pode esquecer que ela se desenvolve vagarosamente em face da existência de não poucas dificuldades:

I — uma primeira dificuldade diz respeito aos direitos a serem protegidos. Sendo a ONU um organismo de caráter universal, os Estados ali representados nem sempre apresentam as mesmas ideologia, cultura e concepção sobre os direitos. Isso dificulta a definição das liberdades a serem protegidas;

II — uma segunda dificuldade, pelos mesmos motivos, diz respeito à forma pela qual os direitos serão definidos. Em termos globais e genéricos? Ou, antes, em termos precisos? Se o tratado é auto-aplicável, uma vez cumpridas as formalidades exigidas para tanto (ratificação ou adesão pelos Estados; lei de autorização para aplicação interna onde esta é necessária)<sup>(11)</sup>, suas normas não o serão neces-

---

(10) Pactos realizados em 16 de dezembro de 1966. O Protocolo Adicional que segue o Pacto de Direitos Civis e Políticos prevê, através do Comitê de Direitos Humanos, um certo controle sobre a aplicação, pelos Estados-Partes, dos direitos fundamentais. Mas tal controle não alcança a significação daquele proporcionado no seio das Convenções americana e européia. Sobre o assunto, consultar: DE MEYER, Jan. *La Convention Européenne de Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*, Bruxelles, Editions UGA Heule, 1968. O texto dos Pactos, bem como do Protocolo Adicional, podem ser estudados em: *Conseil de l'Europe, "Les Droits de l'Homme en Droit International"*, textos de base. Strasbourg, 1979.

(11) Se a ratificação de um tratado sempre acarreta a imediata aplicabilidade do documento no plano internacional (em relação aos Estados contratantes), o mesmo não ocorre, necessariamente, em relação ao direito interno. Com efeito, existem Estados, como a Itália, por exemplo, que, além da ratificação, exigem, para a aplicação interna do tratado, leis de aprovação. Situação análoga aparece no caso do Reino Unido, da Suécia, da Dinamarca e da Islândia. Aquí, mesmo ratificada, a Convenção somente valerá no plano interno uma vez incorporada ao direito nacional por ato especial do Parlamento. Já a Bélgica, a França e Holanda adotam técnica mais simples. Basta a ratificação, sendo suficiente este ato para somar o tratado ao direito interno, situando-o acima da Constituição (Holanda), ou abaixo desta, mas acima das leis ordinárias (França e Bélgica). A respeito conferir DE MEYER, Jan. *Op. cit.* No Brasil, além da ratificação, é necessária a promulgação, que se opera via decreto do Chefe do Executivo.

sariamente. Tudo depende da maneira como os direitos serão afirmados. Esta variável definirá o grau de aplicabilidade de cada artigo, de cada parágrafo, em suma, de cada norma. A eficácia plena <sup>(12)</sup>, caracterizada pela aplicabilidade direta e imediata das normas, será tanto mais difícil quanto mais universos culturais, ideológicos, econômicos, etc., estiverem envolvidos na realização do documento;

III — uma terceira dificuldade, uma vez acertado o conteúdo a ser protegido e a técnica de redação desse conteúdo, diz respeito à interpretação de cada direito. Os direitos da mulher no mundo árabe certamente terão um sentido diferente dos mesmos situados no universo da cultura ocidental;

IV — tendo em vista as dificuldades anunciadas, notadamente as duas anteriores, fica quase impossível a previsão de garantias instrumentais assecuratórias das liberdades fundamentais, especialmente através de órgãos de caráter jurisdicional <sup>(13)</sup>.

Diante dos obstáculos citados, ao lado de uma política universal dos direitos humanos, é importante incrementar uma segunda política (de caráter complementar à primeira), desta vez a nível regional. É o que tem ocorrido a partir dos anos cinquenta, concretizando-se tal política especialmente através da criação de organismos e da realização de tratados internacionais de alcance regional, os quais, de uma maneira geral, acompanham o espírito da Declaração Universal dos Direitos. Por outro lado, observando as coordenadas fixadas pela Carta das Nações Unidas, que reconhece a legitimidade desse processo, procuram compatibilizar suas atividades com os princípios da ONU.

A proteção dos direitos e liberdades fundamentais pelo direito internacional regional, embora apresentando uma função complementar, guarda algumas vantagens não negligenciáveis. A análise da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e da Convenção Americana Sobre os Direitos do Homem, promovidas, respectivamente, pelo Conselho da Europa (CE)

---

(12) Falaremos no Capítulo I sobre a eficácia das normas convencionais, utilizando a tipologia criada por SILVA, José Afonso da, em *Aplicabilidade das Normas constitucionais* (2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, RT., 1982).

(13) Como veremos adiante, a efetividade das Convenções americana e européia é devida em parte à previsão de instrumentos assecuratórios de natureza jurisdicional. Este não é o caso do Pacto da ONU relativo aos direitos civis e políticos, cujo mecanismo de proteção dos direitos está longe de alcançar a significação daqueles previstos nas Convenções objeto do presente texto.

e pela Organização dos Estados Americanos (OEA) (14), ilustra a afirmação.

Essas duas convenções, por associarem Estados situados num mesmo universo geográfico, cultural e econômico (15), puderam superar aquelas dificuldades quase intranspassáveis no contexto universal. Tal aspecto permitiu, quer na Europa, quer no continente americano,

---

(14) A Convenção europeia entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 após a obtenção de 10 ratificações. Em 31 de dezembro de 1982, os 21 Estados do Conselho da Europa (Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, Alemanha Ocidental, França, Grã-Bretanha, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Holanda, Portugal, Suécia, Suíça, Turquia) haviam ratificado a Convenção. O Protocolo Adicional (1952) reconhecendo os direitos de propriedade, direitos à instrução e a eleições periódicas, liga todos os Estados, exceto a Espanha, a Suíça e Liechtenstein. O Protocolo n.º 2 concedendo competência para a Corte Europeia dar pareceres (resposta a consultas) foi ratificado por todos os Estados. Os Protocolos n.ºs 3 e 5, relativos a normas de procedimento, foram igualmente ratificados por todos os Estados. Entretanto, o Protocolo n.º 4, relativo à proibição de prisão por inexecução de obrigação contratual, à liberdade de circulação e residência e ao direito de toda pessoa deixar não importa qual país (1963) foi ratificado por apenas 13 Estados.

A Convenção americana entrou em vigor em 17 de julho de 1978, ao completarse o número de onze ratificações exigido pelo documento. Assinada em São José da Costa Rica em 1969, levou nove anos para entrar em vigor. Atualmente são partes na Convenção dezessete Estados: Barbados (1981), Bolívia (1979), Colômbia (1973), Costa Rica (1970), República Dominicana (1978), El Salvador (1978), Equador (1977), Granada (1978), Guatemala (1978), Haiti (1977), Honduras (1977), Jamaica (1978), México (1981), Nicarágua (1979), Panamá (1978), Peru (1978) e Venezuela (1977). O Paraguai, o Chile e os E.U.A. apenas assinaram. Entre os que nem mesmo assinaram se encontram o Brasil e a Argentina.

Tais dados estão presentes em PINTO, Roger. *La Liberté d'Information et d'Opinion en Droit International*. Paris. Economica, 1984.

Quanto ao processo histórico de formação da Convenção americana, pode ser visto em GARCIA BAUER, Carlos. "La convención americana sobre derechos humanos" in: *Estudios de Derecho Internacional* Homenaje al Professor Miaja de la Muela. Madrid, Editorial Tecnos, 1979. Tb. GROS ESPIELL, Hector. "Le système interaméricain comme système régional de protection internationale des Droits de l'homme". Tome II, La Haye, 1976, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International. Ainda, VASAK, Karal. *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*. Paris, 1978. No Brasil conferir BRITO MELLO BOSON, Gerson de. *Internacionalização dos Direitos do Homem*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1972.

Uma análise geral do pacto europeu pode ser vista em VASAK, Karal. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Paris. L.G.D.J., 1964. Para tanto podem-se consultar igualmente os manuais publicados pelo Conselho da Europa. A bibliografia sobre o tratado europeu é vastíssima.

(15) Exceção dos Estados Unidos para o contexto da OEA (O Canadá não faz parte da OEA). Exceção ainda, talvez, para a Turquia, Grécia e Chipre no âmbito europeu. Mas essas exceções dizem respeito apenas a diferenças no nível econômico.

a instalação de mecanismos mais eficazes de proteção das liberdades. A proteção referida se caracteriza pelos seguintes elementos:

I — técnica convencional. Uma vez efetuados os procedimentos exigidos pelas legislações internas dos Estados-Contratantes e aqueles previstos pelo próprio instrumento convencional, o documento vale de pleno direito, podendo sofrer aplicação direta, no que for possível, tanto no plano interno como no externo das ordens jurídicas nacionais signatárias<sup>(16)</sup>. A aplicabilidade direta do documento não oferece, numa primeira análise, nenhuma inovação em face da atual política da ONU, como dissemos, seguindo a mesma técnica jurídica. A vantagem aparecerá quando somarmos a esse elemento os dois outros a seguir;

II — número menor de direitos protegidos em relação àqueles afirmados pelos vários documentos das Nações Unidas. Entretanto, os direitos são declarados de uma maneira mais precisa. Disso resulta que os direitos aparecem, em geral, com os seus contornos mais transparentes, revestindo-se, com isso, menos do caráter de princípios gerais, e mais do caráter de normas jurídicas com um grau significativo de eficácia;

III — criação de organismos regionais efetivos de proteção dos direitos. Trata-se da instituição de Comissão e de Corte encarregadas da proteção, a nível internacional, dos direitos protegidos<sup>(17)</sup>.

Os elementos referidos podem ser sintetizados nos seguintes itens:

- a) definição dos direitos a proteger;
- b) aplicabilidade direta do documento;
- c) maior grau de eficácia de suas normas; e
- d) mecanismos assecuratórios. Com essas variáveis, o direito internacional regional assume, em certos aspectos, o mesmo alcance das normas de direito público e privado internos.

Embora outros acordos regionais tenham sido concluídos<sup>(18)</sup>, no momento, apenas as convenções européia e americana dispõem de

(16) Salvo naqueles Estados que exigem leis de aprovação. Ver nota 11.

(17) É evidente que esses órgãos não são previstos por todos os sistemas regionais de proteção internacional das liberdades. Note-se que mesmo no contexto da OEA e do CE outros pactos foram estabelecidos sem essa variável. É o caso, por exemplo, da Carta Social Européia (Turim, 18 de outubro de 1961), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais.

(18) Queremos chamar a atenção para a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, adotada pela Organização da Unidade Africana, quando da décima-oitava Assembléia dos Chefes de Estado e de Governo, passada em Naíróbi (Kênia) no mês de junho de 1981.

instrumentos jurídicos efetivos destinados à proteção dos direitos do homem. Por essa razão, cremos, justifica-se plenamente a comparação que ora propomos.

Quais direitos são protegidos pelas citadas convenções? Tal questão, objeto principal do presente texto, será tratada no capítulo II (comparação quanto ao conteúdo protegido). Mas antes de chegarmos ao mérito, cabe responder a outra questão, que merece ser tratada preliminarmente. Trata-se de evidenciar as condições gerais de proteção oferecidas pelos dois pactos internacionais. Desta questão cuidará o capítulo I, a seguir.

## CAPÍTULO I — COMPARAÇÃO QUANTO AS CONDIÇÕES DE PROTEÇÃO

### § 1º A forma das convenções

Com objetivos comuns, as duas convenções diferem quanto à extensão do conteúdo protegido, o que veremos mais tarde, assim como quanto à forma de regulação do mesmo conteúdo.

*HERAUD* (19) enumera seis pontos que, segundo sua ótica, caracterizam a convenção européia:

I — nenhuma inovação em relação à legislação dos Estados-Partes;

II — limitação aos direitos e liberdades fundamentais;

III — perspectiva evolutiva;

IV — distinção entre os direitos civis e políticos, de uma parte, e os econômicos, sociais e culturais, de outra;

V — objetivo de incluir, no futuro, o conjunto de direitos civis e políticos reconhecidos pelo pacto de direitos civis e políticos das Nações Unidas; e

VI — redação em estilo concreto, marcado por uma vontade de precisão (20).

São esses elementos tipificadores encontrados, também, no documento americano? Não cremos que o sejam todos, pelo menos, de modo integral. Note-se que, embora o tratado americano tenha, de algum modo, se inspirado na experiência européia, anterior em pelo menos 15 anos, ele incorporou, igualmente, toda uma herança

(19) HERAUD, Guy. "Les droits garantis par la convention", in "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen", *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Strasbourg*, Paris, Dalloz, 1961.

(20) Idem, pp. 107 a 110.

jurídica pan-americana que vem desde a Conferência de Catapultec, em 1945, a qual efetivamente marcou seu estilo. Não podemos esquecer, ainda, o pacto de direitos civis e políticos da ONU, anterior em apenas três anos, que muito o influenciou. Frente a isso, embora também se coloque numa linha evolutiva, o pacto americano não procurou se limitar a uma categoria específica de direitos, preferindo manifestar uma vocação que chamaríamos de totalizadora, direcionada ao reconhecimento de um conjunto maior de direitos, não importa de que natureza, essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana <sup>(21)</sup>.

Tal preferência é a matriz de algumas diferenças entre os textos americano e europeu. Aquele, englobando outros direitos além dos tradicionais, não distingue, no nível da **declaração**, os direitos civis daqueles de natureza econômico-social. Mas se não há distinção quanto ao modo de declaração, ela não pode deixar de aparecer quando se trata do **modo de enunciação** (redação) dos direitos. Note-se que, enquanto os direitos civis (e políticos) têm, de modo geral, suas fronteiras estabelecidas pelo documento, os direitos econômicos, sociais e culturais são (à exceção dos dirigidos à proteção da família e da criança) tratados num único artigo. Este, fixando uma matéria de modo não muito preciso, resta incompreensível sem a leitura da Carta da OEA (reestruturada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967). Ora, sabe-se que essa diferença de redação vai acarretar diferenças substanciais quanto ao regime de proteção dos direitos.

É possível, pois, afirmar-se que, enquanto o documento europeu tem como signo caracterizador uma vontade deliberada de precisão jurídica, o tratado americano manifesta o mesmo signo através de um sentido de extensão do conteúdo protegido. Esta orientação, como sabemos, pelas diferenças entre os níveis de desenvolvimento dos países americanos, guarda como consequência uma sensível diminuição do grau de eficácia da convenção <sup>(22)</sup>.

A análise de aplicabilidade das normas dos tratados poderá confirmar o que acima dissemos.

Normalmente a doutrina do direito internacional público tem tipificado as normas de um tratado, segundo sua eficácia jurídica, como

---

(21) Dessa filosofia nasce um sem-número de problemas, especialmente quanto à possibilidade de sanção internacional da violação de alguns desses direitos. Não obstante, a política jurídica de "vocação totalizadora" é a preferida dos juristas, especialmente latino-americanos.

(22) Notadamente em relação a uma categoria específica de direitos, como veremos adiante. Mas não se pode esquecer que as normas relativas aos direitos civis e políticos (única categoria de direitos a ser tratada pela CEDH) atingem, em geral, o mesmo grau de eficácia jurídica nos dois pactos.

**self-executing e not-self-executing** <sup>(23)</sup>. Ou seja, como auto-executáveis e não auto-executáveis. Tal dicotomia corresponde, de uma maneira geral, à tipologia das normas constitucionais fixada pela doutrina e jurisprudência constitucionais norte-americanas <sup>(24)</sup>. Quanto a nós, acreditamos que a riqueza e a complexidade das normas convencionais exigem uma tipologia mais completa. Diante disso, seguiremos o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA para classificar as normas contidas nos tratados europeu e americano sobre direitos do homem. Da seguinte forma:

I — normas convencionais de eficácia plena;

II — normas convencionais de eficácia contida;

III — normas convencionais de eficácia limitada ou reduzida.

Essa classificação tripartite tenta dar conta de certas situações que a dicotomia anterior não ilumina. Senão vejamos. Segundo o autor citado, na primeira categoria (normas de eficácia plena) incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor do documento, “produzem todos seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los) . . .” <sup>(25)</sup>. Tal efeito se opera porque os elaboradores do tratado estabeleceram, desde logo, “uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto” <sup>(26)</sup>.

Quanto à segunda categoria, “também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, em certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais . . .” <sup>(27)</sup>. Neste caso, tais efeitos não se produzem porque o documento internacional não fixou uma “normatividade para isso bastante” <sup>(28)</sup>.

Em função do grau de eficácia, pode-se fixar o grau de aplicabilidade das normas internacionais. Aquelas de eficácia plena são de “aplicabilidade direta, imediata e integral”; as de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral.

(23) MARCUS-HELMONS, Sívio. Notas de curso na disciplina de “Proteção Internacional dos Direitos do Homem”. Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain (Belgique), 1985.

(24) Lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA (op. cit. p. 63) que RUI BARBOSA, em *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, v. II, 1933, pp. 475 e ss., expõe a doutrina e a jurisprudência americanas sobre o assunto.

(25) Op. cit., p. 73.

(26) Idem.

(27) Idem.

(28) Idem, *ibidem*.

isto é, elas estão sujeitas a "restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limita sua eficácia e aplicabilidade" (29). Já as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque normalmente sua incidência é dependente de uma regulação ulterior, sem o que sua eficácia restará limitada.

Como sabemos, os direitos serão tanto mais protegidos quanto mais normas de eficácia superior (plena ou contida) os declarem. Os dispositivos de eficácia limitada, porque inaplicáveis por si mesmos, não são o melhor instrumento para a defesa e proteção dos direitos do homem (30).

E neste aspecto a convenção europeia apresenta alguma vantagem em relação a sua similar americana. Enquanto esta contém um bom número de dispositivos normativos de eficácia limitada, o pacto europeu apresenta poucos casos (31). Mas na situação europeia trata-se de normas de "princípio institutivo", como o art. 13, que prevê a outorga de um recurso efetivo no caso de violação de direitos, ou o art. 3º do protocolo adicional, prevendo eleições livres para a composição dos corpos legislativos. A característica dessas normas é sua dependência, para adquirir eficácia, de medidas jurídicas complementares a serem tomadas pelos Estados contratantes (32). Mas, se a nível interno, enquanto tais medidas não forem tomadas, as normas permanecem inaplicáveis, o mesmo não ocorre quando se trata do âmbito internacional. Note-se que a inação dos Estados-Partes pode ser sancionada pelos órgãos de garantia da convenção, ou seja, a Comissão e Corte de salvaguarda dos direitos do homem.

O tratado americano também apresenta alguns casos de normas de **eficácia limitada declaratórias de princípio institutivo** (33). Mas, ao lado destas, outras normas do mesmo tipo geral (eficácia limitada) circunscrevem-se a declarar princípios programáticos. É o caso, por exemplo, do art. 17 relativo à proteção da família (34), ou do art. 19,

---

(29) *Idem*, *ibidem*.

(30) É evidente que em certas circunstâncias o consenso entre os Estados contratantes quanto a certos direitos não excede as fronteiras das fórmulas vagas. Todavia este é um primeiro passo para a realização de acordos sempre mais precisos.

(31) Em compensação apresenta um número maior de normas de eficácia contida.

(32) Essas normas implicam para os Estados-Partes obrigações de resultado, ou seja, aquelas que se manifestam pela realização de prestações de caráter positivo.

(33) Estas seriam aquelas normas que a doutrina convencionou chamar de normas de legislação. Elas anunciam um instituto ou declaram um princípio de organização ou regulação de uma matéria. Sobre isso conferir JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.* pp. 74/75.

(34) Art. 17, § 1.º: "A família é o elemento natural e fundamental da sociedade; ela deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado".

relativo à proteção da criança <sup>(35)</sup>. É o caso, ainda, do art. 26, que proclama os direitos econômicos, sociais e culturais <sup>(36)</sup>. De que modo tais normas terão sua aplicação garantida? A questão dificilmente poderá ser respondida. Perceba-se que a eficácia destas normas depende menos de medidas jurídicas e mais da atuação material e positiva dos Estados, o que, por uma série de razões, notadamente de ordem política e econômica, nem sempre ocorre. A natureza programática desses dispositivos, orientados menos no sentido de conceder direitos subjetivos aos indivíduos e mais no sentido de orientar a ação governamental dos Estados, faz com que sua violação dificilmente possa sofrer sanção. Afinal, as medidas positivas referidas, antes de serem definidas pelo direito aplicável, pertencem ao domínio discricionário dos governos.

O que se pode dizer, numa primeira análise, é que tais normas **(de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos)** <sup>(37)</sup>, por sua especificidade, fogem à possibilidade de controle, quer por órgãos assecuratórios nacionais, quer por aqueles internacionais. Diante disso, a preocupação dos juristas americanos de condensar todos os direitos num mesmo documento guarda como mérito apenas o fato da economia jurídica em si. Porém, o desejo de não se operar distinção entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os econômico-sociais, de outro, resulta, na prática, frustrado. Que dizer, de uma não-distinção que acaba distinguindo em face da sujeição por uma categoria, e a não-sujeição pela outra, ao controle operado pelos mecanismos assecuratórios? Ora, o mesmo efeito teria ocorrido caso se optasse pela técnica adotada na Europa <sup>(38)</sup>.

Para concluir, pode-se afirmar que o tratado europeu é mais homogêneo que o americano, quer sob o aspecto dos direitos protegidos, quer sob o aspecto do grau de eficácia de suas normas. Entretanto, a convenção americana, a despeito de uma falta de homogeneidade, por um lado, e da eficácia reduzida de algumas de suas normas, por outro, agrupa um conjunto mais amplo de direitos protegidos.

---

(35) Art. 19: "Toda criança tem o direito às medidas de proteção que exige sua condição de menor, da parte da família, da sociedade e do Estado".

(36) Sobre isso, conferir no capítulo II. Ítem específico.

(37) Ainda, mais uma vez, emprestamos categoria desenvolvida por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Convém lembrar que as normas de eficácia limitada correspondem àquelas, chamadas, por CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO, de (quanto ao modo de incidência) normas de integração complementáveis e de (quanto à produção de efeitos) normas de eficácia parcial complementáveis.. Cf. os autores referidos, *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982.

(38) O Conselho da Europa, como sabemos, preferiu tratar de direitos de natureza distinta por meio de distintos tratados. Note-se que, no contexto do Conselho da Europa, os direitos econômicos e sociais são afirmados na Carta Social Européia (Turim, 18 de outubro de 1961).

## § 2º O universo de aplicação

O segundo aspecto ao qual queremos chamar a atenção é o relativo ao universo de aplicação dos direitos declarados. Trata-se, neste particular, de verificar os limites (e, portanto, o alcance) da proteção outorgada pelos dois pactos. Os limites são de três ordens:

I — quanto aos destinatários;

II — quanto ao tempo; e

III — quanto à matéria<sup>(39)</sup>.

I — quanto aos destinatários;

1. Pode-se discutir se a proteção que acordam os dois instrumentos internacionais dirige-se às pessoas em geral, incluindo entre elas as pessoas jurídicas ou morais, ou se é dirigida apenas à pessoa humana, isto é, à pessoa física.

A questão tem algum sentido quando se admite a importância que a doutrina lhe dá. Afinal, nada impede que alguns direitos sejam exercidos pelo homem através da pessoa moral.

Aqui convém citar HERAUD, para quem os destinatários da convenção européia são as pessoas físicas. Ela apenas se dirige às pessoas jurídicas, por meio de certos efeitos<sup>(40)</sup>. É o caso, por exemplo, do reconhecimento do direito de associação, o que pode implicar no reconhecimento da personalidade jurídica dela. Opinião oposta manifesta M. EISSEN<sup>(41)</sup>, para quem o art. 1º do protocolo adicional "confirma que os direitos e liberdades garantidos valem, em princípio, para as pessoas morais como para as pessoas físicas"<sup>(42)</sup>.

Se esta posição é acertada para a situação do instrumento europeu, quer nos parecer que uma ótica similar à de HERAUD, desde que relativizada, parece ser mais condizente com a filosofia da convenção americana. Com efeito, o próprio art. 1º, § 2º, faz uma ligação entre a pessoa e o ser humano<sup>(43)</sup>. Essa operação legitima o entendimento segundo o qual a convenção volta-se, a princípio, para o ser humano. Isso não impede, porém, que possa, no que for possível, ser aproveitada igualmente pelas pessoas jurídicas ou morais.

(39) Neste assunto seguimos, de algum modo, o raciocínio de GUY HERAUD (op. cit., pp. 111-119). Segundo este, o campo de aplicação da Convenção européia se desenvolve segundo quatro dimensões: 1. *ratione personae*, 2. *ratione loci*, 3. *ratione temporis* e 4. *ratione materiae*.

(40) Op. cit., p. 111.

(41) "Colloque organisé par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg sur la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen." *Annales ... op. cit.*, p. 198.

(42) *Idem*.

(43) Art. 1º, § 2º, da Convenção americana: "Aos efeitos da presente Convenção, todo ser humano é uma pessoa."

2. Uma outra questão refere-se à qualidade das pessoas protegidas. Os tratados internacionais normais acompanham a regra da reciprocidade. Diante disso, o universo das pessoas protegidas limita-se aos nacionais dos Estados-Partes. Não é este o caso das duas convenções. Estas, seguindo a filosofia da declaração universal, e atendendo ao verdadeiro sentido de uma política de direitos do homem (com a amplitude que este termo — homem — carrega), dirigem-se a todas as pessoas, de qualquer país ou continente, que se encontrem, definitiva ou temporariamente, no território compreendido pelos Estados a elas comprometidos.

Não é outro o sentido do artigo 1º dos dois pactos. O europeu afirma que "les hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente convention". No mesmo sentido dispõe o pacto americano: "Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente convention et à garantir le libre et pleine exercice à toute personne relevant de leur compétence". Tais direitos, segundo o mesmo art. 1º do texto americano e o art. 14 do seu similar europeu, serão respeitados sem nenhuma distinção fundada sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a origem nacional ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição social.

Mas essa regra não deixa de sofrer exceção. O artigo 16 da CEDH autoriza as partes contratantes a impor restrições à atividade política dos estrangeiros, de tal modo que os direitos de expressão, reunião, associação (sindicalização) e de não-discriminação acabam por sofrer limitações quando se trata do exercício por não-nacionais (44). Tal possibilidade também é aberta pelo tratado americano no que se refere ao exercício dos direitos de associação e de reunião. Esses direitos poderão ser restringidos no interesse da segurança nacional (45). Ora, o tópico **segurança nacional** (46) abre a perspectiva de exclusão de estrangeiros no que se refere ao exercício dos direitos definidos nos arts. 15 e 16 quando em ligação com atividades de cunho político. Entretanto, as medidas restritivas devem ser necessárias e justificáveis.

---

(44) Segundo o art. 16 da Convenção européia, "nenhuma das disposições dos arts. 10, 11 e 14 pode ser considerada como interditando as partes contratantes de impor restrições à atividade política de estrangeiros".

(45) Como se vê, a Convenção americana autoriza apenas indiretamente a imposição de restrições à atividade política de estrangeiros. Tal se opera por meio da noção (tópico) de "segurança nacional", uma das noções previstas nos arts. 15, 16, (relativos aos direitos de reunião e associação) e 13, § 2b (relativo à liberdade de pensamento e expressão) que autorizam a contenção da eficácia jurídica de algumas normas da convenção.

(46) Utilizamos a expressão **tópico** no sentido dado por VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

## II — universo de aplicação quanto ao tempo

1. As duas convenções regulam apenas situações posteriores à sua entrada em vigor. Lembra HERAUD que, se "pour des faits antérieurs, une procédure est encore en cours au moment de l'entrée en vigueur de la convention, la procédure elle-même tombe dans son champ d'application" (47). Cremos que essa colocação, dirigida ao pacto europeu, pode ser transferida sem prejuízo para o pacto americano.

2. Quanto à denúncia dos documentos, os arts. 65 e 78, respectivamente, da CEDH e da CADH prevêm sua possibilidade desde que expirado um prazo mínimo de cinco anos após a entrada em vigor. Devem ser operadas mediante um pré-aviso de 6 (seis) meses no primeiro caso e 1 (um) ano, no segundo. Não obstante a denúncia, nos dois tratados, os Estados contratantes continuam responsáveis pelos atos (podendo constituir uma violação de suas obrigações) praticados anteriormente à data a partir da qual a denúncia produziu efeito (48).

3. Continuemos na análise das condições de aplicação quanto ao tempo. Os dois tratados prevêm medidas derogatórias que podem ser tomadas, unilateralmente, pelos Estados em período de crise. Tais medidas são disciplinadas pelo art. 15 da CEDH e pelo art. 27 da CADH. O recurso pelos Estados contratantes à suspensão ou derrogação deve operar-se por tempo limitado. A convenção americana, neste particular, é mais rigorosa que a européia. Além de exigir que tais medidas sejam tomadas apenas em caso de guerra, de perigo público ou outra situação de crise que ameace a independência ou segurança do Estado, exige, ainda, a imediata comunicação aos demais Estados-Partes (via Secretário-Geral da OEA), bem como a informação das disposições cuja aplicação foi suspensa, e a data fixada para o fim de tais medidas. O pacto europeu, ainda que exigindo, como o precedente, a informação das medidas tomadas e dos motivos que as inspiraram, prevê apenas a comunicação da data a partir da qual as medidas cessaram. Não reclama, pois, no ato da comunicação da suspensão, a previsão do seu tempo de duração.

Em ambos os casos o recurso derogatório das garantias não toca todos os dispositivos convencionados. Os arts. 2º, 3º, 4º (§ 1º) e 7º da CEDH, relativos aos direitos à vida, proibição de tortura e de penas ou tratamentos degradantes, interdição de escravidão e de servidão e ao princípio "nulla poena sine lege", não podem ser derogados.

(47) *Op. cit.*, p. 113.

(48) Dispõe o § 2.º do art. 65 da Convenção européia:

"Cette dénonciation ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie Contractante Intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet". A Convenção americana disciplina o assunto no § 2.º do art. 78, praticamente repetindo o conteúdo expresso acima.

A CADH não autoriza a suspensão de um número maior de direitos, entre os quais aqueles não derogáveis segundo o documento anterior. Certos desses direitos, como veremos adiante, nem mesmo figuram entre aqueles reconhecidos pela convenção europeia. É claro, então, que em face desses dados, o tratado americano oferece, no aspecto em análise, uma proteção mais completa que a convenção europeia.

Entre os direitos que não podem ser derogados temporariamente pelos Estados-Partes à CADH figuram: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; o direito à vida; o direito à integridade da pessoa; a proibição de escravidão e servidão; o princípio da legalidade e retroatividade em matéria penal; o direito à liberdade de consciência e de religião; o direito à proteção da família; o direito ao nome; o direito à proteção da criança; o direito à nacionalidade; os direitos políticos; e mais as garantias indispensáveis à proteção de tais direitos (49).

### III — universo de aplicação quanto à matéria

O terceiro elemento definidor dos limites da proteção vincula-se à matéria objeto dos tratados, a qual pode ter seu alcance reduzido em função de quatro fatores:

1. das reservas formuladas pelos Estados contratantes;
2. da interdição de atos ou atividades contrárias aos direitos garantidos;
3. da interdição de "détournement de pouvoir" na aplicação da convenção (50);
4. das regras de interpretação formuladas pela própria convenção.

1. Os dois primeiros fatores são comuns às duas convenções (51). Mas a europeia é mais cuidadosa, num particular, que a americana. Esta dispõe que as reservas devem ser formuladas em conformidade com a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, subscrita em 23 de maio de 1969. Nada dispõe, porém, quanto à amplitude das reservas. A convenção europeia, por seu turno, dispõe que "as reservas de caráter geral não são autorizadas" (52).

(49) Art. 27, § 2.º

(50) Utilizamos a expressão "détournement de pouvoir" para definir a proibição expressa no art. 18 da Convenção europeia: "Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues". Acompanhamos nesse sentido o raciocínio de M. HEUMANN ("Les Droits Garantis par la Convention européenne des droits de l'homme: étude des limitations de ces droits") in: *Annales ...*, op. cit., pp. 143-161.

(51) Cf. os arts. 64 e 75, respectivamente, dos pactos europeu e americano.

(52) Art. 64, § 1.º

2. O segundo dos fatores, por si só, pode significar uma garantia contra certas atividades que usam os direitos e liberdades para, enfim, combatê-los ou suprimi-los. Os arts. 17 e 29, respectivamente das convenções européia e americana, interditam toda interpretação autorizando um Estado-Parte, um grupo ou um indivíduo, a suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos, ou a restringi-los mais que o previsto. Os termos, dos dois artigos, são praticamente idênticos.

3. Também o terceiro dos fatores, qual seja a proibição de "détournement de pouvoir" na aplicação da convenção, também é uma garantia significativa dos direitos protegidos. Sua previsão localiza-se no art. 18 do pacto europeu, segundo o qual as restrições que são dirigidas aos direitos e liberdades "não podem ser aplicadas senão para a finalidade para a qual foram previstas". Essa previsão resulta, segundo alguns autores, da influência que a doutrina francesa do direito público exerceu sobre os redatores da convenção<sup>(53)</sup>. Tal influência não se fez sentir, diretamente, no pacto americano. Não obstante, o sistema americano também prevê uma garantia contra o excesso de poder na aplicação dos dispositivos convencionados. Trata-se de regra segundo a qual as restrições autorizadas pela convenção devem seguir certos princípios de (a) forma e de (b) fundo. Nesse sentido, aquelas restrições apenas podem ser incorporadas por meio (a) de "leis editadas no interesse geral", visando, unicamente, (b) "aos fins para os quais essas leis foram previstas", ou seja, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais.

4. A fixação de algumas regras de interpretação pelos próprios documentos internacionais (art. 29 da CADH e art. 60 da CEDH) constitui o quarto dos fatores a ilustrar o alcance da proteção proporcionada pelos sistemas regionais europeu e americano. As disposições do tratado americano não podem ser interpretadas como "restringindo o gozo ou exercício de todo direito e de toda liberdade reconhecidos pela legislação de um Estado-Parte"<sup>(54)</sup>, ou como "excluindo outros direitos e garantias inerentes à pessoa humana e que derivam da forma democrática representativa de governo"<sup>(55)</sup>, ou como, ainda, "suprimindo ou limitando os efeitos que podem ter a declaração americana dos direitos e deveres do homem e todos os outros atos internacionais da mesma natureza"<sup>(56)</sup>.

A CEDH, neste aspecto menos completa que a CADH, prescreve que nenhuma das suas disposições poderá ser "interpretada como limitando ou trazendo prejuízo aos direitos do homem e às liberdades

(53) Cf. HEUMANN. *op. cit.*

(54) Art. 29, b.

(55) Art. 29, c.

(56) Art. 29, d.

fundamentais que poderiam ser reconhecidos conforme as leis de toda parte contratante ou toda outra convenção da qual esta parte contratante é parte”.

Uma última nota quanto ao universo de aplicação, relativamente à matéria. A convenção americana faz uma correlação entre os direitos do homem e os seus deveres, admitindo que aqueles possam ser limitados em função destes, notadamente em função dos deveres para com a sociedade. Este princípio é enunciado de tal modo que as liberdades de uns são limitadas pelos direitos e liberdades de outros, pela segurança de todos e pelas “justas exigências do bem comum” (57). É certo que tais limitações não podem ser vistas como suprimindo os conteúdos protegidos, mas apenas adaptando-os à convivência numa sociedade democrática. De qualquer modo não se pode esquecer que tal princípio pode representar, além de outros, mais um canal escapatório para governos que, sob a capa de uma pseudodemocracia, violam ou restringem o exercício dos direitos humanos. Cremos, pois, que a afirmação da vinculação entre direitos e deveres é plenamente dispensável. Ademais, sua função-motor não é outra senão expressar e ratificar um princípio que, implicitamente, já estava presente em toda a extensão do tratado. Afinal, faz parte da própria essência do direito que tal correlação exista. Quer nos parecer, então, que o relativo silêncio da convenção européia talvez seja mais significativo.

### § 3º Os mecanismos protetores

O último elemento caracterizador do alcance da proteção é aquele definido pelas garantias assecuratórias. Elas são de duas ordens:

I — o recurso interno (58) e

II — o recurso aos órgãos constituídos pelas convenções.

Ao lado deste controle direto, as duas convenções prevêem um outro controle, desta feita sem caráter recursal, e destituído de poder sancionatório. Referimo-nos àquele controle operado pela comissão de direitos do homem, na convenção americana, a partir dos relatórios obrigatoriamente para ela remetidos (59), a cada ano, ou a partir daquelas informações requeridas pela comissão no exercício de sua competência, quando ela achar desejável fazê-lo (60). Referimo-nos, ainda, às explicações que os Estados-Partes devem fornecer ao Secretário-Geral do Conselho da Europa, em face da exigência do tratado, a cada demanda. Este procedimento é previsto no art. 57 e tem por finalidade

(57) Art. 32, §§ 1.º e 2.º

(58) Arts. 13 e 25, respectivamente, dos tratados europeu e americano.

(59) Art. 42 do pacto americano.

(60) Art. 41, d.

informar sobre a maneira através da qual os Estados contratantes em seus ordenamentos jurídicos asseguram a aplicação efetiva das disposições contratadas!

Mas, se essa forma de controle pode funcionar como uma técnica de prevenção da violação dos direitos por parte dos Estados, o mecanismo recursal é mais eficaz, podendo sancionar e, portanto, reprimir diretamente a eventual violação.

O recurso interno, antes de mais nada, é aquele oferecido pelas instâncias nacionais. Ele, segundo o artigo 13 do pacto europeu, deve ser efetivo. O pacto americano (art. 25) prevê recurso com o mesmo sentido: que seja simples e rápido ou efetivo. Normalmente os Estados, quer americanos, quer europeus, prevêem, em suas legislações, recursos contra o arbitrário estatal. É o caso, por exemplo, do "recurso por excesso de poder" na Bélgica e França, do *habeas corpus* e "recurso de amparo" nos Estados latino-americanos, além de tantas outras vias <sup>(61)</sup>.

Entretanto, como as convenções têm a vocação para se impor a toda atividade governamental, quer seja judiciária, administrativa ou legislativa, elas podem criar dificuldades naqueles países que não admitem o controle da constitucionalidade das leis. Com efeito, neste caso, uma série de atos que poderiam ser controlados deixam de sê-lo. Para transpor situações como esta, bem como aquela na qual o recurso interno manifesta-se insuficiente, as convenções previram um segundo mecanismo, desta vez internacional, operado por seus próprios órgãos. Referimo-nos, pois, aos recursos interpostos junto à comissão e, indiretamente, cortes européias e americanas de proteção dos direitos do homem.

O recurso pode ser interposto pelos Estados assim como por particulares, grupos deles e organismos não governamentais, desde que esgotadas as vias nacionais compatíveis <sup>(62)</sup>. Há um distanciamento entre as duas convenções a respeito disso. A européia admite, automaticamente, o recurso estatal. Porém, o recurso individual somente

(61) É o caso, ainda, do Recurso Constitucional na Alemanha (Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, S.A. Fabris Editor, 1984) e do Mandado de Segurança, no Brasil (art. 153, § 21, da Constituição brasileira).

(62) Evidente que, para os Estados contratantes, o princípio "do esgotamento das vias nacionais compatíveis" não se aplica. Tal princípio dirige-se apenas aos particulares. Quanto a essa regra há uma distinção entre os pactos americano (de um lado) e europeu (de outro). O tratado europeu fixa simplesmente (art. 26) que a comissão deve ser provocada após o esgotamento das vias de recurso internas. Quanto ao tratado americano, essa regra é relativizada em função: 1) da inexistência na legislação do Estado considerado de procedimento judiciário para a proteção do direito cuja violação é alegada (art. 46, § 2.º, a); 2) do impedimento do acesso ao recurso interno e, finalmente, em função de 3) um atraso injustificado na decisão das instâncias provocadas.

será admitido diante de declaração expressa do Estado reclamado aceitando tal recurso. Com o tratado americano se dá exatamente o oposto<sup>(63)</sup>. Os recursos individuais são admitidos desde logo. Entretanto, para que a comissão possa examinar recursos dos Estados contratantes (evidentemente contra outros Estados contratantes), é mister que estes declarem expressamente reconhecer essa competência.

O distanciamento referido diminui quando se trata de analisar os poderes dos órgãos responsáveis pela solução dos recursos.

*Frente ao pacto europeu, o recurso pode acabar de três maneiras:*

1 — por meio de acordo amigável patrocinado pela comissão, nos termos do arts. 28 e 30. Se isso não for possível, a questão é levada ao comitê de ministros<sup>(64)</sup>;

2 — por meio da manifestação do comitê de ministros do conselho da Europa, tomada à maioria de dois terços, decidindo se houve ou não, da parte do Estado denunciado, violação da convenção. A decisão é tomada caso, decorridos três meses da transmissão do relatório da comissão, a corte não tenha sido provocada. A decisão do comitê de ministros tem caráter obrigatório;

3 — mas, uma vez reconhecida a jurisdição, ou consentida sua intervenção, o processo pode finalizar por decisão da corte europeia de direitos do homem<sup>(65)</sup>. Esta verificará sobre a existência, ou não, parcial ou integral, de violação, por parte de um ou mais Estados contratantes, às obrigações estabelecidas pela convenção<sup>(66)</sup>. As decisões da corte são irrecorríveis<sup>(67)</sup> e definitivas. Deverão ser motivadas<sup>(68)</sup> e têm, como as decisões do comitê de ministros, caráter obrigatório.

Os países-membros devem, nos termos do art. 53, se conformar às decisões da corte. A execução de suas decisões, por outra, é vigiada pelo comitê de ministros, conforme indica o art. 54.

Três, igualmente, são os modos através dos quais pode um recurso ser resolvido em face da CADH:

1 — através de conciliação, isto é, de acordo amigável promovido pela comissão (art. 49);

2 — através de parecer da comissão, desde que, passados três meses da entrega aos Estados interessados do relatório previsto no art. 50, não tenha sido interposto recurso à corte americana de direi-

(63) É o que se depreende da leitura do art. 45 do pacto americano comparado ao art. 25 do seu similar europeu.

(64) Convenção europeia, art. 32.

(65) O art. 44 da Convenção europeia prevê que apenas as partes contratantes e a comissão podem provocar a corte. O reconhecimento da jurisdição da corte deve ser formalizado mediante declaração (art. 46).

(66) Cf. art. 50 do tratado europeu.

(67) Cf. art. 52 do mesmo tratado.

(68) Cf. art. 51, § 1.º

tos do homem. Neste caso a competência da comissão é apenas de parecer ("avis") e não de decisão ("arrêt"). O parecer, embora devendo ser observado, não dispõe da força da decisão, e a única sanção prevista para os Estados que não o acatam é a publicação do relatório retro-referido. Como se vê, esta via de solução poderá ser menos eficaz do que aquela prevista no art. 46 da CEDH. Cremos que, neste ponto, os juristas que redigiram o texto americano foram menos felizes do que seus colegas europeus;

3 — o terceiro modo opera-se por meio de decisão da corte de direitos do homem. Mas esta solução somente ocorrerá em relação àqueles Estados que reconheçam como obrigatória sua competência (art. 62). Uma vez reconhecida a competência da corte, esta pode decidir soberanamente. Sua deliberação é motivada, definitiva e obrigatória.

Não é nosso objetivo discutir longamente se o sistema adotado na Europa é mais eficaz que o americano, ou vice-versa. Teoricamente, em relação às causas que não chegam à Corte, parece que há uma ligeira superioridade daquele sistema sobre este. Mas a prática poderá inverter a hipótese (baseada nos puros fatos normativos). Afinal não são poucos os órgãos que, detendo apenas uma competência de "parecer", não vinculador das decisões posteriores, conferem, em face de sua autoridade moral, verdadeira força obrigatória às suas intervenções. O início da história do "Conseil d'État" francês, bem como a competência inicial da "Seção de Administração do Conselho de Estado" belga em matéria vinculada ao contencioso de indenização, ilustram esta tese<sup>(69)</sup>. No momento, o que se pode afirmar é que, no sistema interamericano, a comissão, desde sua criação e através de suas sucessivas modificações<sup>(70)</sup>, vem realizando um trabalho que em muito

(69) Esses dois órgãos da administração pública, embora guardando apenas uma competência consultativa, adquiriram uma autoridade moral suficiente para impedir qualquer decisão posterior não vinculada aos seus pareceres.

Ver HUBERLANT, Charles, "Notes du Cours de Contentieux Administratif", Faculté de Droit, Université Catholique de Louvain, Belgique, 1964.

(70) Como se sabe, a comissão é anterior à convenção. Ela foi criada em 1959, por ocasião da quinta reunião de consulta, realizada em Santiago do Chile (Resolução VIII). Sua competência num primeiro momento era diminuta. Mas já em novembro de 1965, por ocasião da segunda conferência interamericana extraordinária, a comissão teve alargados seus poderes. Mas foi somente por meio do Protocolo de Buenos Aires que revisou a Carta da OEA, em 1967, que a Comissão teve regularizada definitivamente sua existência. Ela, de "entidade autônoma da OEA", dotada de modestas atribuições, transforma-se em órgão definitivo, um daqueles por intermédio dos quais a OEA realiza seus fins (art. 51, § 3.º, da Carta). Atualmente a comissão realiza duas funções: uma primeira como órgão da OEA; uma segunda como órgão da Convenção americana. Tais funções restam amalgamadas quando se trata daqueles Estados que, membros da OEA, são igualmente partes à Convenção americana sobre direitos do homem.

Sobre isso ver GROS ESPIELL, Hector, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", in: *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1975, pp. 2-55.

contribui para a consolidação de sua autoridade moral. Quanto às cortes, elas parecem corresponder, a princípio, nas duas convenções, a uma mesma arquitetura. Mas apenas o exercício de suas funções nos dirá se a corte americana gozará, na prática, da autoridade que lhe acorda a previsão normativa. O exemplo europeu, quanto a isto, deve ser seguido.

Verificadas, em traços largos, as condições gerais de aplicabilidade dos instrumentos internacionais europeu e americano (e, portanto, o alcance da proteção que tais instrumentos acordam regionalmente aos direitos do homem), cabe emprendermos uma segunda comparação. Desta vez, igualmente sem maiores pretensões, tentaremos dar conta dos direitos protegidos, por uma e outra convenções. A comparação quanto ao conteúdo protegido será objeto do próximo capítulo.

## CAPITULO II — COMPARAÇÃO QUANTO AO CONTEÚDO PROTEGIDO

### § 1º Questão metodológica

A exposição do conteúdo protegido coloca alguns problemas ligados à técnica de apresentação dos direitos. Tais questões ficam ainda mais complexas quando, pela forma mesma de redação das convenções, cria-se uma espécie de sinonímia (relativa) entre os direitos e suas garantias normativas<sup>(71)</sup>. Esta variável impede o emergir de uma exposição que se basearia no agrupamento dos direitos, de um lado, e de suas garantias, de outro.

Poderíamos voltar-nos para um segundo método, mais empírico, que exploraria cada artigo comparado ao seu similar da segunda convenção. O objetivo final seria a construção de um quadro comparativo geral. Essa técnica não é a mais adequada por uma razão essencial: a comparação seria empobrecida pelo seu caráter de precária elaboração. Ademais, exigiria um espaço que não cabe nos limites do presente texto. Não obstante, apresenta uma vantagem: consegue dar conta da comparação, não deixando de lado nenhum elemento. Mas nem por isso iremos adotá-la.

Uma variante mais elaborada desse mesmo método tentaria dar conta dos direitos. Seu objetivo seria fazer o inventário dos direitos

---

(71) RUI BARBOSA (*República: Teoria e Prática*, Petrópolis/Brasília, Vozes — Câmara dos Deputados, 1978, p. 121) chama os direitos de medidas declaratórias, e as garantias, de medidas assecuratórias. Mas a distinção entre as duas noções nem sempre é transparente.

protegidos num e noutro documentos, ver a extensão da proteção assegurada a cada um pelos dois textos, e concluir elaborando uma síntese comparativa que elucidasse a economia geral de cada convenção, assim como as lacunas de uma em relação à extensão da outra. Esta técnica apresenta a vantagem da simplicidade. Entretanto, não deixa, igualmente, de apresentar algumas dificuldades. A primeira (e mais significativa) delas é relativa a uma questão preliminar. Como falar em direitos sem, antes mesmo, definir essa categoria? Os dois pactos, como já afirmamos, distribuem, por entre seus artigos e parágrafos, direitos (conteúdo *stricto sensu*) e garantias normativas (conteúdo *lato sensu*). Estas, não poucas vezes, são enunciadas como direitos, num texto e como garantias (constituindo mero parágrafo num artigo destinado a afirmar outro conteúdo), no outro. Ora, qualquer definição *a priori*, necessariamente abstrata, poderá ser arbitrária, não cobrindo as especificidades relativas a cada convenção. Por essa razão, o método referido não é o mais adequado aos nossos propósitos.

Um terceiro método tentaria referir-se não a direitos, mas a domínios jurídicos protegidos. Esta técnica de exposição tem a vantagem de, no contexto de uma mesma atividade humana, referir-se a um tempo aos direitos e garantias, sem a necessidade de uma prévia delimitação conceitual destes termos. Depois, apresenta a vantagem da síntese, aglomerando vários artigos e parágrafos (relativos a vários direitos e garantias) sob um mesmo título. Este é o método que adotaremos.

Da análise das duas convenções resulta que sete domínios jurídicos principais restam protegidos. São os domínios relativos a: I — integridade corporal; II — liberdade individual; III — atividade intelectual; IV — intimidade; V — atividade social e política; VI — propriedade; e VII — liberdade de locomoção e residência.

Alguns domínios são melhor protegidos por uma das convenções. Outros alcançam, nos dois pactos, uma mesma significação. Mas, de um modo geral, sempre existirão diferenças entre os dois textos quanto a aspectos parciais de cada domínio jurídico. Esta análise caberá ao § 3º do presente capítulo.

Ao lado desse patrimônio comum, há outras dimensões da atividade humana que são objeto de regulação pela convenção americana, não o sendo pela europeia. Tais dimensões serão expostas no § 2º, a seguir:

### **§ 2º Conteúdos regulados pela convenção americana e não regulados pela convenção europeia**

Entre os conteúdos regulados pelo texto americano e não regulados pelo pacto europeu encontramos: I — direito à proteção da honra

e dignidade humana; II — direito ao nome; III — direito de igualdade em face da lei; IV — direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; e V — alguns direitos econômicos, sociais e culturais (72).

### A. Proteção da honra e dignidade humana

O art. 11 da convenção americana apresenta um duplo conteúdo. De uma parte (§§ 1º e 2º), um conteúdo relativo à proteção da dignidade. Este conteúdo assume o mesmo significado da proteção da intimidade no documento europeu. Falaremos dele mais tarde. Mas o § 1º extrapola um pouco essa significação. Ele se propõe a assegurar o reconhecimento da dignidade humana. Quer nos parecer que sua inclusão no texto convencional seja supérflua. Ora, a criação de um documento jurídico internacional e a atuação dos mecanismos de garantia por ele criados não têm outro objetivo que o de reconhecer, e mais do que isso, de promover e proteger a dignidade humana.

O segundo conteúdo apresentado pelo art. 11 refere-se à proteção da honra e da reputação da pessoa humana. Se, em relação ao primeiro conteúdo, o documento americano não apresenta grande inovação em face do disciplinado pelo tratado europeu, a novidade aparece quando se trata do segundo conteúdo. Mas uma possível superioridade do documento americano sobre o europeu, neste particular, deve ser relativizada. Com efeito, tratando-se de norma de eficácia limitada, que se contenta em afirmar o direito ao respeito da honra e ao reconhecimento da dignidade humana, seu alcance resta restrito, identificando-se com um programa de ação a ser observado pelas partes contratantes (assim como pelos órgãos competentes para aplicar a convenção). Somente a jurisprudência da comissão e da corte de direitos do homem poderá nos dizer, mais tarde, se tais normas merecem uma interpretação mais ampla.

### B. Direito ao nome

Conforme o art. 18 da convenção americana, “toda pessoa tem direito a um prenome próprio e ao nome de seus pais ou de um entre eles”. Cabe à lei regular sobre os meios empregados para assegurar esse direito. O mesmo artigo chega a prever ainda, como meio para garantir esse direito, um recurso dirigido à sua satisfação, ou seja, à adoção de um nome.

(72) Note-se que aqui os domínios jurídicos a serem analisados identificam-se, à exceção do domínio, com certos direitos (direito ao nome, direito de igualdade etc.), contrariando, de algum modo, o que dissemos no § 1.º do capítulo II. Mas isso não trará prejuízo à técnica de exposição adotada (comparação de domínios jurídicos e não de direitos), porque no § 2.º, antes de operar-se uma verdadeira comparação, se inventariam os direitos afirmados pelo pacto americano, e que não são declarados pelo tratado europeu.

### C. Direito a uma nacionalidade <sup>(73)</sup>

Esse direito assume três faces:

- 1) direito a uma nacionalidade;
- 2) direito a não ser privado de sua nacionalidade; e
- 3) direito a mudar de nacionalidade.

Uma quarta face não deixa de ser, igualmente, significativa. Disposta no § 2º do art 20, manifesta-se como o direito que tem qualquer pessoa de adquirir a nacionalidade do Estado em cujo território nasceu, no caso de não ter direito a outra nacionalidade.

O reiterado uso desse direito pode conduzir ao desaparecimento da injusta condição de apátrida. Sua aplicação sobre o território americano não parece ser difícil, vez que o critério qualificador da nacionalidade, na maior parte dos Estados daquele continente, é o *jus soli*. A aplicação, entretanto, seria difícil para aqueles países que, como a maioria dos europeus, adotam o critério *jus sanguinis*. Talvez por essa razão, não foi adotado esse direito pela convenção européia.

### D. Direito de igualdade em face da lei

A convenção européia se limita a assegurar, nos termos do art. 14, o gozo dos direitos por ela garantidos, sem distinção alguma. Não há, então, o reconhecimento da igualdade perante a lei com o alcance de princípio geral <sup>(74)</sup>. O projeto do segundo protocolo adicional compreendia essa garantia <sup>(75)</sup>. Entretanto, o protocolo acabou sendo assinado sem ela. Diante disso, permanece a situação segundo a qual, frente à comissão européia, "toda diferenciação não constitui forçosamente uma discriminação" <sup>(76)</sup>.

Tudo se passa diferentemente com o tratado americano. Aqui, no art. 24, encontra-se enunciado o direito à igualdade, em termos largos e generosos:

**"Todas as pessoas são iguais perante a lei; por consequência, elas têm todas direito a uma proteção igual da lei, sem discriminação alguma."**

(73) Veja-se a importância que assume esse direito no sentido de evitar situações inadmissíveis como aquelas a que assistimos na África do Sul. Sobre isso ver BRAECICMAN, Colette. "L'Afrique du Sud au tournant.", jornal *Le Soir*, 12-6-83.

(74) VASAK, Karal. *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 75.

(75) HERAUD, Guy, op. cit., p. 121.

(76) Idem, p. 122. Sobre isso veja-se, ainda, a decisão rendida sobre o pedido ("requête") n.º 104/55 (decisão de 17 de dezembro de 1955). *Annuaire I*, p. 323, apud VASAK, K., op. cit., p. 175.

Não há dúvida, porém, que a aplicação desse dispositivo poderá gerar alguns problemas. Se há possibilidade, desde logo, de se assegurar uma igualdade de todos diante dos tribunais, a situação muda quando se fala de outras esferas da atividade humana. Salários diferenciados, carreiras públicas hierarquizadas, diferenciação da carga tributária etc., como serão vistos estes fatores de desigualdade incorporados, hoje, à própria condição de juridicidade? Não seriam estes fatores de diferenciação a própria matriz de não poucos conceitos caros ao direito público contemporâneo? A ação da comissão e corte será preciosa no sentido de elucidar os limites possíveis de tal conteúdo protegido. O que resta ver é se a interpretação que tais órgãos darão ao direito de igualdade será tão corajosa quanto o fato mesmo de se admitir tal direito, com tal extensão, num documento internacional.

### E. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

O primeiro direito enunciado no capítulo II, relativo aos direitos civis e políticos, é aquele voltado ao reconhecimento, a toda pessoa, de sua personalidade jurídica. Esse enunciado normativo repete, de algum modo, preocupação já acentuada no pacto das Nações Unidas (art. 16) e ausente do texto internacional europeu.

Aventou-se a hipótese de inscrever este direito na convenção europeia, por ocasião dos estudos dirigidos à conclusão do quarto protocolo adicional. Porém, a proposição não chegou a ser aceita<sup>(77)</sup>.

O problema do direito à personalidade jurídica se manifesta como uma questão preliminar: a condição de possuidor (titular) de direitos exige uma condição anterior, qual seja a de ter a qualidade de sujeito de direito. Daí a relativa desnecessidade de proclamação daquela garantia. Tal hipótese se vê fortalecida quando se percebe que a noção de personalidade jurídica é a própria idéia mestra do direito moderno<sup>(78)</sup>. O Estado moderno exige a racionalidade de um direito que não pode subsistir sem a noção de personalidade. Eis por que se pode demandar da utilidade de um tal reconhecimento num texto internacional. Cremos que melhor seria se, nos contextos americano e europeu, se fixassem alguns limites mínimos de **capacidade** jurídica.

(77) A proposição de inclusão foi feita pela assembléa consultiva do Conselho da Europa. O texto da regra seria o seguinte: "Tout individu a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique". *Apud* DE MEYER, Jan., *op. cit.*, p. 25.

(78) POULANTZAS, Nicos (*Hegemonía y dominación en el estado moderno*), Córdoba, *Cuadernos de Pasado y Presente*, 1968) demonstra, sob a perspectiva marxista, a ligação direta entre a categoria de **sujeito de direito** e a de **direito** (capitalista) moderno.

Tal questão tocaria num ponto delicado, principalmente nas Américas; aquele vinculado ao estatuto jurídico dos indígenas<sup>(79)</sup>.

O que acima foi dito, porém, não se aplica quando se trata de um texto internacional de caráter universal, como o pacto de direitos civis e políticos da ONU. Com efeito, aqui aparece claramente a importância do reconhecimento a cada pessoa do direito à personalidade jurídica. Ainda há regiões no mundo não integradas à modernidade, onde imperam relações de produção próximas àquelas escravistas. Ora, sabe-se que o escravo é aquele ser humano destituído, em face do direito, do caráter de pessoa. É, pois, tratado (juridicamente) como coisa, podendo ser objeto de compra, de venda etc., faltando-lhe a liberdade, atributo que, junto à vontade, é o elemento-chave da noção de sujeito de direito. Quem não é livre não tem vontade, não podendo, pois, nem contratar, nem ser titular de direitos<sup>(80)</sup>. Ora acabar com essa situação injusta para qualquer ser humano, este parece ser o objetivo principal do art. 16 do pacto das Nações Unidas.

O que se pode concluir é que o reconhecimento do direito à personalidade assume uma importância consideravelmente maior no âmbito universal do que nos contextos regionais europeu e americano.

#### F. Direitos econômicos, sociais e culturais

A presença desse conjunto de direitos na convenção americana, como já tivemos oportunidade de anunciar, a distancia enormemente daquela promovida pelo *Conseil de l'Europe*. A última se limita apenas a afirmar os direitos civis e políticos, seguindo uma política específica igualmente adotada pela ONU, ao que nos parece.

A maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>(81)</sup> são regulados pelo art. 28, que monopoliza o capítulo dedicado ao tema. A redação final da convenção alterou a forma através da qual, anteriormente, o conselho interamericano de juristas desenvolveu o assunto. Com efeito, o capítulo III do então projeto elaborado em 1959, em Santiago do Chile, compreendia:

##### I — o direito ao trabalho;

(79) Só um exemplo: os indígenas, segundo a legislação brasileira, são equiparados aos menores. Não se incluem, pois, em face do direito, entre aquelas pessoas absolutamente capazes.

(80) Exemplo típico é o estatuto jurídico dos escravos durante o Brasil-Império. (1822-1888) — ano da abolição da escravatura).

(81) Embora alguns dos direitos econômicos, sociais e culturais impliquem para os Estados uma obrigação de prestação negativa (abstenção; exemplo: liberdade sindical), outros implicam em obrigações positivas, caracterizando o que RIVERO, Jean (*Les Libertés Publiques*, 1 — *Les Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1973) chama de direitos-crédito, por oposição aos direitos-liberdade.

- II — o direito dos povos à livre determinação;
- III — o direito à sindicalização;
- IV — o direito à previdência social;
- V — o direito a condições dignas de trabalho;
- VI — o direito a constituir uma família;
- VII — o direito de receber educação;
- VIII — o direito a tomar livremente parte na vida cultural; e
- IX — o direito à propriedade privada, sujeitando seu uso ao interesse social<sup>(82)</sup>.

A técnica afinal adotada em São José da Costa Rica, em 1969, se distancia daquele projeto. Assim é que os direitos à propriedade privada<sup>(83)</sup>, à proteção da família<sup>(84)</sup> e da criança<sup>(85)</sup> foram dispostos entre os direitos civis e políticos. Quanto aos outros direitos econômicos, sociais e culturais, eles são regulados pelo art. 26 já referido, da seguinte forma:

**"Artigo 26. Desenvolvimento progressivo."**

"Os Estados-Partes se comprometem a adotar as providências, tanto a nível interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, para lograr progressivamente a plena efetividade dos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta de Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, pela adoção de disposições legislativas ou por outros meios apropriados."

Como se vê, o artigo não é bastante por si mesmo, fazendo referência expressa à carta da OEA. Este documento, como sabemos, incluiu, por meio do protocolo de Buenos Aires, um conjunto de novas disposições concernentes à proteção da vida social<sup>(86)</sup>, econômica<sup>(87)</sup> e cultural<sup>(88)</sup>, criando, praticamente, uma verdadeira declaração de direitos de natureza econômico-social<sup>(89)</sup>.

(82) BAUER, Carlos Garcia, *op. cit.*, p. 639.

(83) Art. 21 da CADH.

(84) Art. 17 da CADH.

(85) Art. 19 da CADH.

(86) Art. 43 da Carta da OEA.

(87) Art. 31 da Carta da OEA.

(88) Arts. 47 e 48 da Carta da OEA.

(89) GROS ESPIELL, Hector, *op. cit.* p. 19.

Entretanto, o modo de redação desses direitos, como afirma BAUER, "deixa um tanto vaga, e até de certa forma inoperante, a obrigação dos Estados de promover e de proteger os referidos direitos..."<sup>(90)</sup>. Essa tese é reforçada pelo fato de que os próprios dispositivos normativos desculpam — melhor, legitimam até — o não-cumprimento das obrigações estatais, em função de falta de recursos, ou outras razões. O que se percebe, pois, é que tais direitos, sendo de eficácia limitada, não são de aplicabilidade direta e imediata. Não poderão, destarte, a Comissão e Corte de direitos humanos garanti-los. Daí por que, a nível da eficácia jurídica, os direitos econômico-sociais têm o mesmo alcance e a mesma garantia, quer no sistema europeu (Carta Social Européia), quer no sistema interamericano, não obstante a diferença de técnicas utilizadas. A natureza das normas (técnica de redação) assim como a natureza especial da matéria, em menor grau, não permitirão uma intervenção pronta dos mecanismos institucionais de controle (embora a previsão da atuação destas se estenda até o controle da matéria em análise). O que se tem que desejar, portanto, é que novos protocolos precisem com mais vontade as normas dirigidas à proteção dos direitos econômico-sociais. Faltando isso, tais direitos poderão restar letra morta, não justificando sua presença num documento internacional que se quer como o aglomerador de normas dotadas de um mínimo de eficácia.

#### G. Outros direitos

A comparação entre os textos americano e europeu pode se estender ainda sobre outros domínios jurídicos. É o caso, por exemplo, de certas garantias relativas à liberdade individual presentes no documento europeu, mas não no americano.<sup>(91)</sup> É o caso, ainda, de certos aspectos dos direitos políticos, do direito de asilo e do direito de retificação ou resposta presentes no texto americano, mas não no europeu. Tratando-se de direitos e garantias que podem se situar, sem dificuldade, nos domínios gerais que analisaremos a seguir, eles serão tratados, junto com estes, na próxima seção.

#### § 3º Conteúdos regulados pelas duas convenções

Trata-se aqui não somente de expor os domínios regulados, ao mesmo tempo, pelos dois instrumentos internacionais, mas de, também, analisar a amplitude com a qual tais domínios são regulados num e noutro documentos

(90) BAUER, Carlos Garcia, *op. cit.*, p. 542.

(91) Leia-se, quanto a isso, o que dizemos, mais tarde, sobre a proteção da segurança e liberdade individuais.

## A. Proteção da vida e integridade pessoal

A proteção da vida e integridade pessoal compreende três dimensões distintas:

I — uma primeira relativa ao direito à vida;

II — uma segunda ligada à integridade da pessoa; e

III — uma terceira identificada com a interdição de escravidão, servidão e trabalho forçado.

Vejamos como cada dimensão se apresenta:

### A.1. Direito à vida

Art. 1º do pacto de direitos civis e políticos da ONU; arts. 2º da convenção europeia e 4º da americana. O direito à vida no contexto do conselho da Europa é reconhecido com limites mais precisos. Tal limitação de conteúdo se operou, certamente, com o sentido de adequar-se a legislação dos Estados-Partes àquela norma presente no tratado. Diante disso o alcance desse direito, sem o qual os demais perdem a razão de existir, foi diminuído. Segundo o pacto europeu, o direito à vida deve ser protegido pela lei, não podendo a morte ser infligida intencionalmente. Entretanto, admite-se a pena de morte, desde que pronunciada por tribunal.

O texto americano é mais generoso, exigindo não só a proteção do direito à vida, mas igualmente o respeito à vida, ela mesma, de cada pessoa. Por outro lado, se no instrumento europeu a questão do aborto não é resolvida (até que ponto o aborto contraria o direito à vida?), o mesmo não se passa com o tratado da OEA. Aqui, com efeito, prescreve-se que a vida deve ser protegida. "em geral, a partir da concepção". Percebe-se, igualmente, no texto americano um desejo de restringir, ao máximo, a pena de morte no solo americano, chegando-se mesmo a proibir sua aplicação àqueles crimes que ela não sanciona no momento<sup>(92)</sup>, bem como a sua adoção por aqueles Estados que a aboliram<sup>(93)</sup>. Proíbe-se, ainda, a sua aplicação a crimes políticos e aos de direito comum a estes conexos (§ 4º do art. 4º), norma que assume uma importância considerável nas Américas. Além disso, a pena de morte não pode ser aplicada àquelas pessoas que no momento do crime estiverem com menos de 18 ou mais de 70 anos. Não poderá igualmente ser aplicada às mulheres grávidas<sup>(94)</sup>.

Apenas no espaço (reduzido) exterior àquelas limitações poderá a pena de morte ser infligida. Entretanto deve ela ser circunscrita aos

(92) § 2º do art. 4º da CADH.

(93) § 3º do art. 4º da CADH.

(94) § 5º do art. 4º da CADH.

crimes mais graves e ser pronunciada por tribunal competente<sup>(86)</sup>. Não obstante isso, toda pessoa condenada à morte poderá, em qualquer caso, pedir a comutação da pena, a graça ou a anistia, não podendo ser a sentença executada enquanto tal pedido se encontrar pendente de resolução, segundo o § 6º do art. 4º da CADH.

Como se vê, a pena de morte chega a ser praticamente abolida do solo americano, o que não se passa em território europeu.

Mas, se neste aspecto o tratado da OEA é mais generoso que o do CE, o mesmo não se passa em relação à previsão da privação do direito à vida. Com efeito, o primeiro pacto afirma que ninguém pode ser privado de sua vida "arbitrariamente". Ora, o arbitrário, no direito moderno, recobre uma área de atividade identificada com a ilegalidade. Por essa via, desde que a lei o admita, ou que a jurisprudência assim entenda, poderá o direito aceitar, fora dos casos de aplicação da pena de morte, a privação do direito à vida, não sancionando (ou punindo) quem a patrocinou. O acordo europeu, ao invés de empregar a fórmula vaga "arbitrariedade", preferiu indicar os casos em que a morte infligida a alguém não pode ser considerada como violando o direito à vida<sup>(86)</sup>. Cremos que esta fórmula, embora menos dinâmica que a outra, é por vezes a mais segura.

## A.2. Direito à integridade da pessoa

A convenção europeia (art. 3º da CEDH) não admite que o ser humano seja submetido à tortura, nem a penas desumanas ou degradantes. O mesmo ocorre com o tratado americano. Este, mais amplo, prevê o direito ao respeito da integridade física, psíquica e moral<sup>(87)</sup>.

O art. 5º do acordo da OEA relativo ao direito à integridade da pessoa contém, ainda, outras disposições que serão vistas quando tratarmos da proteção da liberdade e segurança pessoais. Quanto às proibições enunciadas no parágrafo precedente, elas são absolutas, não contendo nenhuma exceção. As normas que as prevêem são inintegráveis<sup>(88)</sup>, de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

(86) § 2º do art. 4º da CADH

(86) Art. 2º, § 2º, a, b e c, da CEDH.

(87) Art. 5º da Convenção americana sobre direitos humanos.

(88) O alcance dessas normas não pode ser, pois, nem completado (ou reforçado), nem restringido. Utilizamos aqui conceitos desenvolvidos por CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AYRES DE BRITO in: *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, op. cit.

### A.3. Interdição de escravidão, servidão e trabalho forçado

O acordo americano, de certa forma, repete o conteúdo protegido pelo acordo europeu. Mas completa-o, de algum modo, com algumas disposições ausentes naquele. Assim é que ninguém será mantido em escravidão ou servidão<sup>(99)</sup>, nem será obrigado a executar trabalho forçado ou obrigatório<sup>(100)</sup>. O pacto do CE indica (art. 4º, § 3º) os casos em que certos trabalhos legalmente obrigatórios não serão tidos como forçados (no sentido do tratado), o mesmo ocorrendo com o tratado da organização americana. É o caso do trabalho de caráter militar, daquele requisitado em caso de perigo e calamidades que ameaçam a vida em comunidade, e aquele decorrente das obrigações cívicas normais<sup>(101)</sup>. É o caso, ainda, do trabalho exigido de pessoas submetidas a detenção.

Quanto ao último aspecto, o acordo americano é mais estrito e rigoroso que o europeu. Seguindo a filosofia do pacto da ONU (direitos civis e políticos, 1966), o primeiro autoriza o trabalho obrigatório apenas para aquelas pessoas detidas em "execução de sentença ou decisão formal de autoridade judiciária competente"<sup>(102)</sup>. Essa exceção é mais precisa (e portanto menos perigosa) que aquela adotada pelo pacto do CE. Aqui, tal trabalho poderá ser exigido de pessoas detidas "nas condições previstas pelo art. 5º . . .". Ora, como lembra oportunamente DE MEYER, "certas categorias de pessoas privadas de sua liberdade em razão do art. 5º não devem necessariamente estar detidas em razão de uma decisão da justiça"<sup>(103)</sup>. Tal ocorre, por exemplo, com os menores, com os doentes contagiosos, com os bêbados, com os toxímanos, com os alienados, bem como com os vagabundos.

O tratado americano precisa, ainda, as condições limitativas do trabalho forçado: ele não deve prejudicar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do detido. Tal restrição não é encontrada no texto europeu. Pode-se, porém, suprir-se esta lacuna, aplicando-se à situação o disposto no art. 3º, que proíbe tratamentos ou penas degradantes ou desumanos. De qualquer modo este dispositivo também é afirmado pela convenção da OEA. Uma vontade de rigor e zelo para com a dignidade humana orientou este pacto no sentido de enfatizar o contido no art. 6º, § 2º

(99) Art. 6º, § 1º, da Convenção americana sobre direitos do homem.

(100) Art. 6º, § 2º e § 3º do mesmo tratado.

(101) Compare-se o disposto no § 3º da CADH com o disposto no § 3º do art. 4º da CEDH.

(102) Art. 6º, § 3º, a.

(103) DE MEYER, Jan., *op. cit.*, p. 38.

## B. Proteção da liberdade e segurança individuais

### B.1. Princípio

Os arts. 7º e 5º, respectivamente, dos acordos americano e europeu, com maior ou menor intensidade, proclamam o direito à liberdade e segurança individuais. O mesmo direito é objeto do art. 9º do pacto da ONU.

A convenção do CE estabelece, ela mesma, as situações em que, juridicamente, a privação da liberdade é legítima. O pacto americano deixa a disciplina dessa matéria às Constituições dos Estados contratantes, bem como às leis promulgadas conforme as disposições daquelas. Esta fórmula, sendo mais aberta, pode dar lugar a um número maior de situações excepcionais que autorizam a privação da liberdade de alguém. Essa mesma técnica foi, igualmente, adotada pelo pacto da ONU. Seu inconveniente é que abandona à lei o poder de definir os motivos das privações do direito de liberdade, acordando, em consequência, aos Estados contratantes uma enorme liberdade de apreciação<sup>(104)</sup>.

O texto europeu exige, ainda, para as arrestações e detenções, que elas, além de se limitarem aos casos previstos no art. 5º, sejam regulares, isto é, que obedeçam às prescrições fixadas pela lei para que aqueles procedimentos tenham lugar. O pacto americano se limita a desautorizar as detenções e arrestações "arbitrárias"<sup>(105)</sup>. A redação não atinge o grau de precisão do instrumento da CE. Afinal, o que é arbitrário? O ilegal ou o injusto? Quer nos parecer que, para o direito moderno, como antes dissemos, legalista por excelência<sup>(106)</sup>, o arbitrário corresponde à esfera da ilegalidade. Assim considerando, a linguagem usada pela CADH corresponde ao adjetivo **regular** preferido pelos europeus. Neste sentido, nos casos prescritos em lei (lei ou Constituição dos Estados contratantes), a prisão de qualquer pessoa somente ocorrerá se de acordo com as regras de forma e de fundo previamente estabelecidas para a execução daquele ato.

Um último aspecto a ser ressaltado a nível do princípio é o relativo à proibição da privação da liberdade por "divida"<sup>(107)</sup> (exceto no caso de inexecução de obrigações alimentares). O texto americano assim disposto é mais generoso que o tratado europeu. Este interdita a privação do direito de liberdade no caso de "inexecução de obrigação contra-

(104) Idem, p. 40.

(105) Art. 7º, § 3º, da CADH.

(106) SALDANHA, Nelson. *Legalismo e Ciência do Direito*. São Paulo. Atlas, 1977.

(107) Art. 7º, § 7º, da CADH.

tual" (108). Quer nos parecer que a palavra "dívida" compreende toda sorte de dívidas civis, inclusive aquelas relativas a obrigações públicas como, por exemplo, as fiscais. Não é esse o sentido da expressão utilizada pelo pacto europeu, a nosso ver, com conteúdo mais limitado, já que não engloba aquelas dívidas não resultantes de contrato (109). Mas uma possível superioridade do sistema americano, concernente ao assunto em análise, deve ser relativizada. Note-se que nesta proíbe-se a prisão de alguém por motivo de dívida; no pacto europeu proíbe-se que alguém seja "privado de sua liberdade". Esta redação oferece mais ampla proteção neste aspecto, pois a interdição prevista diz respeito a "toda forma de privação, momentânea ou durável da liberdade. . ." (110), e não simplesmente à prisão.

Como se vê, aqui, enquanto o tratado europeu é mais favorável à proteção da liberdade sob um aspecto determinado, o tratado americano o é, igualmente, mas em relação a aspecto diverso.

## B.2. Garantias da pessoa privada da liberdade

### a) direito de ser informado das razões da arresação

A informação deve ser dada no prazo mais curto possível. Tal garantia é assegurada pelos arts. 5º, § 2º, e 7º, § 4º, das Convenções européia e americana, respectivamente.

### b) direito de ser logo levado à frente do juiz

Quer nos parecer que o art. 7º, § 5º, da Convenção americana tem sua origem no art. 5º, § 3º, do pacto europeu. Não obstante, não apresentam alcance idêntico. A disposição da segunda Convenção diz respeito apenas às detenções previstas no § 1º, C, do mesmo artigo (111). Quanto à primeira, esta dispõe sobre o assunto em termos mais largos. Neste caso, toda pessoa detida deve ser levada à presença do juiz, ou autoridade habilitada pela lei para exercer atribuições judiciárias. Isso, sem exceção alguma.

(108) Art. 1.º do Protocolo n.º 4 à Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

(109) Não podemos nos esquecer, porém, de que há teorias que defendem a natureza bilateral do lançamento tributário, o que seria suficiente para caracterizar as dívidas fiscais como, igualmente, contratuais.

(110) DE MEYER, Jan., *op. cit.*, p. 49.

(111) Isto é, aquelas detenções efetivadas em vista de levar o detido à autoridade judiciária. Não se refere, então, aos demais casos de privação de liberdade previstos pelo § 1.º do art. 5.º (detenção por insubmissão a ordem rendida por tribunal; detenção de menor; de doente portador de doença contagiosa; de alienado, alcoólatra, toxicômano ou vagabundo etc.)

Os dois instrumentos reconhecem, ainda, o direito de todo acusado ser julgado sem demora injustificada, ou de aguardar o julgamento em liberdade.

### **c) direito de um recurso**

Trata-se de um recurso de natureza judiciária, a fim de que se decida sobre a legalidade da prisão, e sobre a liberação do detido, se a prisão é ilegal. O recurso deve ser decidido em "curto prazo", segundo a CEDH, e "sem demora", segundo o contrato americano (112). Este prevê, ainda, recurso similar que objetive proteger a liberdade em face da ameaça de privação ilegal. Porém, o mais interessante é a disposição segundo a qual qualquer pessoa pode exercer o direito, não necessitando ser, obrigatoriamente, aquela que se encontra privada do exercício da liberdade individual. Esses aspectos todos chegam a delinear a arquitetura do *habeas corpus*, recurso originário da experiência jurídica inglesa, e adotado, hoje, por não poucos Estados americanos (113).

### **d) direito de obter uma reparação em caso de arresação ou de detenção arbitrária**

Segundo K. VASAK, a reparação prevista pelo art. 5º, § 5º, do pacto europeu somente será outorgada no caso de arresação ou detenção contrárias às condições estabelecidas no art. 5º "Será assim, por exemplo, quando a privação da liberdade não entra em nenhum dos seis casos limitativos enumerados, ou quando o detido não foi julgado num prazo razoável. Uma pessoa mantida em prisão preventiva e liberada em seguida não será indenizada senão no caso em que a duração de sua detenção foi julgada excessiva em comparação às acusações que pesavam sobre ela" (114).

Esse direito não é previsto pela CADH.

### **e) direito de reparação em caso de condenação ou erro judiciário**

Em compensação esta convenção (CADH) prevê, nos termos do art. 10, indenização em caso de condenação por julgamento definitivo

(112) Art. 5º, § 4º da CEDH e art. 7º, § 6º, da CADH.

(113) Sobre o *habeas corpus* há uma extensa bibliografia. Limitar-nos-emos a citar MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus: Direito Constitucional e Processual Comparado*. 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1979.

(114) VASAK, K., *op. cit.*, p. 26. Cf. decisão de 3-6-60 relativa ao pedido n.º 653/60. Também decisão de 19-12-61 relativo ao pedido n.º 920/60. Recueil n.º 8, p. 46.

fundado em erro judiciário. Esse direito não figura entre os acordados pelo tratado europeu.

#### **f) direitos relativos ao regime penitenciário**

Essas garantias são asseguradas unicamente pelo pacto americano. Referimo-nos ao direito de ser tratado com dignidade (art. 5º, § 2º), e às garantias relativas à separação dos detidos preventivamente daqueles condenados (art. 5º, § 4º), à separação do menor dos adultos (art. 5º, § 5º), e à finalidade educativa da pena (art. 5º, § 6º).

### **B.3. Direito a uma boa administração da justiça**

#### **a) direitos garantidos a toda pessoa**

##### **a.1) direito a um recurso efetivo**

Esse direito é acordado por ambas as convenções (arts. 13 da CEDH e 25 da CADH), embora de modo distinto. Na sistemática europeia há uma ligação estreita entre os direitos protegidos pela convenção e o recurso efetivo. Este não tem existência autônoma, só vivendo em função da convenção<sup>(115)</sup>. Tudo se passa diferentemente no sistema interamericano. Lá, o recurso tem por função não apenas garantir os direitos reconhecidos pelo pacto americano, mas todos os direitos fundamentais reconhecidos pela lei ou Constituição dos Estados contratantes. Por outro lado, além da efetividade, a convenção de 1969 exige que o recurso seja simples e rápido. Diante dessas disposições, no âmbito da OEA, o recurso referido deixa de ser mero mecanismo assecuratório da convenção, para se transformar em garantia instrumental de todos os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos dos países-partes.

##### **a.2) direito a um processo equitativo**

Nos termos do art. 8º, § 1º, da CADH, “toda pessoa tem direito a que sua causa seja atendida com as garantias desejadas, em um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei, que decidirá do fundamento de toda acusação dirigida contra ela em matéria penal, ou determinará seus direitos e obrigações em matéria civil, assim como nos domínios do trabalho, da fiscalidade e em todo outro domínio”. Esta regra não

(115) De fato, a Convenção exige um recurso efetivo frente às instâncias nacionais, tendo em vista unicamente os direitos por ela garantidos. Sobre isso ver VASAK, K, *op. cit.*, pp. 27-29.

se separa radicalmente do estabelecido no art. 6º, § 1º, do documento europeu, segundo o qual "toda pessoa tem direito a que sua causa seja atendida equitativa e publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei..."

## **b) direitos garantidos a todo acusado**

### **b.1) legalidade dos delitos e das penas**

Talvez o mais importante dos direitos a serem considerados sob a rubrica "direitos a serem garantidos a todo acusado" seja o relativo à legalidade (e retroatividade) em matéria penal. E aqui, mais uma vez, as concepções que informam uma e outra convenções se apartam. Não obstante isso, adotam um mesmo princípio inicial:

— não há crime, ou infração penal, sem que o direito anteriormente tenha definido tal ação ou omissão como tal (arts. 7º, § 1º, da CEDH e 9º da CADH);

— não pode ser infligida pena mais forte que aquela cominada no momento da ação ou omissão qualificada como delituosa (arts. 7º, § 2º, da CEDH e 9º da CADH).

A diferença aparece em função do direito à retroatividade da lei penal mais favorável. Segundo o pacto americano, a pena posterior mais leve, cominada para a infração, deve retroagir. Esse princípio não é mencionado pelo tratado da CE.

Radicaliza-se a diferença anunciada quando se observam as concepções de legalidade penal que presidem às formulações dos dois documentos. Segundo a convenção americana, só há infração penal quando, no momento da ação ou omissão, estas eram tidas como antijurídicas em face do direito aplicável, isto é, em face da norma penal anterior de caráter legislativo. Não se passa assim no tratado europeu. Segundo este, é admissível "o julgamento e a punição de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, ao momento em que ela foi cometida, era criminal diante dos princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas" (116).

Explica-se este dispositivo como um meio de não se condenar, e mesmo de se legitimar, a ação do Tribunal de Nuremberg após a Segunda Grande Guerra. Entretanto, a elasticidade inerente à noção utilizada (tópico) não deixa de carregar um certo perigo mesmo para

(116) Art. 7º, § 2º, da CEDH.

os direitos do homem, razão pela qual o texto americano, posterior ao europeu, não quis seguir, neste particular, a mesma filosofia jurídica.

## **b.2) outros direitos e garantias**

### **(I) matérias comuns:**

1. direito a presunção de inocência (arts. 6º, § 1º, da CEDH e 8º, § 2º, da CADH);
2. direito de ser informado sobre a natureza da acusação (arts. 8º, § 3º, da CEDH e 8º, § 2º, b, da CADH);
3. direito de dispor do tempo e facilidades necessárias à preparação da defesa (arts. 6º, § 3º, b, da CEDH e 8º, § 2º, c, da CADH);
4. direito de defesa, compreendido direito de ser assistido por defensor, inclusive, advogado dativo, se for o caso (arts. 6º, § 3º, c, da CEDH e 8º, § 2º, d, e e, da CADH);
5. direito de se fazer assistir, gratuitamente, por um intérprete, se necessário (arts. 6º, § 3º, e, da CEDH e 8º, § 2º, a, da CADH);
6. direito de obter a convocação de testemunhas (arts. 6º, § 3º, d, da CEDH e 8º, § 2º, f, da CADH).

### **(II) matérias protegidas unicamente pela convenção americana:**

1. direito de se comunicar livremente com o defensor, sem testemunha (art. 8º, § 2º, d);
2. direito de o acusado não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, ou a se declarar culpado (art. 8º, § 2º, g);
3. direito de interpor apelação junto a tribunal superior (art. 8º, § 2º, h);
4. interdição de *bis in idem* em matéria penal (art. 8º, § 4º);
5. garantia relativa à publicidade do processo penal (salvo exceções no interesse da justiça) (art. 8º, § 5º).

Ao lado dos direitos acima, todos ligados à matéria de natureza penal, podemos citar um último, previsto apenas pelo contrato americano. Trata-se da garantia relativa não apenas aos acusados, mas a toda pessoa, de que a pena será individual, não tocando senão o condenado (art. 5º, § 3º, da CADH).

## C. Proteção da Intimidade

### C.1. Princípio

Os dois pactos garantem, de uma maneira não muito diferente, o respeito à vida privada e familiar, ao domicílio e correspondência. O art. 11, § 2º, do tratado americano dispõe que "ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na vida de sua família, no seu domicílio ou em sua correspondência..." A convenção européia protege um mesmo conteúdo, mas em termos positivos: "toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência" (117).

### C.2. Delimitação do conteúdo protegido

Como se pode verificar, tal princípio pode se desdobrar em dois domínios jurídicos protegidos. Um primeiro domínio relativo à vida familiar (direito ao respeito da vida familiar) e um segundo domínio, relativo à proteção da vida privada (proteção do domicílio e da correspondência).

Uma terceira dimensão da proteção da intimidade é assegurada pelo direito de se casar e fundar uma família, anunciado pelos arts. 12 e 17 das Convenções, respectivamente, européia e americana. O alcance dos dois artigos parece ser o mesmo. Há que se verificar, entretanto, se o mesmo pode ser dito dos dois domínios citados no parágrafo anterior.

Dois elementos são reveladores da extensão da garantia, em cada documento. Um primeiro, apto a dizer quem é titular da obrigação de respeitar a intimidade do ser humano. Quanto ao segundo, ele se dirige a dizer quais são os casos em que os direitos derivados da proteção à intimidade podem sofrer restrição, e quem pode operar tais restrições.

Em relação à primeira questão, as duas Convenções se identificam. Qualquer pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada, familiar e de seu domicílio e correspondência. O direito é oponível *erga omnes*, sendo, também, toda e qualquer pessoa titular da obriga-

---

(117) Art. 8º, § 1º, da CEDH.

(118) Como demonstra EISEN, Marc-André. ("La Convention et les Devoirs de l'individu", *Annales de la Faculté* ..., op. cit. 187-194), a Convenção européia (e este é igualmente o caso da americana) impõe obrigações aos Estados, assim como aos particulares. O problema é que ela não prevê nenhuma sanção internacional direta à inobservância daquelas obrigações dos indivíduos.

ção negativa vinculada a tal direito. Mas essa afirmação deve, entretanto, ser aceita com reservas. É que os particulares não são responsáveis em face das Convenções (118). Diante disso, esse direito não é, via convenção, diretamente oponível a particulares. Mas o é contra o Estado. Resta que, pela natureza mesma do direito à intimidade, a obrigação de respeitá-lo cabe, antes de tudo, ao Estado. Este deve, aos olhos das Convenções, desempenhar duas funções: uma primeira voltada para a organização da proteção ao nível interno, punindo as ingerências ilegais dos particulares. Uma segunda função diz respeito à obrigação de prestação negativa por ele mesmo devida, ou seja, ao dever de abstenção em face da intimidade de seus cidadãos (119).

Em face do segundo elemento (ou, antes, questão) a Convenção européia é mais precisa. A redação do artigo parece indicar que são permitidas apenas ingerências da autoridade pública. Este não é o caso do acordo americano, que silencia a respeito. Nos dois casos, porém, as ingerências devem se dar apenas em certos casos. Mais uma vez aqui, a garantia acordada pelo instrumento europeu é mais precisa. A autoridade pública não pode se imitar no exercício, por qualquer pessoa, dos direitos relativos à proteção da vida privada, familiar etc., senão quando autorizada pela lei. Mas o domínio de discricionariedade do legislador não é absoluto. A atividade do poder público deve se limitar às medidas admitidas numa sociedade democrática (o que diminui a intensidade da ingerência), e apenas com o objetivo de perseguir uma das seguintes finalidades: 1. segurança nacional; 2. segurança pública; 3. bem-estar econômico do país; 4. defesa da ordem; 5. prevenção de infrações penais; 6. proteção da saúde ou da moral; e 7. proteção dos direitos e liberdades dos outros (120).

Já o tratado americano se limita a interditar "ingerências arbitrárias ou abusivas". A fórmula adotada é ampla, permitindo a concomitância de não poucas interpretações diferentes. Entretanto, o art. 11, § 3º, prevê que os direitos relativos à vida privada, familiar etc. devem ser protegidos pela lei. Quer nos parecer que, no texto da OEA, o caráter *arbitrário* da ingerência poderá ser definido em função de sua legalidade ou ilegalidade. Quanto ao caráter *abusivo*, ele poderá ser medido pela intensidade da ingerência estatal. Exige-se que ela, em face do *senso comum teórico dos juristas* (121), seja razoável, ou que não escape à razoabilidade, ponto a partir do qual será ilegítima por abusiva. Tal interpretação encontra seu fundamento na disjun-

(119) Isto é, em face da vida privada e familiar dos seus cidadãos.

(120) Art. 8º, § 2º

(121) Categoria desenvolvida por WARAT, Luis Alberto in: *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre, Síntese, 1979.

ção ou que acompanha, segundo a redação do § 2º do art. 11, os conceitos "arbitrária" (ou) "abusiva" (122). Diante do exposto, a ação estatal deverá ser legal (nada de arbitrariedade), e mais do que isso, razoável (não abusiva). Se esta for a interpretação adotada pela Comissão e Corte de direitos do homem, então a proteção acordada pelo tratado americano poderá chegar próxima daquela oferecida, na mesma área, pela Convenção europeia.

#### D. Proteção da atividade intelectual

A atividade intelectual é assegurada pelo art. 9º do tratado europeu e pelos arts. 12 e 13 do tratado americano. Os direitos relativos ao exercício de tal atividade podem ser vistos sob três ângulos. Um primeiro ângulo (D.1.) diz respeito à liberdade de pensamento, consciência e religião; um segundo (D.2.) refere-se à liberdade de expressão desses direitos e um terceiro aspecto (D.3.) refere-se à liberdade dos pais concernente à educação de seus filhos (123).

D.1. No que se refere ao primeiro ângulo, uma comparação entre as Convenções permitirá ver que os direitos derivados da atividade intelectual assumem, em todas as duas, um mesmo princípio-mestre, com mesmo alcance. Esses direitos referem-se à liberdade de guardar uma religião (ou uma crença) e, ainda, de mudar de religião ou de crença, assim como à liberdade absoluta de pensamento (124).

D.2. O segundo ângulo anunciado exige mais atenção e será analisado por último.

D.3. Quanto ao terceiro aspecto referido, também as duas Convenções se orientam num mesmo sentido. Assim é que, tanto em um caso, como no outro, os pais poderão exigir que seus filhos recebam educação religiosa e moral conforme suas próprias convicções. A única diferença é que tal direito é assegurado, de igual modo, nas Américas, aos tutores em face de seus pupilos. Aqui, o tratado europeu silencia (125).

---

(122) Note-se a diferença de sentido: "arbitrária e abusiva": "arbitrária ou abusiva". A segunda fórmula favorece uma proteção mais precisa do direito à intimidade.

(123) Art. 2º do Pacto Adicional à Convenção europeia. Art. 12. § 4º, da Convenção americana.

(124) Esses direitos não são submetidos a restrições de qualquer ordem.

(125) De qualquer modo, uma interpretação extensiva do art. 2º do protocolo adicional seria suficiente para incluir os tutores no universo de significação compreendido pelo termo "pais".

## D.2. Liberdade de manifestação e expressão

### a) Liberdade de manifestação religiosa

A liberdade de cada um manifestar sua religião e suas convicções (ou crenças) é protegida pelos dois pactos <sup>(126)</sup>. Sob o prisma das restrições aplicadas a essa liberdade, o art. 12, § 3º, do contrato interamericano se limitou a adaptar o art. 9º, § 2º, do tratado europeu. Segundo este, a garantia de tal liberdade não impede que certas restrições ao seu exercício sejam impostas. Tais restrições, sempre previstas pela lei, devem assumir uma função de **necessidade**. Este tópico é temperado com a noção de democracia, de tal forma que a **necessidade** deve ser interpretada no contexto de uma sociedade democrática. Além desta limitação de oportunidade, outras se impõem, desta vez limitando a finalidade das restrições. A finalidade não pode ser outra que assegurar aquelas situações previstas no final do § 2º do art. 9º. A Convenção americana, entretanto, não formula a relação **necessidade-democracia**. Esta é a única diferença, no aqui estudado, entre os acordos.

Quanto ao conteúdo, propriamente dito, da referida liberdade, em ambas as Convenções, é assegurada a manifestação de religião e de crenças, individualmente ou coletivamente, em público ou não. Entretanto, o pacto americano nada diz quanto às modalidades de exercício desse direito. Não é o que ocorre com o acordo europeu, o qual assegura que tal liberdade se manifeste quer através de culto e da prática de ritos, quer ainda por meio do ensino.

### b) Liberdade de manifestação e expressão do pensamento

#### b.1) Princípio

Existem diferenças entre os arts. 13 do tratado americano e 10 daquele europeu. Note-se que o primeiro texto protege os direitos de "procurar", de "receber" e de "divulgar" informação, enquanto o europeu garante apenas os direitos de "receber e divulgar" informações <sup>(127)</sup>. Por outro lado, a generalidade com a qual este pacto afirmou tal liberdade e a maneira exemplificativa através da qual o tratado americano relacionou os meios de exercício dessa liberdade permitem afirmar que, tanto na Europa como no contexto da OEA,

(126) Art. 9º, § 1º, da CEDH e art. 12, § 1º, da CADH.

(127) A liberdade de "procurar" informações dá uma amplitude ao exercício do direito de expressão de pensamento, não admitida pelo documento europeu.

esse direito pode se exteriorizar sob qualquer modalidade, seja ela escrita, artística etc.

### **b.2) Restrições admitidas pela CEDH**

Esta Convenção interdita a “ingerência das autoridades públicas” no exercício da liberdade de expressão do pensamento e opinião. Não obstante, admite que as empresas de radiodifusão, de cinema e de televisão possam ser submetidas a um regime de autorização imposto pelos Estados-Partes. Por outro lado, o exercício da liberdade pode ainda ser submetido a “certas formalidades, condições, restrições ou sanções previstas pela lei”, sempre, na forma do § 2º do art. 10. Essas medidas concedem um campo considerável de ação discricionária aos poderes públicos dos Estados contratantes.

### **b.3) Restrições admitidas pela CADH**

A proteção outorgada por este pacto é mais extensa. Com efeito, ela não admite censura prévia, a não ser nos casos dos espetáculos públicos, mas desde que prevista pela lei e, unicamente, em função da proteção da moral das crianças e dos adolescentes <sup>(128)</sup>. A liberdade de expressão pode ser submetida a um regime de responsabilidade, desde que fixado pela lei <sup>(129)</sup>. Esse regime deve visar, unicamente, “ao respeito dos direitos e a reputação dos outros” e “à salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas <sup>(130)</sup>.”

Garantia importante é a proibição da restrição indireta da liberdade, quer ela se dê por meio de monopólio, público ou privado, dos meios necessários ao seu exercício, quer ela se dê por outro veículo qualquer <sup>(131)</sup>.

Uma última restrição à liberdade de expressão que, na verdade funciona, como verdadeira garantia a essa liberdade, é aquela também objeto de regulação pelo pacto das Nações Unidas, segundo a qual deve ser interdita pela lei “toda propaganda em favor da guerra, ou todo apelo ao ódio nacional, racial ou religioso que constituem incitações à violência...” <sup>(132)</sup>. Esta restrição à livre manifestação do pensamento é exigida em favor da realização da paz entre os homens.

(128) Art. 13, § 4.º, da CADH.

(129) Art. 13, § 2.º, da CADH.

(130) Idem, letras a e b.

(131) Art. 13, § 3.º

(132) Art. 13, § 5.º

### **c) Direito de retificação ou de resposta**

Para assegurar a liberdade de expressão, o pacto americano não se limita a proibir os monopólios e a censura prévia e mesmo a restringir a interferência do poder público. Ele vai mais adiante, prevendo, inclusive, o direito de retificação ou de resposta, ignorado pelo tratado europeu. O art. 14 daquele instrumento serve não apenas para assegurar a liberdade em análise, mas também para garantir o direito à honra e à reputação por ele afirmados. Em princípio, o direito de retificação ou de resposta identifica-se com a possibilidade, dada a toda pessoa, de exigir a publicação da retificação ou resposta pelo mesmo órgão que a ofendeu através de dados inexatos ou de impugnações difamatórias emitidas a seu respeito.

Diante dos dados estudados, a proteção da liberdade de expressão do pensamento parece ser mais ampla e sensivelmente mais significativa no território regulado pelo pacto americano.

## **E. Proteção da atividade social e política**

Através desta rubrica queremos chamar a atenção à garantia dos direitos de reunião e associação (E.1) e dos direitos políticos propriamente ditos (E.2).

### **E.1. Direitos de reunião e de associação**

Estes direitos são previstos em termos generosos pelos arts. 11 da Convenção europeia e 15 e 16 do pacto interamericano. Nos dois casos as restrições que podem ser feitas ao exercício desses direitos são aquelas previstas pela lei, mas desde que constituam medidas necessárias, em uma sociedade democrática, “à segurança nacional, à segurança pública, à proteção da saúde ou da moral — o tratado americano se refere à saúde e moralidade públicas — ou à proteção dos direitos e liberdades dos outros”. Seguindo a redação oferecida por artigo análogo do pacto das Nações Unidas, a Convenção americana se refere ainda à “ordem pública”, enquanto o contrato europeu prefere utilizar a expressão “defesa da ordem e prevenção do crime”. Esta distinção pode não significar, entretanto, uma diferença.

Outra vez acompanhando o pacto da ONU, a Convenção americana permite a imposição de “restrições legais” ao exercício desses direitos quando se trata de membros das forças armadas e da polícia. O tratado europeu admite restrições igualmente (além das forças armadas e da polícia) aos funcionários da administração do Estado, desde que “legítimas”. Frente ao exposto, parece que os direitos de reunião e de associação se encontram melhor protegidos pela Convenção americana. Num

aspecto, entretanto, essa afirmação pode não ser verdadeira. O documento interamericano não se refere expressamente — como o europeu — à liberdade sindical, como uma das modalidades de exercício da liberdade de associação. Preferiu falar em “associações de fins econômicos, profissionais . . .”, o que pode compreender, ou não, a liberdade sindical. Esta questão tem importância considerável: se o art. 16 compreende a liberdade sindical, então esta liberdade encontrará proteção mais eficaz aqui do que no art. 26 relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais.

## E.2. Direitos políticos propriamente ditos

### a) Tratado europeu

No âmbito do Conselho da Europa esse direito é regulado unicamente pelo art. 3º do protocolo adicional. Segundo ele as partes contratantes se comprometem a organizar, em intervalos razoáveis, eleições livres em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo sobre a escolha do corpo legislativo.

O interessante é notar a timidez com a qual o pacto europeu afirma um direito que é, mesmo, um dos pilares de sustentação dos regimes políticos (e jurídicos) consagrados na Europa ocidental. Note-se que tal direito se limita à expressão (por meio do voto, em intervalos razoáveis) da opinião popular sobre a escolha, não de todos os governantes, mas apenas dos membros do Poder Legislativo. A Convenção não concede um verdadeiro direito subjetivo de voto, como querem alguns. O direito tem como contrapartida apenas a obrigação de que os Estados tomem medidas de direito interno necessárias a que tal manifestação de opinião, segundo o escrutínio secreto, se concretize de tempos em tempos. Essa interpretação, como lembra *Vesak*, é aquela expressa pela comissão por ocasião de decisão relativa ao pedido (*requête*) nº 1.065/61<sup>(133)</sup>. Segundo essa decisão resulta que por meio do art. 3º do protocolo adicional os Estados contratantes não “reconhecem a toda pessoa o direito de participar das eleições”, ou seja, que “o direito de voto não é, enquanto tal, consagrado pelo art. 3º como a comissão já constatou, em sua decisão de 4 de janeiro de 1960, sobre a admissibilidade do pedido nº 530/59”. Diante disso, “os Estados contratantes podem excluir do escrutínio certas categorias de cidadãos, por exemplo aqueles que residem além-mar, pelo tempo que esta exclusão não impeça a livre expressão do povo sobre a escolha do corpo legislativo . . .”<sup>(134)</sup>.

(133) Decisão de 30 de maio de 1961. Cf. *Annuaire*, IV, p. 261. Apud *VASAK*, op. cit., p. 63.

(134) *Idem*.

## b) Tratado americano

Este instrumento internacional, por meio do art. 23, concede a todos os cidadãos verdadeiros direitos subjetivos oponíveis ao Estado, relativos à:

- participação na “direção dos negócios públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos”;
- possibilidade “de eleger ou de ser eleito através de consultas periódicas e autênticas, segundo o sufrágio universal e igual, e por escrutínio secreto, garantindo a livre expressão da vontade dos eleitores”; e
- a possibilidade de “aceder, em igualdade de condições gerais, às funções públicas de seu país”.

A CADH prevê a regulamentação desses direitos por meio de lei. Entretanto, a lei somente pode restringi-los em função de idade, nacionalidade, residência, língua, capacidade de ler e escrever, capacidade civil ou mental, ou no caso de condenação penal por juiz competente” (135).

Como se vê, os direitos políticos no continente americano assumem uma significação que o tratado europeu está longe de conceder. Naquele afirmam-se os direitos à participação nos negócios públicos, de acesso às funções públicas e de ser eleito, direitos estes não consagrados pelo tratado do CE. Quanto ao direito à realização de eleições periódicas, os dois textos acompanham filosofias radicalmente distintas. Bastam três exemplos:

— A CADH exige que o sufrágio seja universal e igual; a generalidade da CEDH a respeito permite supor que ela não proíbe o voto censitário;

— a CADH não admite discriminação, quanto ao voto, por motivo de sexo; a CEDH silencia a respeito;

— as eleições segundo a CADH não se limitam à composição do corpo legislativo; este é o caso das eleições preconizadas pela CEDH.

Conclui-se, então, que a atividade política é protegida com mais intensidade (diríamos, vontade) no âmbito da Organização dos Estados Americanos. A Convenção, neste particular, demonstra que quer desempenhar uma função pedagógica (e, portanto, política) nas Américas, traduzindo-se como verdadeiro obstáculo, dentro de seus limites, à consolidação de regimes autoritários, os quais, desgraçadamente, com tanta freqüência se manifestam, notadamente, na América Latina.

(135) Art. 23, § 2.º

## F. Proteção da propriedade privada

Os dois pactos afirmam o direito de toda pessoa ao respeito (art. 1º do protocolo adicional da Convenção européia) ou ao gozo e posse (art. 21 da Convenção americana) de seus bens.

Entretanto — admite o documento americano —, a lei pode subordinar tal gozo e posse ao interesse social. Mas a possibilidade de regulamentação e, portanto, de restrição, é mais ampla no contexto do Conselho da Europa. Segundo este, restrições podem ser impostas em função do “interesse geral”, assim como para assegurar o pagamento de impostos ou de outras contribuições ou multas. Perceba-se que a noção de “interesse geral” é sensivelmente mais ampla que a relativa a “interesse social”.

A possibilidade de privação do direito de propriedade, em certos casos, é admitida por ambos os documentos. Para que tal ocorra, o pacto europeu exige que o procedimento se opere em função de “utilidade pública” e nas “condições previstas em lei ou pelos princípios gerais de direito internacional”. O americano admite privação em função do “interesse público” ou do “interesse social”, mas sempre nos “casos e segundo as formas previstas em lei”.

A noção de “utilidade pública” é mais ou menos ampla que as noções somadas, de “interesse público” ou “interesse social”? Esta questão apenas poderá ser respondida a partir das interpretações dadas pelas comissões e cortes das duas Convenções. Mas se já se tem uma resposta para ela em função de decisões dos órgãos europeus<sup>(136)</sup>, o mesmo não pode ser dito em função dos órgãos americanos. A comparação, então, sob este ponto, fica prejudicada.

Uma última questão vincula-se ao tópico “princípios gerais de direito internacional”. Esta referência se relaciona com os limites da intervenção estatal sobre a propriedade de particulares? Quer nos parecer que sim, já que “os princípios gerais de direito internacional” anunciados pela Convenção européia identificam-se com as regras estabelecidas pelo direito internacional para, em geral, interditar a confiscação de bens de estrangeiros<sup>(137)</sup>. São, pois, uma garantia aos estrangeiros (quanto à indenização pela privação de seus bens) que pode não estar prevista pelas leis nacionais. Conclui-se, pois, que aqui o documento europeu é mais completo que o americano.

(136) Segundo o Manual da Convenção Européia dos Direitos do Homem (Publicação do “Conseil de l'Europe”, s.d. Prefácio de Lodovico Benvenuti, Secretário-Geral, p. 61). “o art. 1.º do Protocolo foi invocado mais de uma vez em face da Comissão como apoio de pedidos visando certas medidas de ordem financeira tomadas pelos Estados-Partes à Convenção”. Veja-se, por exemplo, Comm. 31 maio 1959, Ann. III, page 245, n.º 551. Ainda, Comm. 18 setembro 1961, Rec. n.º 8, page 1, n.º 1.017. Nos dois casos a noção de “utilidade pública” foi utilizada com razoável amplitude.

(137) Manual, *op. cit.*, p. 60.

## G. Proteção da liberdade de locomoção e residência<sup>1</sup>

### G.1. Princípio

Essa esfera da liberdade humana é garantida pelos arts. 1º, 2º, 3º e 4º do quarto protocolo adicional à Convenção européia e pelo art. 22 da Convenção americana. Nas duas situações, de modo muito próximo<sup>(138)</sup>, assegura-se a toda pessoa que se encontra regularmente sobre o território de um Estado o direito de circular livremente e de escolher o local de sua residência. Reconhece-se, ainda, a qualquer pessoa o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu.

Esses direitos podem se submeter a certas restrições. Nos dois casos essas restrições devem ser previstas pela lei e satisfazer a certas condições. Estas são, salvo diferenças menores<sup>(139)</sup>, as mesmas nos dois instrumentos, e dizem respeito às medidas necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde e a moralidade públicas, os direitos e liberdades dos outros, bem como a prevenção das infrações penais. Permite-se, ainda, quer na Europa, quer na América, que a liberdade de locomoção e residência seja objeto, em certas zonas determinadas, de outras restrições previstas pela lei e "justificadas pelo interesse público"<sup>(140)</sup>.

Por outro lado, ambos os tratados precisam que ninguém pode ser privado do direito de entrar no território do Estado do qual é jurisdicionado.

### G.2. Expulsões

O texto europeu precisa que "ninguém pode ser expulso, por via de medida individual ou coletiva, do território do Estado do qual é jurisdicionado"<sup>(141)</sup>. Essa interdição também alcança os estrangeiros quanto às expulsões coletivas<sup>(142)</sup>. O tratado americano prevê, igualmente, essas garantias; entretanto, as reveste de alcance maior. Veja-se que, aqui, o estrangeiro não poderá ser expulso senão em virtude

(138) O art. 2º do quarto protocolo adicional dispõe que: "Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence". A fórmula adotada pela Convenção americana é a seguinte: "Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y résider en conformité des lois régissant la matière".

(139) O texto europeu fala em "saúde e moral", enquanto a Convenção americana prefere utilizar a expressão "moralidade e saúde públicas".

(140) Art. 2º, § 4º, da CEDH e art. 22, § 4º da CADH.

(141) Art. 3º, § 1º, do quarto protocolo adicional.

(142) Art. 4º, do quarto protocolo adicional.

de decisão conforme a lei <sup>(143)</sup>. O tratado do conselho da Europa silencia quanto a isto. Garantia igualmente ausente no contrato europeu é aquela segundo a qual o estrangeiro não poderá ser enviado a outro país, quer seja o seu ou não, caso "seu direito à vida ou à liberdade individual corra risco de se fazer objeto de violação em razão de sua raça, de sua nacionalidade, de sua religião, de sua condição social ou em razão de suas opiniões políticas" <sup>(144)</sup>.

Finalmente, uma terceira garantia, ainda outra vez esquecida pelo tratado europeu, refere-se ao direito de asilo <sup>(145)</sup>, tão caro ao continente americano.

Resta concluir que a proteção dos direitos de locomoção e residência é melhor assegurada pelo pacto da OEA.

## CONCLUSÕES

Como concluir? Os trabalhos de direito comparado geralmente terminam por meio de um balanço final que sintetiza as diferentes facetas dos temas investigados. Não fecharemos assim o nosso trabalho. Afinal, a cada domínio jurídico investigado, o estudo terminava com uma conclusão parcial, mostrando o alcance deste ou daquele domínio em cada Convenção. O balanço, portanto, embora parcial, já foi feito. Quanto ao balanço definitivo ele não cabe num trabalho que se quer como uma simples *introdução* (ao estudo comparado dos direitos protegidos nas Convenções americana e européia).

Depois, ao contrário dos juristas que se querem como técnicos, coroando suas pesquisas com uma síntese final de suas investigações, pretendemos concluir nosso texto com um manifesto. Um manifesto de natureza política (e por que não também jurídica?) reclamando a absorção da Convenção americana pela experiência cotidiana dos governantes, dos homens políticos, dos juristas e juizes, dos advogados, dos professores etc. Absorção que consiga trazer para o continente americano o mesmo prestígio que a Convenção européia goza entre os europeus. Mas, para isso, precisamos de um compromisso das classes dirigentes com os direitos do homem. Isso não parece ser impossível agora, no momento em que a América Latina como um todo vem se voltando para a construção de sociedades democráticas.

Este é o tempo, então, de se exigir que o Brasil, em face das responsabilidades que guarda, pelo fato de exercer uma influência não negligenciável sobre o continente americano, formalize sua adesão à Convenção americana sobre direitos do homem.

(143) Art. 22, § 6.º

(144) Art. 22, § 8.º

(145) Art. 22, § 7.º

# Teoria do ato de governo

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor Titular de Direito Administrativo  
da Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo

Ato de governo ou ato político é toda manifestação de vontade do poder público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo esse tipo de ação não uma exceção ao *princípio da legalidade*, mas à competência do juiz, o qual não tem possibilidades de fiscalizá-lo, se a isso for provocado. Certas circunstâncias de crise — as *circunstâncias excepcionais* — facultam à Administração tomar medidas enérgicas e imediatas, as quais seriam totalmente tardias e ineficientes, se o Governo obedecesse, de modo estrito, ao *princípio da legalidade*, submetendo-se a fórmulas complexas, que lhe impediriam a ação precisa, no momento oportuno. No século passado, o Conselho de Estado, na França, considerava *ato de governo* o ato editado pelo Poder Executivo, inspirado por *móvel político*, recusando-se, quando se tratava desse tipo de ato, a reconhecer ao prejudicado o direito de conseguir-lhe a anulação ou ao recebimento de qualquer indenização, em decorrência do prejuízo que tais medidas pudessem, eventualmente, causar-lhe. Em vários livros (cf. nosso *Direito Administrativo Brasileiro*, Forense, Rio, 1983, vol. I, p. 270, e *Tratado de Direito Administrativo*, Forense, Rio, 1966, vol. II, p. 122), procuramos colocar em relevo os principais aspectos do *ato de governo* ou *ato político*, no âmbito universal e no direito brasileiro.

Adotada nos vários sistemas jurídicos contemporâneos, servindo para designar certos atos das altas esferas do Poder Executivo, manifestações concretas volitivas do Governo que, pela própria natureza e índole especialíssima, se distinguem em razão do privilégio da imunidade jurisdicional que os matiza, a expressão *ato de governo* é oriunda da jurisprudência francesa de conteúdo administrativo, que a consagrou e tentou, em vão, circunscrever-lhe o campo exato.

Cumprе observar que o Conselho de Estado e o Tribunal de Conflitos, na França, empregaram, durante certo tempo, de preferência, uma perí-

frase para designar o *ato político*, referindo-se ao "ato que foge, por sua natureza, da revisão judiciária", verificando-se, agora, um retorno à antiga e consagrada expressão *ato de governo*.

Compreendida globalmente, a expressão *ato de governo* abriga idéia incerta e complexa (cf. ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, 7ª ed., 1945, p. 37), quando enfrentada com o rigor científico exigido para delimitar o setor exato sobre o qual se projeta, porque os vocábulos *governo* e *político* são suscetíveis de várias interpretações, que se distribuem através de gama riquíssima, cujos intervalos são menores que um milímetro, numa escala de mil.

Embora agente supremo, ocupando o ápice da pirâmide administrativa, o Chefe do Executivo, como qualquer particular, está sujeito aos textos legais. Todo *ato ilegal* que pratique é destituído de valor jurídico, nisto consistindo o *princípio da legalidade*, que permite ao administrado, vítima do *arbitrio administrativo*, pugnar por seus direitos, invocando a norma legal, adequada ao caso, diante do juiz competente, mediante os respectivos instrumentos processuais.

Tratando de *ato de governo* ou *ato político*, é necessário esclarecer o sentido de vocábulos e expressões que os autores nem sempre empregam com o mesmo sentido.

"Governo é o órgão supremo das hierarquias da Administração e do Estado" (MARCELO CAETANO, *Manual*, 6ª ed., 1963, p. 389). RANELLETTI esclarece que a palavra *governo* tem dois sentidos diferentes. No sentido substancial, *governo* designa uma forma de atividade do Estado, significado que está presente quando se fala de *ato político* ou *de governo*, ou de atos emanados no exercício do *poder político*. Em sentido subjetivo e formal, a palavra *governo* designa os órgãos supremos do Poder Executivo. É o sentido usual, em que se emprega, por exemplo, em expressões como esta: atos ou decisões do governo (*Teoria degli Atti Amministrativi*, 7ª ed., 1945, nº 2, p. 37).

VIVIEN ressalta o sentido da expressão *poder político*, "o mais ativo instrumento do progresso da civilização, das luzes e do bem-estar geral. O *poder político* exerce sobre a sociedade vigilância permanente, ouve-lhe os votos, modera-lhe as paixões. Está fora de seu representante e de seu órgão, e, em toda ocasião, é a mais alta expressão do pensamento público. Estreitamente ligado à Administração, não se confunde, entretanto, com ela. Cabe-lhe função de iniciativa, de apreciação, de direção, de conselho. É quem dá à Administração o espírito geral, o pensamento e, se assim se pode falar, a bandeira. À Administração cabe a ação, isto é, a execução das leis e o exercício material e prático dos poderes confiados ao Governo. O *poder político* é a cabeça. A Administração é o braço" (*Études Administratives*, 1859, vol. I, p. 30). No mesmo sentido, o tradi-

cional e centenário MACAREL: "Governo, tomado no sentido mais amplo e, também, no mais verdadeiro, é o poder que faz as leis, que tem por missão especial dirigir a sociedade nas sendas de seu desenvolvimento e de zelar continuamente pela conservação de sua felicidade" (*Cours d'Administration et de Droit Administratif*, 2ª ed., 1852, vol. I, pp. 12-13). No mesmo tom, expressa-se a autoridade de LÉON AUCOC (*Conférence sur l'Administration et le Droit Administratif*, 1869, vol. I, pp. 9, 10, 11, 66, 67 e 70).

Quando o déspota esclarecido Frederico II. da Prússia, na conhecida história do moleiro Sans Souci, pretendeu destruir o moinho que lhe tirava a vista do castelo de Potsdam, movido, pois, por interesse *pessoal* e não *público*, resistiu o súdito a tal ameaça governamental, exclamando enérgico e confiante: "Há juizes em Berlim". Confiava o moleiro na supremacia do *princípio da legalidade*, perante o qual mesmo os reis devem curvar-se, sob pena de falência do *Estado de direito*.

Será, entretanto, absoluto o *princípio da legalidade*, ou haverá algum setor vulnerável, que torne intangível, nesta área, algum tipo especial de ato, protegendo a autoridade prolatora contra qualquer tentativa de reexame judicial da medida?

À primeira vista, parece que o chamado *ato de governo* contraria frontalmente o *princípio da legalidade*, ou seja, parece que o ato da autoridade executiva, incluído nessa classe, seria *arbitrário*. Por outro lado, mesmo *arbitrário*, seria insuscetível de controle pelo Judiciário.

Pergunta-se, então, no caso positivo: a edição de *ato de governo* não constituiria perigosa ameaça para as *liberdades públicas* (Cf. sobre o tema nosso livro *Curso de Liberdades Públicas*, Rio, Forense, 1987), atingidas estas em seu núcleo por medida dotada de tal amplitude de movimentos da autoridade despótica?

A existência de tais atos não seria a negação do próprio regime da legalidade? Deve-se dar agasalho jurídico a essa privilegiada categoria de atos editados livremente pelo poder governamental?

As respostas a tais indagações desenvolvem-se em área difícil de ser demarcada.

A prática do *ato de governo* não configura, necessariamente, decisão *arbitrária*, não constitui ameaça às *liberdades públicas*, não é a negação do regime da legalidade.

Ao contrário, é indispensável a existência do *ato político*, em todos os sistemas jurídicos, porque tais atos são dotados de grande poder de sensibilidade, capaz de descer a aspectos que só o poder governamental tem meios de apurar.

De origem jurisprudencial, a *teoria do ato de governo* nasce, na França, alicerçada no art. 26 da lei de 24 de maio de 1872, segundo a qual determinados atos não seriam suscetíveis de recurso diante do Conselho de Estado, nem seriam título suficiente para base de reclamação eficaz por prejuízos sofridos.

Preocupando o mundo jurídico-administrativo francês, desde a época da Restauração, somente no Segundo Império, período de magnífico esplendor do Poder Executivo, é que se reúnem elementos concretos para a estruturação global de uma teoria completa do *ato político* ou de *governo*.

Da França, a *teoria do ato político* irradiou para outros países, onde foi recebida e reestruturada, conforme as necessidades jurídico-sociais e as condições peculiares a cada sistema.

As colocações dos diferentes autores, entretanto, variam de maneira extrema, dando como resultado a formulação de diversas doutrinas diante da realidade inquestionável do *ato de governo*.

Em esquema, as três mais importantes doutrinas são as seguintes:

- a) a *negativista*, que não admite a existência do ato de governo;
- b) a *teleológica*, que leva em conta o elemento fim;
- c) a da *natureza do ato*, que distingue *Governo* de *Administração*.

Para os adeptos da *teoria negativista*, o problema não oferece maiores dificuldades, porque tudo se resolve com a fórmula simplista: não existem *atos de governo* (Cf. BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire*, 9ª ed., 1920, p. 121, e ORLANDO, que, na monografia *La Giustizia Amministrativa*, com que ilustrou seu famoso *Primo Trattato*, 1901, vol. III, p. 907, nega, de modo categórico, “a existência de categoria distinta e sistematicamente determinada de atos de governo”).

Para os partidários da *teoria teleológica* ou *teoria finalística*, o caráter governamental do ato depende do *fim* visado.

Também denominada *teoria do móvel político*, esta posição consagra, de maneira particularmente perigosa, a idéia de *razão de Estado*, possibilitando, quando aceita, a vitória do *arbitrário governamental*, sob a capa de *interesse*, bastando, para isso, estender, indefinidamente, o campo dos mencionados atos. Formulada de modo claro, na doutrina (DUFOUR escreveu: “O que faz o *ato de governo* é o *fim* a que se propõe o editor da medida. O ato que tem por fim defender a sociedade, considerada em si mesma, ou personificada no Governo, contra inimigos internos ou externos, declarados ou ocultos, presentes ou futuros — eis o *ato de governo*”. Cf. *Traité de Droit Administratif Appliqué*, 1856, vol. V, p. 128), a “teoria finalística”, “teleológica” ou “do móvel político”, acaba por cair, em

fins do século XIX, diante de corajoso pronunciamento daquela Corte, em 19 de fevereiro de 1875 (Caso do Príncipe Napoleão).

Para os adeptos da *teoria da natureza do ato*, entre os quais se inscrevem AUCOC, DUCROCO, LAFERRIÈRE e DARESTE, o *ato de governo* é definido não pelo fim perseguido, mas pelo esclarecimento das noções *governar e administrar*, *Governo e Administração*.

*Governo* é a parcela do Poder Executivo que tem por missão dirigir o país nas vias de desenvolvimento interno e das relações exteriores, ao passo que a *Administração* é seu complemento e ação vital (cf. DUCROCO, *Cours de Droit Administratif*, 7ª ed., vol. I, p. 88, citado por BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 9ª ed., 1920, p. 118). Tal orientação, retomada pela doutrina, não teve o respectivo correspondente atual na jurisprudência (cf. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 226).

Passou-se, desse modo, a uma enumeração casuística, como certa vez se fez, para os antigos *atos de império* e *atos de gestão*, entendendo-se como *ato de governo* todo aquele que figurasse, expressamente, na lista taxativa jurisprudencial apresentada.

“As teses que negam a existência do *ato de governo*, engenhosas e sedutoras em si mesmas, permitem explicar grande número de inadmissibilidades (notadamente em matéria de relações internacionais). Merecem consideração, neste sentido, mas não explicam todos os casos de rejeição. Quanto à *teoria da função governamental*, segundo pensamos, esbarra com a dificuldade de definir esta noção e distinguir os casos em que as autoridades mais graduadas agem como autoridades governamentais e os em que atuam como autoridades administrativas. Por esse motivo, parece-nos que o *ato de governo* representa, de modo exato, na medida em que subsiste, menos a expressão de função particular do Estado do que categoria de decisões, cuja subtração ao exame judicial ou contencioso se explica mais por *motivos políticos* do que por *motivos jurídicos*.” (Cf. LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 231).

O problema da *definição do ato político* tem desafiado a argúcia da doutrina, que não chega ao contexto exato, é evidente, pela própria flexibilidade inerente ao objeto definido.

Costuma-se dizer que a *alta política* consiste em defender o Estado e a sociedade das perturbações e dos ataques que os inimigos internos e externos dirigem contra ele, quando tais investidas adquiram tal importância que abalam, nos próprios fundamentos, as instituições vigentes. Em essência, o *ato político* nada mais é do que o *ato de alta polícia* (Cf. VITTA, *Diritto Amministrativo*, 3ª ed., 1949, vol. I, p. 289), ou, no original, “un provvedimento de alta polizia”. No mesmo sentido, discorre

FRAGOLA, acentuando que *políticos* ou *de governo* "são os atos que se referem à defesa do Estado e de suas instituições contra eventuais ataques internos e externos. Mais particularmente: os que concernem às relações constitucionais do Estado e, sobretudo, à ordem pública do país, como, por exemplo, a ordem relativa ao estado de sítio ou ao toque de recolher, quando se trata da tutela da ordem pública. Tais atos são *políticos* e, pois, incontrastáveis diante do magistrado competente".

De modo bastante simples, *ato político* é *aquela que promana do Governo, no exercício do poder político*. (Cf. RANELLETTI, *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*, 7ª ed., 1945, p. 37).

Outros fazem a distinção entre a consideração *material* e *formal* do *ato político*, entendendo, sob o primeiro aspecto, como *políticas*, "as decisões do Poder Legislativo, no exercício de atribuições próprias e, eventualmente, as decisões do Poder Executivo, sem subordinar-se, regra geral, a lei alguma, ditadas em defesa da segurança do Estado e da Constituição" (Cf. BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 65), compreendendo, sob o segundo aspecto, "os atos legislativos que, em princípio, devem emanar do Congresso e só, eventualmente, do Poder Executivo. Mas, ainda, neste último caso, integram-se os *atos políticos* com a intervenção de uma Câmara Legislativa, geralmente o Senado, como, por exemplo, os atos relativos à ordem internacional e à nomeação de membros do Poder Judiciário" (Cf. BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 65).

O critério determinante da diferença entre *ato administrativo* e *ato de governo* manifesta-se pela tendência a restringir a classe destes últimos, o que implica progresso jurídico, porque, não sendo suscetíveis de recursos que os impugnem pela própria natureza, geram apenas responsabilidade política ou moral (Cf. BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 65).

A doutrina francesa foi a que melhor enfrentou o problema do *ato político* ou *ato de governo*, procurando, antes de tudo, conceituá-lo.

Acentuando a diferença entre Governo e Administração, já que "governar é tomar decisões essenciais que dizem respeito ao futuro nacional" (Cf. RIVERO, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1980, p. 12), ressaltando que "razões extrajurídicas" (LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 230) se encontram na base do *ato político* (FRANCIS PAUL BÉNOIT, *Le Droit Administratif Français*, 1968, p. 418, e VEDEL, *Droit Administratif*, 5ª ed., 1973, p. 306), passam os autores a defini-lo como a categoria de ato, "editado pela autoridade administrativa, insuscetível de todo e qualquer recurso diante dos tribunais" (LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3ª ed., 1963, vol. I, p. 418), quer judiciários, nos países de *jurisdição una*, como o Brasil, quer judiciários e administrativos, nos países, como a França, que admitem a *dualidade de jurisdição*.

*Ato de governo* é o ato da autoridade executiva que não é suscetível de nenhum recurso, quer de anulação, quer de indenização (WALINE, *Droit Administratif*, 9ª ed., 1963, p. 217).

A nosso ver, a *discricionariedade do ato político* é maior do que a *discricionariedade do ato administrativo*. Ambas, porém, têm barreiras ou limitações, tais como as *prerrogativas individuais*, as *liberdades públicas*, os *direitos subjetivos públicos*.

Fácil é compreender como se chocam os *direitos do cidadão* com as *consequências do ato político*, porque, se os titulares dos primeiros têm a faculdade de exigir do Estado o cumprimento de algo que lhes é devido, faculdade essa alicerçada por norma de direito objetivo, posta pelo Estado, o titular do segundo, ao pronunciar-se, de modo algum, por isso mesmo, lesionará os administrados ou os funcionários, destituindo-os daquilo que a própria ordem jurídica lhes outorgou.

O *ato de governo*, assim, nem direta, nem reflexamente atingirá os *direitos adquiridos*, as *liberdades públicas*, as *prerrogativas individuais*, expressas em lei, e caso, por inadvertência, por abuso, excesso ou desvio de poder, a providência do Governo interfira na esfera circunscrita a tais prerrogativas, estará inquinada de vício patente que a desnatura, tornando-a vulnerável aos *remedia juris* correspondentes para o reexame do esdrúxulo pronunciamento governamental, pelo Poder Judiciário.

O *ato político* é, pois, antes de tudo, “espécie” em que se desdobra o “gênero” *ato administrativo*, do mesmo modo que Poder Administrativo e Poder Executivo também se acham nessa relação. O Poder Executivo tem não só poderes políticos como administrativos (BIELSA, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., 1963, p. 63). Por sua vez, o *ato administrativo* é o ato do Estado matizado de juridicidade. Logo, *ato de governo* é a manifestação de cunho administrativo a que não é estranho o traço jurídico-político. *Ato arbitrário*, ao revés, é ato que agride o direito. É ato antijurídico.

Desse modo, o *político* e o *arbitrário* repelem-se, opondo-se, como se repelem as noções antagônicas do *jurídico* e do *antijurídico*.

Não se distinguindo, substancialmente, do *ato administrativo*, o *ato de governo*, que também tem em mira a concretização do direito, objetivando a aplicação da lei ao caso concreto, forma uma classe à parte, entre as manifestações da vontade do Estado.

Contrapondo-se ao *ato vinculado*, preso aqui e ali, a ponto de obrigar o pronunciamento da Administração, desde que preenchidos certos requisitos pré-traçados, aproxima-se o *ato de governo*, sob certos aspectos, do *ato discricionário*, se bem que se movimente em área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos denominar de *discricionariedade política* ou *discricionariedade governamental*.

Mais elástico em seus movimentos do que o *ato discricionário*, balizado, por exemplo, pelo *fim* a atingir-se, situando-se no pólo oposto ao em que se acha o *ato vinculado*, não tendo o menor ponto de contato com o *ato arbitrário*, negação, este último, do jurídico, o *ato político* atua em esfera difícil de ser demarcada ponto por ponto, porque a *discricionariedade política* está desvinculada de fórmulas apriorísticas que, existentes, destituiriam a ação governamental da benéfica plasticidade que lhe é inerente e que possibilita ao Chefe do Executivo, sensível à conjuntura do momento, a intervenção contínua, oportuna, conveniente e rápida, adequada à imprevisibilidade do caso emergente.

Por aí se vê a dificuldade em definir de modo preciso o *ato de governo*. Definido, como que perderia a razão de ser, comprometido em fórmula acanhada, inadequada, por insuficiente, para atender aos objetivos amplíssimos da ação governamental, que não pode ser aprisionada em fórmulas estreitas, pois depende da sensibilidade do Chefe de Estado.

O nosso direito positivo procurou assinalar o campo do *ato de governo*, determinando que ao Poder Judiciário fosse vedado conhecer de questões exclusivamente políticas.

Nem a Constituição Republicana, de 1891, nem a de 1946 fizeram referência expressa à proibição revisionista do *ato de governo* pelo Poder Judiciário, mas tal proibição jamais sofreu, entre nós, solução de continuidade, pois é consequência natural e direta da própria natureza do regime, o que sempre foi proclamado pela doutrina e reiterado pelas decisões jurisprudenciais.

Seria uma falha, entretanto, deixar de referir a regra da Constituição de 1934, art. 68:

“É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

Conforme acentua BRANDÃO CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo*, 3ª ed., 1955, vol. I, p. 252), talvez houvesse sido melhor ter deixado o que dispunha o art. 59 do Projeto da Constituição de 1934, no qual se lê a seguinte lição:

“Nenhum recurso judiciário é permitido contra a intervenção nos Estados, declaração de sítio, eleição presidencial, verificação de poderes, reconhecimento, posse e perda de cargos públicos eletivos, tomada de contas pela Assembléia e outros atos, essencial e exclusivamente políticos, reservados por esta Constituição ao arbítrio de outro Poder.

*Parágrafo único* — Os Juizes e Tribunais apreciarão os atos dos outros Poderes somente quanto à legalidade, excluídos os aspectos da oportunidade ou conveniência das medidas.”

Em um ponto, entretanto, o *ato de governo* é suscetível de ficar sob o impacto do controle jurisdicional, ou seja, quando a ação do poder governamental, no exercício de suas atribuições constitucionais, ameaçar ou lesar *direitos individuais*.

Perde o ato, neste caso, o matiz de exclusivamente político, oferecendo flanco aberto à sindicabilidade judiciária.

Pouco importa, então, que as conseqüências da sentença proferida em litígio dessa espécie sejam políticas, influam na política ou que a substância do pleito seja política. Estamos diante de assunto judicial, desde que a questão deva ser dirimida em face dos preceitos legais, porque tais preceitos determinam o modo de solver questões desta espécie (PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, 1915, p. 301).

Apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral, considerações de interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada à competência dos que a exercem, aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma em vasta órbita de ação, dentro da qual a discricão do legislador e do administrador se move livremente, marcam o âmbito meramente político, imune, como tal, à intromissão indébita dos Tribunais.

Contraposto a este campo, com divisas claras e sensíveis, estende-se o terreno da justiça, assinalado exatamente pela característica oposta de que as questões de sua alçada, ao invés de obedecerem à apreciação de conveniência e oportunidade mais ou menos gerais, estendem-se, com a aplicação do texto legal, aos casos particulares.

Surgindo problema jurídico desta natureza, embora matizado de elementos *políticos*, desde que não *exclusivamente políticos*, tem de receber a solução legal do poder constituído para dar efeito às garantias constitucionais e com elas valer a toda individualidade, natural ou moral lesada em seu direito (RUI BARBOSA, *O Direito do Amazonas*, vol. I, p. 164, citado por BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado*, 3ª ed., 1955, vol. I, p. 215).

O ato ou é político ou é não-político (= administrativo), distinguindo-se um do outro pela finalidade e pelo conteúdo.

Consubstanciando medidas de objetivos estritamente políticos — finalidade —, movimentando-se na área interna da ação governamental, jamais lesando direitos individuais, explicitados em texto claro de lei, mas podendo ferir, tão-só, “interesses” — conteúdo —, o *ato de governo* desponta em toda sua pureza incontestável, nessas condições, pelo Poder Judiciário, que não o examina, em si, de imediato, podendo, porém, chegar até ele se dele resultarem outros atos que, de modo indireto, afetem *direitos subjetivos* (Ver: REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, *Ato Administrativo*, 1978, ed. da Rev. dos Tribunais, p. 20).

É necessário enfrentar o problema do *ato político* ou *ato de governo*, entre nós.

De um lado, temos os *direitos do cidadão*, consubstanciados nas *liberdades públicas* (manifestação do pensamento, reunião, associação, direito de ir e vir, liberdade de culto), de outro lado, a ultrapassagem, pelo cidadão, no uso desses direitos, *distorcendo-os, desvirtuando-os e, nesse caso, ameaçando a ordem pública* constituída (Cf. o livro *Direito Administrativo da Ordem Pública*, Rio, Forense, 1986, 2ª ed., 1987).

Nessas hipóteses, o *ato de governo* intervém, concretizando-se no que denominamos de *fato político*, ou seja, *operação material que, fundada em medida governamental anterior, concretiza a manifestação da vontade do Executivo*.

Tomemos como exemplo, no direito brasileiro, a *decretação do estado de sítio*, pelo Presidente da República (art. 155 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969).

O *móvel político*, a *razão de Estado* da “decretação”, está expresso, na Constituição, sendo (a) a guerra ou (b) a grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção.

Como consequência da *decretação do estado de sítio* – ato político e, portanto, espécie do ato administrativo –, vários fatos políticos ou administrativos ou providências materiais podem ser tomadas, como, por exemplo, a suspensão *de fato* da liberdade de reunião e de associação, a busca e apreensão em domicílio, a obrigatoriedade de residir em determinada localidade, a detenção em edifícios não destinados a réus de crimes comuns.

Tomemos, ainda, como exemplo, o ato de *apreensão de livro* que, em desacordo com a Constituição, pregasse propaganda de guerra armada, de subversão pública, de preconceito de raça, de religião ou de classe social.

Nesse caso, a *livre manifestação de pensamento*, garantida pela Carta Magna, não seria tolerada pela distorção ocasionada pelo autor do livro, amparado pela casa editora que o publicou.

O *fato político* ou *administrativo* da “apreensão” seria insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, porque baseado em ato legítimo do Poder Executivo – o *ato político*.

Quaisquer dessas medidas, derivadas da auto-executoriedade do *ato político* ou *ato de governo*, são legais, insuscetíveis, portanto, de revisão pelo Poder Judiciário.

São exemplos típicos de *atos de governo*, no direito brasileiro, além da decretação do estado de sítio, já citado, a convocação extraordinária

do Congresso Nacional, quer pelo Presidente do Senado, em caso de decretação de estado de sitio ou de intervenção federal, quer pelo Presidente da República, quando este entender necessária a declaração de guerra, a celebração de paz, a permissão a forças estrangeiras para que transitem pelo território nacional ou para que nele permaneçam, temporariamente, nos casos previstos em lei pelo Presidente da República, desde que autorizado pelo Congresso Nacional; a criação de comissões de inquérito pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal; a decretação de intervenção federal pelo Presidente da República; a concessão de indulto e a comutação de penas pelo Presidente da República, ouvidos, se necessário, os órgãos instituídos em lei; a nomeação e a exoneração de Ministros de Estado, do Governador do Distrito Federal e dos Governadores dos Territórios.

*Ato de expulsão de estrangeiro* também é *ato político* da competência exclusiva do Presidente da República, no exercício do poder político, concretizando-se mediante a edição do respectivo *ato de governo*, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, sempre que o ato, em princípio, livre e permitido (como a manifestação de pensamento e a convicção política ou filosófica) seja desvirtuado, implicando (a) propaganda de guerra, (b) subversão da ordem, (c) preconceito de religião, (d) de raça, (e) ou de classe.

*Atos políticos*, mas não *exclusivamente políticos*, são, por exemplo, os que promovem juizes de direito pelo critério do merecimento, os de cassação de mandato de deputado ou de senador, porque tais atos, políticos pelo sentido, afetam direitos subjetivos — o direito subjetivo à promoção, no primeiro caso, o direito ao exercício do mandato, no segundo.

Dentro da expressão *ato político* há matizes sutis que distinguem cada espécie. Nem todo *ato político* tem o mesmo significado, o mesmo alcance, o mesmo cunho.

Há evidente diferença entre o *ato político* de intervenção federal nos Estados, cuja repercussão sobre interesse da unidade atingida é extraordinária, por envolver uma série complexa de problemas e de pessoas, e o *ato político* de nomeação de Ministro de Estado, escolha de confiança, que diz respeito, tão-só, a uma pessoa.

Cumprе observar que, dentro de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos, a afirmação de que “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdiccional” precisa ser entendida em seu sentido exato, que é: “os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdiccional apenas no que encerram *de político*”, porque, integrando a ordem jurídica, à qual se submetem e adaptam, como atos jurídicos que são, devem concretizar-se de harmonia com o princípio da legalidade e conforme competência constitucional.

Por fim, quem quer que saiba o que é *administrar* entende que o *elemento político* lhe é estranho. O funcionário público é *funcionário*

*administrativo*, não *político*. A *atividade política* fica entregue ao legislador, ao Presidente da República, ao Ministro de Estado e ao agente político, ao pessoal diplomático.

O único funcionário político — o agente diplomático — não age por si, mas pelo Presidente da República, a cujas instruções está sujeito (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição Federal de 1946*, 2ª ed., 1953, vol. II, p. 396).

Firmou-se, entre nós, o entendimento jurisdicional de que as *questões políticas* fogem totalmente ao exame do Poder Judiciário (*Revista do STF*, 32/9), ao contrário das *questões que não são meramente políticas* e que, como tais, caem sob o domínio fiscalizador e revisor daquela Corte. Assim, basta que uma questão esteja subordinada a texto expresso da Constituição para que deixe de ser exclusivamente política. Os atos inconstitucionais do Poder Executivo não justificam a violação da *liberdade individual*, que deve ser garantida pelo Poder Judiciário (*Revista de Direito* 38/103).

Delicado, importante e sutil o problema.

De um lado, o *regime da legalidade* impõe que se conheçam das lesões atentatórias aos direitos individuais, em qualquer caso, mesmo quando decorrentes de atos do Poder Executivo ou do Legislativo, na esfera da União ou dos Estados. Não interessa a *essência política do ato*, ou o *reflexo*, mesmo remoto, que possa ter, atingindo, em cheio, o direito subjetivo. Estão em jogo *direitos individuais*? Aham-se ameaçadas as *liberdades públicas*?

Movimente-se o Poder Judiciário com amplitude, mas amplitude discreta e cuidadosa, que não interfira, por um lado, no cerne do problema estritamente político, e não desampare, por outro lado, o direito individual.

Interesses incompatíveis desenvolvem-se em campos diferentes, mas que se tocam, sem que se interpenetrem.

Assim, o *direito público subjetivo* do indivíduo está ao abrigo do ato político, que não o atingirá nem direta, nem indiretamente. Barreira legal, oponível ao *ato político*, o *direito público subjetivo* é respeitado *tradicionalmente*, entre nós, como verdadeiro dogma do regime da legalidade.

Enfim, a ação governamental, concretizada no ato político, tem de revestir-se da maior flexibilidade, para que intervenha no momento exato, de acordo com o princípio clássico *salus reipublicae lex suprema esto*.

Uma observação final: não se deve confundir o "fato político" ou "de governo", com o "ato político" ou "de governo", do mesmo modo que não se deve confundir o "fato administrativo" com o "ato administrativo". Assim, o *ato* — o decreto — que determina a *expulsão do estrangeiro indesejável* é "ato político", mas a *expulsão*, em si, pelos agentes públicos credenciados, é "fato político", que decorre da auto-executoriedade do decreto expulsório.

# A Corte Constitucional

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

Diversas Constituições do mundo moderno buscaram uma nova sistematização do Poder Judiciário mediante a criação de uma Corte Constitucional ao lado de um Supremo Tribunal Federal, da qual foi pioneira a Constituição da Alemanha de 1919. Esta orientação inovadora teve acolhida na doutrina e pelos legisladores constituintes de alguns países, principalmente europeus.

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949, no seu artigo 92, alude expressamente a este dualismo, nos seguintes termos:

“O poder de aplicar a justiça é confiado aos juizes. Ele é exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelo Supremo Tribunal Federal, pelos tribunais federais previstos na presente lei fundamental e pelos tribunais dos Estados-Membros.”

Os nomes utilizados são Tribunal Constitucional Federal (**Bundesverfassungsgericht**) e Supremo Tribunal Federal (**Oberstes Bundesgericht**).

Outras Constituições acompanharam esta linha pragmática, quais sejam as Constituições da Áustria (1920), Itália (1948), Portugal (1976) e Espanha (1978), embora com denominações diferentes, como a de Alta Corte Constitucional na Áustria, Corte Constitucional na Itália, Espanha e Portugal. Diversos juristas brasileiros também sugerem a criação de uma Corte Constitucional, como o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso e o Prof. José Afonso da Silva, em elucidativos estudos.

O sistema preconizado não pretende outra coisa senão ampliar o controle da constitucionalidade para uma organização mais ampla de uma jurisdição constitucional tendo em vista a solução de todos os conflitos constitucionais, o que só poderá ser exercido a contento por uma Corte Constitucional.

A jurisdição constitucional realiza essa missão, abandonando o sistema de controle difuso pela jurisdição constitucional concentrada. Aparece como um dos pressupostos essenciais do Estado democrático contemporâneo egresso do período pós-guerra, visando aperfeiçoar a sistemática da divisão de poderes, como um real contrapeso entre o Poder Executivo com tendências hegemônicas e o Poder Legislativo ainda aprisionado na sua armadura convencional. Exerce, de outro lado, um papel moderador, um princípio de harmonia, como um pressuposto básico para a preservação e garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, controle e tutela do funcionamento das instituições democráticas e dos poderes do Estado. Ela visa uma completa e abrangente jurisdição constitucional.

## II

No Brasil, desde longa data o Supremo Tribunal Federal exerce o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, configurando-se como a cúpula do Poder Judiciário. O STF exerce uma tríplice função no sistema político brasileiro, no âmbito do nosso sistema constitucional, podendo atuar como:

- a) Tribunal da Federação;
- b) Corte Constitucional;
- c) Tribunal da Federação.

O STF foi criado pelo Decreto nº 848, de 1890, do Governo Provisório da República, que também organizou pela primeira vez a Justiça Federal no País, com a instituição do federalismo na revolução republicana de 1889.

Duas entidades inspiraram a instituição do STF no Brasil. A primeira é sem dúvida a Suprema Corte dos EUA, com o seu poder imenso de **judicial review**. A segunda foi a Corte que o precedeu no Império, a saber, o Supremo Tribunal de Justiça, constituído de **Conselheiros**, designados dentre os Juizes togados, "tirados das Relações por suas antigüidades" (Constituição de 1824, art. 163).

A atual estrutura orgânica do STF compreende o **Plenário**, as **Turmas** e o **Presidente**. Há assim um órgão monocrático (o Presidente) e dois órgãos colegiados (o Plenário e as Turmas). O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo próprio Tribunal, dentre os seus Ministros. O STF compõe-se de 11 Ministros, as Turmas sendo constituídas de cinco Ministros, cada uma.

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial previsto no art. 144, V, da CF,

poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (CF, art. 116).

O STF sempre manteve este nome nos textos constitucionais republicanos de 1891, 1937, 1946 e 1967, salvo na Constituição de 1934, quando teve o seu nome modificado para o de **Corte Suprema**.

### III

O **Tribunal Constitucional Federal**, na Alemanha Ocidental, tem sua competência inscrita na Lei Fundamental de 1949 (arts. 92, 99, 100) e na Lei do Tribunal Constitucional Federal. O nome usado é Tribunal Constitucional Federal e não Corte Constitucional, pois na Alemanha também existe um **Supremo Tribunal Federal** (CF de 1949, art. 95), e no texto consolidado vigente (arts. 95, I e 96, III).

Compete ao Tribunal Constitucional Federal: julgar os litígios entre os Estados e a Federação, em matéria de repartição de competência, as causas e litígios entre os órgãos da Federação e outras partes envolvidas, como as alusivas a partidos políticos, e sua situação jurídico-constitucional; o controle da norma em abstrato, quando têm legitimação ativa ou legitimação para requerer o Governo Federal, o Governo Estadual ou 1/3 dos membros do Parlamento Federal (Dieta Federal, **Bundestag**), que corresponde à nossa Câmara dos Deputados; compete-lhe ainda o controle incidente ou concreto da norma. Em todos os casos em que surgir numa corte a discussão sobre matéria constitucional, o processo logo é sobrestado, sendo submetido a julgamento do TCF.

O chamado **processo de recurso constitucional** compete também ao TCF. Em tal processo, qualquer pessoa que se sinta prejudicada pela autoridade pública, no tocante a **direitos individuais** previstos e inscritos na Constituição, tem o direito de recorrer ao Supremo Tribunal Constitucional. Entretanto, previamente à admissão do **recurso constitucional**, a parte interessada deve esgotar as vias judiciais comuns.

O recurso constitucional é a tradução do nome (**Verfassungsbeschwerde**), sendo um instrumento próprio para a tutela dos direitos humanos. Ele já tem antecedentes nas Constituições dos Estados-Membros da Baviera de 1919 e 1946. Contudo, não foi consagrado e nem estatuído no texto primitivo da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949. Posteriormente o legislador federal regulou o funcionamento do Tribunal Constitucional de Karlsruhe nos arts. 90 a 96 de lei ordinária, determinando o seguinte: qualquer pessoa que se declara lesada pelo poder público em um dos seus direitos fundamentais ou no exercício dos direitos, reconhecidos pelos arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental, pode promover o recurso constitucional direto contra o Tribunal Constitucional Federal.

Em seguida ocorreu a reforma de 29 de janeiro de 1969, quando este recurso foi elevado à categoria constitucional, conforme o art. 93, 4º a, determinando que o Tribunal Constitucional Federal decide "sobre processos constitucionais que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos arts. 20, alínea 4, 33, 38, 101, 103 e 104".

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha alude assim a um processo constitucional e a um recurso constitucional, num pensamento que sobretudo provém de HANS Kelsen.

Ver a respeito: HANS Kelsen, "La Garantie Juridictionnelle de la Constitution — La Justice Constitutionnelle", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, 1928, p. 227; MAURO CAPPELLETTI, *Il Controllo Giudiziario Di Costituzionalità Delle Leggi Nel Diritto Comparato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1973, 4ª ed., pp. 1/2; JOSÉ LUIZ CASCAJO CASTRO, "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad", *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, nº 199, jan/fev., 1975; HECTOR FIX-ZAMUDIO, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.

A inconstitucionalidade dos partidos políticos é também julgada pelo TCF.

Qual a composição do Tribunal Constitucional Federal? A própria Constituição Federal a prevê no art. 94:

"O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juizes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal são eleitos a metade pelo Parlamento Federal e a outra metade pelo Conselho Federal (**Senado**) (a observação é nossa). Eles não podem pertencer nem ao Parlamento Federal (**Câmara dos Deputados**) (a observação é nossa), nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro."

Uma lei federal regula a organização e processo do Tribunal Constitucional Federal e determina quando as suas decisões têm força de lei (*Ein Bundesgesetz regelt seine Verfassung und das Verfahren und bestimmt, in welchen Faellen seine Entscheidungen Gasetzkraft haben*).

#### IV

O Poder Judiciário alemão instituiu um **Supremo Tribunal Federal** (**Oberstes Bundesgericht**) além do Supremo Tribunal Constitucional. São dois grandes órgãos que têm a designação de supremo (**Oberstes**).

O sistema alemão prevê a dualidade de justiça, a justiça é federal e estadual. A regra geral é de que a justiça de 1º grau é estadual, sendo a Justiça Federal constituída de Tribunais que têm a incumbência de

cognição de recursos das decisões dos tribunais estaduais, visando à uniformização de jurisprudência. Das decisões dos Juizes de 1º grau é cabível o recurso de apelação para o tribunal de 2º Grau (matéria de fato e de direito). As decisões dos tribunais de apelação podem ser objeto de recurso para os tribunais de revisão, que apenas podem exclusivamente apreciar matéria de direito.

Além do Tribunal Constitucional Federal, conhecido em outros países com o nome de Corte Constitucional, como na Itália, Portugal e Espanha, deve ser lembrado o **Supremo Tribunal Federal**.

Preceituava o texto originário da CF de 1949 (art. 95, 1):

“Art. 95. Para garantia da unidade do direito federal, é instituído um Supremo Tribunal Federal (**Zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts wird ein Oberstes Bundesgericht einrichtet**).”

O inciso 2 do mesmo artigo determinava o seguinte:

“O Supremo Tribunal Federal estatui no caso em que as decisões apresentam uma importância de princípio para a unidade de jurisprudência dos tribunais federais superiores (**Das Oberste Bundesgericht entscheidet in Faellen, deren Entscheidung fuer die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundesgericht von grundsuetlichen Bedeutung ist**).”

O texto consolidado vigente, no art. 95 (Supremos Tribunais da Federação — Senado conjunto), prevê o seguinte:

“Art. 95, 1 — Para os setores de jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência, a Federação instituirá como tribunais superiores o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal de Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social.”

No direito alemão eles têm as seguintes denominações: Supremo Tribunal Federal (**Bundesgerichtshof**), que GEBHARD MUELLE chama de Corte de Cassação Federal; Tribunal Federal Administrativo (**Bundesverwaltungsgericht**); Tribunal Federal de Finanças ou Tribunal Fiscal Federal (**Bundesfinanzhof**); Tribunal Federal do Trabalho (**Bundesarbeitsgericht**) e o Tribunal Federal Social ou Corte Social Federal (**Bundessozialgericht**).

Para preservar a unidade da jurisprudência deve ser constituído um Senado conjunto dos referidos tribunais.

Foram também instituídos tribunais federais para os assuntos relativos à proteção da propriedade industrial (art. 96,1) bem como tribunais federais, tribunais penais para as Forças Armadas (art. 96,2), para os quais o supremo tribunal é o Supremo Tribunal Federal.

Há destarte vários ramos autônomos principais de tribunais federais superiores, encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal: 1) Supremo Tribunal Federal, competente para a jurisdição ordinária; 2) Tribunal Federal Administrativo, competente para a justiça administrativa, que tem por objeto julgar as demandas de direito público (demandas das pessoas contra os órgãos públicos, ações de funcionários públicos e suas entidades empregadoras); 3) Tribunal Federal de Finanças, competente para a justiça fiscal, julgando as controvérsias entre o contribuinte e o fisco; 4) Tribunal Federal do Trabalho, competente para a justiça do trabalho, julgando os litígios entre empregadores e empregados, incluindo as questões da co-gestão nas empresas; 5) Tribunal Federal Social, competente para a justiça social, decidindo as causas concernentes ao seguro social, seguro desemprego, direito previdenciário, amparo às vítimas de guerra.

O órgão **Informação**, nº 24, editado pelo Departamento de Imprensa do Governo da República Federal da Alemanha, Bonn. 2/1979, colige considerações sobre o sistema judiciário alemão, com um organograma do Poder Judiciário Alemão. Devem ser consultadas a respeito, ainda, as seguintes obras: FRIEDRICH GIESE, **Grundgesetz fuer die Bundesrepublik, Deutschland, Kommentar**, Frankfurt a. M. 1955, 4ª ed., p. 160 3.; **Kommentar zum Bonner Grundgesetz**, aos arts. 95 e seguintes; RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA, **Direito Constitucional Comparado**, Belo Horizonte, Liv. Del Rez Ltda. 1985; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, **Processo Constitucional**, Rio, Forense, 1984.

## V

Embora se atribua geralmente à Alemanha de Bonn a idéia de criação de uma Corte Constitucional, contudo tal pensamento é originário especialmente da Constituição da Alemanha de 1919 e das especulações de HANS KELSEN, principal autor da Constituição Federal da República da Áustria, de 1º de outubro de 1920, revisada em 7 de dezembro de 1929 e recolocada em vigor pela Lei Constitucional nº 4, de 1º de maio de 1945.

A Constituição da Áustria prevê no art. 92 uma **Corte Suprema (Oberstes Gerichtshof)** sediada em Viena, que julga em última instância em matéria cível e penal.

Prevê ainda uma **Alta Corte Constitucional**, o nome é Corte (**Hof**) e não Tribunal (**Gericht**), ao lado de uma Alta Corte Administrativa.

A referida Constituição da Áustria tem somente 150 artigos; o seu Título VI, **Garantias da Constituição e da Administração**, especifica nos arts. 137-148 as atribuições e composição da mencionada Alta Corte Constitucional.

É interessante assinalar o modelo austríaco da inconstitucionalidade prevista no art. 139, incisos 2 e 3, segundo o qual a decisão da Alta Corte Constitucional pronunciando a nulidade de leis e regulamentos obriga a autoridade competente a publicar imediatamente esta anulação entrando em vigor no dia de sua publicação.

Essas idéias fundamentais, de jurisdição constitucional conferida a uma Alta Corte Constitucional, devem-se ao pensamento de HANS KELSEN sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica (*Stufenbau der Rechtsordnung*), exposto na sua *Teoria Geral do Estado* e outras obras, bem como no texto da Constituição da Áustria de 1920. Mais tarde ele apreciou o sistema nas obras *A Constituição da Áustria* (no *JhroeffenR der Gegenwart*, 1930) e no livro *Direito Constitucional Austríaco* (*Des-terreisches Staatsrechts*, Tuebingen, 1925).

A Alta Corte Constitucional teve o seu nome mudado para Corte de Justiça Constitucional pela Revisão Constitucional de 1929.

## VI

No sistema jurídico norte-americano encontra-se o modelo convencional de controle jurisdicional da inconstitucionalidade. A Constituição de 17 de setembro de 1787, no artigo III, Seção I, previu expressamente uma Suprema Corte e tribunais inferiores que fossem estabelecidos por determinações do Congresso.

Como a Constituição é a lei fundamental e básica, desde o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, com a sabedoria de Marshall, ajuizou-se que nada pode vigorar contra a lei constitucional.

O sistema judiciário norte-americano é dualista, como no Brasil e na Alemanha: justiça federal e justiça estadual.

O órgão mais elevado no sistema judiciário nacional é a **Suprema Corte**, com nove juízes (**Justices**) vitalícios.

O sistema federal é formado pela Suprema Corte, as Cortes de Apelação e as Cortes Distritais.

Logo abaixo da Suprema Corte se encontram as Cortes de Apelação, em onze circuitos, uma **Court of Claims** e uma **Court of Customs and Patents**.

Cada circuito abrange três ou mais Estados.

Ainda vinculadas às Cortes de Apelação devem ser mencionadas as Cortes Distritais (89 Distritos), as Cortes Distritais da zona do Canal de Guam, das Ilhas Virgens, a **US Tax Court** e diversas agências administrativas quase judiciais.

As Cortes podem ser classificadas em quatro grupos: 1) **superiores**; 2) de **apelação**; 3) de **primeiro grau**; 4) **municipais**, compreendendo a justiça da paz.

Uma apreciação genérica de todas essas cortes no sistema judiciário norte-americano pode ser feita com a leitura do **Dicionário de Direito de Black (Black's Law Dictionary)**, 5ª ed., St. Paul Minn. West Publishing Co., 1979.

## VII

A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que entrou em vigor a 1ª de janeiro de 1948, inspirou-se no modelo austríaco e kelseniano, antes mesmo da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949.

Ela tem 139 artigos, com o Título VI — **Das Garantias Constitucionais**, como na Áustria de 1920, criando uma **Corte Constitucional**, disciplinada nos arts. 134 a 137 da lei básica, além de uma **Corte de Cassação** (art. 111).

É de ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade se aplica **erga omnes**, como pretende Kelsen, nos termos do art. 136 da Constituição da Itália:

“Quando a Corte declara a ilegitimidade de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão.”

Não é admitida nenhuma impugnação contra as decisões da Corte Constitucional.

A Constituição da Itália determina:

A Corte Constitucional julga:

- as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos, com força de lei, do Estado e das Regiões;
- os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e daqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões;
- as causas movidas contra o Presidente da República e os Ministros, segundo a Constituição.

A Corte Constitucional é composta por quinze juizes assim nomeados: um terço pelo Presidente da República; um terço pelo Parlamento em sessão comum; e um terço pelas supremas magistraturas ordinárias e administrativas.

Os juizes da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo aqueles aposentados, das jurisdições superiores ordinária e administrativa, entre os professores universitários de disciplinas jurídicas e entre os advogados com mais de vinte anos de exercício.

A Corte elege o Presidente entre os seus integrantes.

Os juizes são nomeados para um mandato de nove anos, renovando-se parcialmente segundo as normas fixadas pela lei, não sendo imediatamente reelegíveis.

A função de juiz da Corte é incompatível com aquela de membro do Parlamento, de membro de um Conselho Regional, com o exercício da profissão de advogado, e com qualquer outro cargo e função indicados pela lei.

Nos julgamentos de acusação contra o Presidente da República e contra os Ministros, intervêm, além dos juizes ordinários da Corte, dezesseis membros sorteados, no início de cada legislatura, pelo Parlamento em sessão comum, entre cidadãos possuidores dos requisitos para a elegibilidade a senador.

Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei, a norma perde a sua eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão.

A decisão da Corte é publicada e comunicada às Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que, se se julgar necessário, tomem providências nas formas constitucionais.

Uma lei constitucional estabelece as condições, as formas, os prazos de apresentação dos julgamentos de legitimidade constitucional e as garantias de independência dos juizes da Corte.

Mediante lei ordinária, são estabelecidas as demais normas ordinárias para a constituição e o funcionamento da Corte.

Contra as decisões da Corte Constitucional não é admitida nenhuma impugnação.

## VIII

A Constituição da República Portuguesa, segundo o texto da Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro de 1982, 1ª revisão constitucional da Constituição de 25-4-1976, tem a Parte IV, Título I — **Garantia da Constituição**, instituindo um **Tribunal Constitucional** (arts. 278, 279, 280, 282, 283, 284, 285), além do Supremo Tribunal de Justiça (arts. 212 e 214). A matéria é regulada executivamente na longa Constituição de Portugal, que tem 300 artigos.

A Constituição da República Portuguesa admite a inconstitucionalidade por ação e por omissão (respectivamente arts. 277 e 283).

É também oportuno lembrar a influência kelseniana do art. 282, inciso I:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.”

O efeito é **erga omnes**. A repristinação, do italiano **ripristinare**, significa recolocar no estado anterior. Lei repristinatória é uma lei que revoga uma lei revogadora.

A Constituição da República Portuguesa, na Parte IV, Capítulos I e II do Título I — **Garantia da Constituição**, prescreve:

“São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.

O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

Os Ministros da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura.

A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de cinco dias, a contar da data da recepção do diploma.

O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte dias, o qual, no caso de apreciação preventiva de constitucionalidade, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

No caso previsto acima, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes.

Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Ministro da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembléia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes.

Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, o recurso previsto na alínea a acima mencionada é obrigatório para o Ministério Público.

Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;

b) que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

c) que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo, com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a e b.

Os recursos previstos nas alíneas b e c mencionadas acima só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

a) a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembléia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República, de um décimo dos Deputados à Assembléia da República ou, com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas, das respectivas assembléias regionais ou dos presidentes dos governos regionais;

b) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a ou do Ministro da República para a respectiva região autónoma;

c) a ilegalidade de qualquer norma constante de diploma emanado dos órgãos de soberania, com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a, bem como do presidente da assembléia regional, do presidente do governo regional ou de um décimo dos Deputados à assembléia regional da respectiva região autónoma.

O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última

Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao argüido.

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto no art. 282, 1 e 2.

A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

O Tribunal Constitucional é composto por treze juizes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes.

Três dos juizes designados pela Assembleia da República e os três juizes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre juizes dos restantes tribunais, e os demais dentre juristas.

Os juizes do Tribunal Constitucional são designados por seis anos.

O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juizes.

A lei pode prever o funcionamento do Tribunal Constitucional por seções não especializadas para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade."

## IX

A mais nova das Constituições europeias que prevêem um **Tribunal Constitucional** é a Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, com 169 artigos, mais as disposições finais, transitórias, revogatórias e disposição final.

Ela prevê um Supremo Tribunal (art. 123) com jurisdição em toda a Espanha, como órgão jurisdicional superior a todas as ordens, salvo o disposto nas garantias constitucionais.

O Título IX, art. 161, prevê o **recurso de inconstitucionalidade** contra as leis e disposições normativas com força de lei. Ainda aqui se revela a influência kelseniana:

"A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quanto a esta, embora a sentença ou as sentenças por ela efetivadas não percam o valor de coisa julgada."

Preceitua a referida Constituição:

“O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idêntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial.

Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão.

Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos.

A condição de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com qualquer mandato representativo, com cargos políticos e administrativos, com o desempenho de funções diretivas em partidos políticos ou em sindicatos e com qualquer emprego ao seu serviço, com o exercício de funções judiciais e do Ministério Público e com qualquer atividade profissional e mercantil.

Os membros do Tribunal Constitucional terão as incompatibilidades próprias dos membros do Poder Judicial.

Os membros do Tribunal Constitucional serão independentes e inamovíveis no exercício do seu mandato.

O Presidente do Tribunal Constitucional será nomeado dentre os seus membros pelo Rei, sob proposta do Tribunal em pleno, e por um período de três anos.

O Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e compete-lhe conhecer:

a) do recurso de inconstitucionalidade contra as leis e disposições normativas com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, produzirá efeitos quanto a esta, embora a sentença ou sentenças por ela afetadas não percam o valor de caso julgado;

b) do recurso de amparo, por violação dos direitos e liberdades referidos no nº 2 do art. 53 desta Constituição, nos casos e na forma a estabelecer pela lei;

c) dos conflitos de competência entre o Estado e as comunidades autónomas ou de estas entre si;

d) das demais matérias que lhe atribuem a Constituição ou as leis orgânicas.

O Governo poderá impugnar perante o Tribunal Constitucional as disposições e resoluções aprovadas pelos órgãos das comunidades autônomas. A impugnação determinará a suspensão da disposição ou resolução recorrida, mas o Tribunal terá de ratificar ou levantar a suspensão em prazo não superior a cinco meses.

Têm legitimidade:

a) para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, cinquenta Deputados, cinquenta Senadores, os órgãos colegiais executivos das comunidades autônomas e, se for o caso, as assembléias das comunidades autônomas;

b) para interpor o recurso de amparo qualquer pessoa física ou jurídica que invoque um interesse legítimo, bem como o Defensor do Povo e o Ministério Público.

A lei orgânica determinará as pessoas e os órgãos com legitimidade nos outros casos.

Quando, em algum processo, um órgão judicial considerar que uma norma com categoria de lei, aplicável ao caso e de cuja validade depende a decisão, pode ser contrária à Constituição, suscitará a questão perante o Tribunal Constitucional nas condições, na forma e com os efeitos a estabelecer por lei, os quais, em nenhum caso, serão suspensivos.

As sentenças do Tribunal Constitucional são publicadas no **Boletim Oficial del Estado** com os respectivos votos particulares, se os houver. As sentenças têm o valor de caso julgado a partir do dia seguinte ao da sua publicação e não admitem recurso. As sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito revestem-se de plena eficácia geral.

Salvo quando na decisão se dispuser diferentemente, subsistirá a vigência da lei na parte não afetada pela inconstitucionalidade.

Uma lei orgânica regulará o funcionamento do Tribunal Constitucional, o estatuto dos seus membros, o processo e as condições de propositura das ações."

## X

A Constituição da França de 1958 prevê um órgão misto de controle da constitucionalidade, o chamado Conselho Constitucional (arts. 56 a 63).

O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além dos nove membros acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional.

O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate.

As funções de membro do Conselho Constitucional serão incompatíveis com as de Ministro ou de membro do Parlamento. As demais incompatibilidades serão determinadas pela lei orgânica.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade da eleição do Presidente da República.

Examinará as reclamações e proclamará os resultados do escrutínio.

O Conselho Constitucional preceituará, em caso de contestação, sobre a regularidade da eleição dos Deputados e dos Senadores.

O Conselho Constitucional velará pela regularidade das operações de **referendum** e proclamará seus resultados.

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Câmaras do Parlamento, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronunciará sobre a conformidade destes com a Constituição.

(Lei Constitucional nº 74-904, de 29 de outubro de 1974.)

Para os mesmos fins, as leis poderão ser deferidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta Senadores.

Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho Constitucional deverá se pronunciar dentro do prazo de um mês. Todavia, se o Governo solicitar urgência, esse prazo será de oito dias.

Nesses mesmos casos, a consulta ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação.

Uma disposição declarada inconstitucional não poderá ser promulgada nem aplicada.

As decisões do Conselho Constitucional serão irrecorríveis. Deverão ser reconhecidas pelos poderes públicos e por todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Uma lei orgânica determinará os regulamentos de organização e funcionamento do Conselho Constitucional, o procedimento a ser observado para tanto e, em particular, os prazos abertos para submissão de contestações.

## XI

Dois eminentes juristas brasileiros trouxeram contribuições valiosas para a criação de uma Corte Constitucional. Um deles é CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, na sua conferência intitulada "O Poder Judiciário na Constituição: uma Proposta de Reforma", pronunciada em 25-5-1985 em Porto Alegre (publicada na *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, Ano III, 1985, nº 5, pp. 100-131). O outro é o Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua substancial contribuição intitulada *Uma Proposta de Constituição*, apresentada em 1986 como subsídio à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, popularmente conhecida com o nome Comissão AFONSO ARINOS.

O Ministro CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO, do Tribunal Federal de Recursos e também professor da UnB, propõe uma estruturação de uma certa forma semelhante ao sistema alemão, mas com uma pequena diferença. Não sugere uma Corte Constitucional nos moldes da Lei Fundamental de Bonn, mas o Supremo Tribunal Federal seria uma Corte mais constitucional do que de direito comum.

Escreve ele (op. cit., p. 128):

"Ele teria, em verdade, mais tempo para dedicar-se ao Direito Constitucional. Teria, então, tal como ocorre com a Suprema Corte americana, um papel político relevante, porque, livre dos processos de pouca importância, teria tempo para a sua grande e primeira missão, que é a de ajustar a Constituição formal à Constituição real."

Em suma, ao Supremo Tribunal Federal "competiria julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Superiores de Direito Público (TFR), de Direito Privado (TSCiv.) e de Direito Penal (TSCrim.), quando a decisão recorrida: a) contrariasse a Constituição; b) denegasse **habeas corpus**; c) estivesse em manifesta divergência com a súmula do Supremo Tribunal Federal; d) no caso de a questão federal ter sido considerada relevante pelo Supremo Tribunal Federal".

Assim sendo, na proposta em tela, a competência originária do Supremo Tribunal seria mantida em linha de princípio, não se descartando, porém, a possibilidade de algumas delas passarem para os Tribunais Superiores que sugere. "O Supremo Tribunal, é fácil perceber, não sofreria diminuição. Ao contrário, ele sairia engrandecido" (op. cit., p. 129): "porque cuidava ele, no campo do direito comum,

das grandes questões, das questões federais por ele consideradas relevantes. E poderia o Supremo Tribunal Federal assumir, por inteiro, o papel de Corte Constitucional, que esta é a sua exata e verdadeira posição”.

O recurso cabível para o Supremo Tribunal Federal seria ainda o recurso extraordinário.

Já o pensamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, professor da Universidade Estadual de São Paulo, é exposto em **Uma Proposta de Constituição**, texto articulado com 201 artigos, mais as Disposições Finais e Transitórias. No Subtítulo IV, **Defesa da Constituição**, Capítulo I, **Jurisdição Constitucional**, nos arts. 189 a 192, trata da Corte Constitucional, denominada **Tribunal de Garantias Constitucionais**.

Admite a plena jurisdição constitucional desse TGC, estatui a sua competência, composição, processo de escolha, bem como admite a constitucionalidade por ação e omissão, o recurso de inconstitucionalidade e a apreciação preventiva de inconstitucionalidade.

## XII

O controle da constitucionalidade realiza uma verificação **vertical** que necessariamente existe entre a norma constitucional como uma supernorma e as regras que lhe são subordinadas, em face da estrutura escalonada da ordem jurídica.

No sistema jurídico brasileiro há dois tipos de controle jurisdicional:

- a) o controle por via de exceção;
- b) o controle por via de ação.

O controle por via de exceção vincula-se ao modelo convencional, enquanto o controle por via de ação sofre a influência do modelo austríaco e de inspiração kelseniana. O primeiro se realiza por um **método difuso** e o segundo por um **método concentrado**.

## XIII

O controle por via de exceção tem as seguintes notas características:

- a) qualquer pessoa, que disponha de legítimo interesse econômico ou moral, pode suscitar a questão prejudicial da constitucionalidade;
- b) qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive o Juiz singular, pode apreciá-la;
- c) a discussão sobre o tema não é o objeto principal da lide, mas se faz incidentalmente (cf. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, **Constituição Federal Anotada**, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 344-345).

O controle incidental ou por via de exceção é exercido em função de casos concretos, representa o modelo convencional e existe no Brasil com a 1.<sup>a</sup> República.

A declaração de inconstitucionalidade pode ser proferida pelos Tribunais, *mas neste caso somente o Plenário tem competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, e não os órgãos fracionários dos Tribunais, como as Câmaras, Turmas ou Seções.*

“A competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade é do Tribunal Pleno e não da Câmara” (RT, 508:217; RF 193:131; RTJ, 96:1188, 95:859).

Tal regra de competência é obrigatória, mesmo quando a inconstitucionalidade já foi anteriormente declarada: “em face do preceituado no art. 116 da Emenda Constitucional nº 1/69, é necessário que a Câmara Julgadora submeta a questão de inconstitucionalidade ao Plenário do Tribunal de Justiça, ainda quando o STF já haja declarado inconstitucionais outras leis de conteúdo semelhante. Inaplicabilidade do princípio da economia processual” (RTJ, 99:273; RDA, 145:140).

O juiz singular também pode proferir a declaração de inconstitucionalidade, conforme decisão do STF (RT, 554:253).

#### XIV

O controle por **via de ação** ou **controle principal** se baseia no método concentrado e tem as seguintes notas características:

a) a *titularidade* do poder de agir ou a legitimação ativa pertence exclusivamente ao Procurador-Geral da República, no plano federal, e ao Procurador-Geral da Justiça, no plano estadual;

b) a competência para o julgamento é do STF ou do TJ, conforme o caso;

c) a discussão sobre a constitucionalidade da norma é feita em caráter *principal e abstratamente* (cf. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., p. 343).

O controle por **via de ação no plano federal** efetua-se de duas maneiras:

a) **ação direta genérica;**

b) **ação direta interventiva**, nos casos de intervenção federal.

Em ambas, a PGR tem titularidade. O STF é o órgão competente para julgar ambas as ações. A **ação direta genérica** fundamenta-se no

art. 119, I, e, da Constituição Federal, visa como finalidade de ordem jurídica a proclamação judicial da inconstitucionalidade material ou formal da norma e tem por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual impugnados em face da Constituição Federal. O PGR pode requerer ao STF a **suspensão liminar** da norma impugnada até decisão final do STF (CF, art. 119, I, p). Já a **ação direta interventiva** fundamenta-se no art. 11, § 1º, c, da CF, possuindo **dupla** finalidade, uma de ordem jurídica, que é a proclamação judicial da inconstitucionalidade material ou formal da norma, e outra de ordem política, que é a decretação de intervenção federal no Estado. O PGR pode requerer ao STF a **suspensão liminar** da execução da norma impugnada, até decisão final da Corte (cf. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., p. 344).

O PGR não é obrigado compulsoriamente a ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, podendo determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe for dirigida. É o que tem decidido a jurisprudência (RTJ, 98:3, 48:156, 59:333, 100:1013, 100:954, 100:1). Do mesmo modo se orienta a doutrina, como se vê de JOSÉ LUIZ DE A. MELLO, Ação Direta e Inconstitucionalidade, in: **Enciclopédia Saraiva do Direito** (São Paulo, 1977, v. 3, pp. 116-135). Contrariamente opina JOSAPHAT MARINHO, **Inconstitucionalidade de lei**, Representação ao Supremo Tribunal Federal (RDP, 12:150). Assim, o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República é **facultativo**.

De acordo com o Regimento Interno do STF, a comunicação ao Senado para os efeitos do art. 42, VII, da CF, isto é, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, torna-se desnecessária quando se trata de controle por via de ação (Reg. Int., art. 175 e seu parágrafo único). A comunicação ao Senado Federal para os fins do art. 112, VII, da CF é contudo necessária quando a inconstitucionalidade é declarada por via de exceção, incidentalmente (Reg. Int., art. 178).

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle por via de ação ou controle principal são os seguintes:

- a) a eficácia da decisão do STF é obrigatória e genérica;
- b) a decisão do STF faz coisa julgada, formal e material vinculada a aplicadores estatais da lei ou ato normativo;
- c) a decisão do STF retroage em seus efeitos até o nascimento da norma impugnada (RTJ, 89:367, 87:758, 82:791; JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., p. 344).

A jurisprudência decidiu também o problema da lei anterior incompatível com a Constituição da seguinte maneira:

“Se a lei dada como inconstitucional é anterior à Constituição, não cabe a arguição de inconstitucionalidade, mas a simples verificação sobre se ela foi, ou não, revogada pela mesma Constituição” (RF, 221:167; RT, 93:980; 95:993; 99:544).

A jurisprudência também assim se orienta no que concerne às relações entre a ação direta de inconstitucionalidade e a revogação superveniente da lei: “Não prejudica o andamento da ação direta de inconstitucionalidade a revogação superveniente da lei impugnada, que produz efeitos jurídicos...” (RDA, 140:41, 141:131; RTJ, 54:710, 55:662, 87:758, 89:367, 100:467). Entende nesses julgados que a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade tem efeitos retroativos. Contudo, o PGR torna-se carecedor da ação direta de inconstitucionalidade, quando a lei é previamente revogada antes do ajuizamento da ação direta (RTJ, 107:928).

O controle por via de ação ou controle principal também se realiza na esfera dos Estados-Membros mediante a ação direta interventiva. A titularidade da ação cabe ao Procurador-Geral da Justiça, como Chefe do Ministério Público local, sendo o Tribunal de Justiça o órgão competente para o processo e julgamento desta ação. A ação direta interventiva fundamenta-se no art. 15, § 3º, d, da CF, possuindo uma dupla finalidade, qual seja a declaração judicial da inconstitucionalidade formal e material da norma impugnada, e política, que é a decretação da intervenção do Estado no Município, tendo afinal como objeto lei ou ato normativo municipal, que tenham sido impugnados em face dos princípios mencionados na Constituição Estadual. Contudo o STF foi contrário a tese defendida por diversos juristas, de que o Estado-Membro pode promover ação direta genérica na defesa e preservação de sua autonomia, e com fundamento na autonomia federativa. A orientação foi firmada porque ao STF não pareceu adequado o controle jurisdicional em abstrato por ser excepcional e só nos casos expressamente previstos na CF (RTJ, 97:110, 95:445; RDA, 145:142; 145:152; 145:156 e Súmula 614 do STF). Contrariamente: GALENO LACERDA, “Parecer” (RPGESP, 16:315); MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Parecer” (RPGESP, 16:375); JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal” (RPGESP, 11:423); CELSO BASTOS, “O controle jurisdicional das leis e atos normativos municipais” (RPGESP, 10:635); ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Ação direta de inconstitucionalidade, razões” (RPGESP, 10:573); DALMO DE ABREU DALLARI, “Lei municipal inconstitucional” (RPGESP, 11:65). A discussão do tema foi amplamente ventilada sob vários aspectos

tos pelo constitucionalista JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 345).

## XV

E de reconhecer-se ademais a ineficácia derogatória das leis inconstitucionais. Verdade seja que a revogação de uma lei provoca a cassação de sua vigência. Mas a lei inconstitucional, sendo ineficaz, reveste-se de completa inaplicabilidade.

Escreve JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 349):

"A lei eivada de inconstitucionalidade, por isso mesmo, não possui eficácia derogatória de leis anteriores. Nota-se que a decisão judicial, mesmo a emanada do STF, ao declarar inconstitucional uma lei, não lhe opera a revogação... Decreta-lhe, porém, a ineficácia, que se projeta e atinge todos os possíveis efeitos que uma lei constitucional é capaz de gerar" (cf. Rp. 1.077, RJ, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 101:503; igualmente WALTHER THEODÓSIO, "Da Declaração da Inconstitucionalidade da Lei", *Justitia*, 118:97-125; *Constituição da República Portuguesa*, art. 282, nº 1.)

## XVI

O Judiciário imperial não conhecia o processo de revisão constitucional das leis. A primeira manifestação sobre inconstitucionalidade das leis foi levantada por TEIXEIRA DE FREITAS, que a mostrou comparando a Lei nº 1.096, de 10-9-1860, com a Constituição do Império, de 1824.

A estupenda novidade da declaração de inconstitucionalidade nasce com a Constituição de 1891 (art. 59, § 1º, a e b), que de certo pareceu revolucionária aos provecos juizes do Império, permitindo ao Poder Judiciário esta missão de anular no caso concreto e trazido a seu julgamento tanto os atos do Legislativo como os do Executivo.

A matéria da declaração da inconstitucionalidade, atribuída ao STF (CF de 1891, art. 59, § 1º, a e b), foi consagrada novamente com detalhe na Lei nº 221, de 20-11-1894, que completou a organização da Justiça Federal, já começada pelo Decreto nº 848, de 11-10-1890.

Preceitua tal Decreto nº 221/1890 dos primórdios da República:

"Art. 38 — Ao Procurador-Geral da República, além das mais atribuições que lhe confere o Decreto nº 848, compete:

.....

§ 3º — Representar aos poderes públicos o que entender a bem da fiel observância da Constituição, leis e tratados.”

Tal documento vem consagrar entre nós o princípio da legalidade e constitucionalidade, mostra JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO (cit., p. 120).

Conforme ALFREDO BUZARD na sempre consultada obra **Da Ação Direta de Declaração de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** (São Paulo, Saraiva, 1978, p. 19), “esta faculdade já existia na Constituição provisória de 22-6-1890, art. 58, § 1º, b, e no Decreto nº 848, art. 9º, parágrafo único, a e b”.

Em toda essa caminhada de defesa do princípio de constitucionalidade RUI BARBOSA ocupa um lugar de honra, considerado o Marshall brasileiro por CASTRO NUNES (**Teoria e Prática do Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, 1943).

O controle da constitucionalidade das leis ou atos em tese e por via da ação direta era praticamente desconhecido do direito pátrio, porém, até a CF de 1946, salvo no caso específico do art. 8º, parágrafo único, nos casos de intervenção federal pela violação de princípios constitucionais sensíveis à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo STF em representação de titularidade do Procurador-Geral da República.

A EC nº 16, de 1965, deu maior amplitude ao controle por via de ação, tal como se encontra na CF de 1967, com a redação dada pela EC nº 7, de 13-4-1977. Ela atribuiu ao STF a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa estadual ou federal, mediante **ação direta**, que só pode ser proposta pelo PGR. Esta ação independe de lesão ou direito individual, quando a vigência do ato inconstitucional conflita com a ordem jurídica, a ação tendo como finalidade a declaração da inconstitucionalidade.

O País, em matéria de constitucionalidade, inicialmente filiado ao modelo norte-americano com a 1ª República, começou desde 1946 a vincular-se ainda ao modelo austriaco com o advento da ação direta de inconstitucionalidade.

Desde então existem dois caminhos a seguir para a declaração de inconstitucionalidade:

1º) o **modelo convencional**, quando o problema surgido como incidente tem o seu desfecho na via judicial normal;

2º) a **ação direta de inconstitucionalidade**, que, como o próprio nome o indica, visa imediatamente o ponto constitucional, por intermédio do PGR atuando na condição de representante da sociedade.

Na ação direta de inconstitucionalidade somente o PGR pode ser o sujeito ativo da ação por via ou provocado. Contudo sempre como agente impulsionador e titular do procedimento. Para tal, as partes interessadas devem dar conhecimento das possíveis inconstitucionalidades ao PGR, e este, se assim o entender, submeterá o ato ou os atos ao Supremo Tribunal Federal.

Contudo o PGR não é peça decorativa, pois não é simples encaminhador da representação, visto que o Chefe do Ministério Público Federal também opina e submete o ato ao STF.

O entendimento sobre a matéria é de que, se o PGR não submete a questão ao STF, ou entendê-la como constitucional, em face da omissão da lei, o assunto será arquivado. Nada impede entretanto que o mesmo PGR, embora não esteja convencido da inconstitucionalidade levantada pelos argüentes, ainda assim a apresente a exame do STF, dada a sua relevância, possibilitando o julgamento final (vide Representações n.ºs 96-753, com maiores detalhes nos **Arquivos da Assessoria Técnica Legislativa**, 1950, pp. 9 e 121).

## XVII

Pode ocorrer a recusa do Poder Executivo de dar cumprimento a lei ou atos reputados e considerados como inconstitucionais.

RUI CARLOS DE BARROS MONTEIRO, no seu estudo intitulado "O argumento de inconstitucionalidade e o repúdio da lei pelo Poder Executivo", não reconhece ao Poder Executivo a faculdade de recusar aplicação às leis inconstitucionais (**RF**, 284:109-10). No mesmo sentido CLENÍCIO DA SILVA DUARTE (**RDP**, 2:150).

JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, citando ampla jurisprudência e doutrina, opina diferentemente nos seguintes termos (cit., p. 346):

"É lícito ao Poder Executivo recusar-se a cumprir leis e atos normativos que considere eivados de inconstitucionalidade, sem prejuízo de exame posterior pelo Judiciário."

Conforme esta orientação, pode ser mencionada farta jurisprudência: **RTJ**, 2:386, 3:760, 32:134, 33:336, 41:669, 96:496; **RT**, 374:153, 354:153, 338:130, 384:91, 381:300, **RDA**, 140:49, 56:295, 85:212).

Entre os doutrinadores opinam do mesmo modo pela possibilidade de recusa do Poder Executivo de dar tal cumprimento às referidas leis e atos considerados como inconstitucionais: CAIO TÁCITO, **RDA**, 59:344; JOSÉ FREDERICO MARQUES, **RDA**, 81:466; MANOEL

GONÇALVES FERREIRA FILHO. **RPESP**. 12.564; THEMÍSTOCLES BRANDAO CAVALCANTI, **RDA**, 83:383.

O conceito de ato é muito amplo e compreensivo "... O legislador constituinte usou da palavra ato na sua acepção mais ampla. para abranger as normas de qualquer hierarquia que comprometam alguns dos princípios enunciados..." (STF, **RF**, 124:80).

## XVIII

A inconstitucionalidade pode ser por ação e por omissão. Diversas Constituições já a admitem, como a Constituição da República Portuguesa de 1976. que prevê a inconstitucionalidade por ação no artigo 277, 2º. e a inconstitucionalidade por omissão no art. 283, 1. A Proposta de Constituição do prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA também cogita de ambas, no art. 189.

A inconstitucionalidade por ação decorre de um comportamento ativo do Poder Público, contrariando normas, princípios e formalidades previstos no texto constitucional ou na sua essência.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o Poder Público deixa de praticar atos legislativos ou executivos necessários e indispensáveis para tornar aplicáveis as normas constitucionais. Não cumpre o dever imposto pela Constituição, com inobservância do dever constitucional de agir e fazer. Esta **inércia** no plano constitucional mostra "a inatividade consciente na aplicação da Constituição". como assinala ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, em "A Inércia no Plano Constitucional" (**RPESP**, 19:90). "Desse **non facere** resulta a inconstitucionalidade por omissão". resume JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 347).

## XIX

A Lei federal nº 4.337/64 e o Regimento Interno do STF são omissos quanto ao litisconsórcio e assistência na ação direta de inconstitucionalidade.

Contudo o STF aplicou subsidiariamente o Código de Processo Civil, admitindo tanto o litisconsórcio como a intervenção assistencial de terceiros nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, como foi a sua primeira interpretação a respeito da matéria. Este entendimento está firmado na seguinte orientação: Rp 861 (**RTJ**, 63:592-601); Rp 891 (**RTJ**, 68:283-312); Rp 890 (**RTJ**, 69:265-37); Rp 933 (**RTJ**, 76:354-92); Rp 931 (**RTJ**, 79:743-51); Rp 946 (**RTJ**, 82:44-51); Rp 961 (**RTJ**, 82:660-9); Rp 953 (**RTJ**, 84:5-39); Rp 900 (**RTJ**, 85:380-96); Rp 958 (**RTJ**, 86:59-64); Rp 963 (**RTJ**, 87:5-13).

Mas JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO observa em minuciosa análise que o STF está reformulando a sua orientação jurisprudencial já em sentido contrário quanto ao tema **litisconsórcio e assistência** nas ações diretas de inconstitucionalidade (cit., p. 349). Hoje o STF já decide que "na representação, por inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual, não se admite a assistência" (RDA, 155:155, 157:266).

## XX

O recurso extraordinário é o instrumento necessário para levar o STF à apreciação da inconstitucionalidade. Ele foi instituído pelo Governo Provisório da República pelo Decreto nº 848, de 11-10-1890, com inspiração norte-americana. Mais tarde foi admitido na Constituição Federal de 1891, porém o nome recurso extraordinário surgiu pela primeira vez no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de 26-2-1891, art. 19. A denominação a nível constitucional data da CF de 1934.

Não cabe recurso extraordinário das decisões proferidas por juiz singular (Súmula 527), mas só de decisões proferidas por Tribunais Federais ou locais.

O recurso extraordinário tem as suas hipóteses de admissão estabelecidas na CF, nele só se discutindo **questões de direito federal**, não sendo admitidas questões de fato (Súmula 279), bem como as questões de direito local, estadual ou municipal (Súmula 280). Ele também só é cabível quando não mais couber na justiça de origem qualquer outro recurso ordinário da decisão proferida (Súmula 281).

Os prazos de interposição do recurso extraordinário são os seguintes: a) quinze dias em matéria cível (CPC, art. 542); b) dez dias em matéria criminal (Lei Federal nº 3.396/58, art. 2º; RTJ, 95:676, 74:613; 78:958, 96:923); c) dez dias em matéria penal militar (DL nº 1.002/69, art. 571); d) quinze dias em matéria trabalhista (CPC, art. 542); e) três dias em matéria eleitoral (Lei federal nº 6.055/74, art. 12).

As decisões do TSE e TST são irrecorríveis, exceto mediante recurso extraordinário em caso de contrariarem a Constituição Federal (arts. 139 a 143).

O recurso extraordinário só tem efeito devolutivo e não suspensivo. Excepcionalmente o STF autoriza suspensividade ao recurso extraordinário interposto mediante **medida cautelar inominada**, mas tal medida só pode ser autorizada pelo próprio STF (Regimento Interno do STF, arts. 304, 21, IV, e 8º, I, RTJ, 112:957, 110:458).

O recurso extraordinário tem suas raízes no *writ of error* norte-americano, instituído pelo **Judiciary Act**, de 24-9-1789, quando se organizou a justiça da União. Na Argentina cabe mencionar a *apelación extraordinaria ante la Corte Suprema* (CPC, art. 2.561).

A Constituição da Espanha de 1978 (art. 161) prevê o **recurso de inconstitucionalidade** contra as leis e disposições normativas com força de lei. A Constituição da República Portuguesa de 1976 admite a apreciação preventiva da constitucionalidade (art. 278).

## XXI

É importante agora salientar a questão de relevância, pois a CF vigente de 1967 autoriza o STF a indicar em seu Regimento Interno as causas que, pela sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal, comportarão recurso extraordinário (CF, art. 119, III, § 1º).

O atual Regimento Interno do STF está em vigor desde 1º-12-1980 (publicado no **DJU** de 27-10-1980), já tendo sofrido emendas e alterações.

O Regimento Interno do STF, na observância do preceito constitucional da relevância, relacionou, no art. 325, as causas que não ensejavam nem comportavam recurso extraordinário, ressalvados e excepcionados os casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do STF ou relevância da questão federal.

Mais tarde o STF modificou tal norma regimental com a Emenda Regimental nº 2, publicada no **DJU** de 9-12-1985, que mereceu elucidativo estudo do Ministro do TFR, EVANDRO GUEIROS LEITE, no trabalho intitulado **O Recurso Extraordinário e a Emenda nº 2/85 do RISTF** (Brasília, Tribunal Federal de Recursos, 1986).

O art. 325 do RISTF agora enumera de modo exaustivo e não apenas com caráter exemplificativo as causas que, conforme a CF, art. 119, III, alíneas **a** e **b**, comportarão o recurso extraordinário. Enumera 10 casos, mas enseja abertura no item XI do art. 325, permitindo a interposição do RE "em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal" (ER nº 2/85).

A argüição de relevância da questão federal "... tem por efeito liberar o recurso extraordinário do entrave regimental" (RTJ, 100:775), mas só pode ser interposta tal relevância quando fundada no art. 119, III, **a** e **b**, da CF. Não se trata na hipótese do novo recurso, devendo ser deduzido na própria petição da interposição do recurso extraordinário. Tem processamento e seguimento obrigatório. O STF é o único órgão que o aprecia em seus pressupostos e mérito (RTJ 83:1).

O STF assim decidiu a matéria (RTJ, 109:459):

“... A arguição de relevância da questão federal não é novo recurso, a sua finalidade não é decidir *hic et nunc* o recurso extraordinário no seu merecimento; o julgamento da arguição de relevância não é ato de prestação jurisdicional. O acolhimento da arguição de relevância afasta o óbice regimental e abre a via do recurso extraordinário...”

## XXII

A arguição de relevância surgiu principalmente para solucionar o congestionamento da pauta do STF. Este, desincumbindo-se de tal tarefa, reúne-se em sessões periódicas do Conselho, optando pela dispensa de motivação dos votos de seus Ministros (EVANDRO GUEIROS LEITE, *cit.*, pp. 34-35).

A própria conveniência da Corte Suprema e ainda a previsão regimental permitem a apreciação secreta, em Conselho, da arguição de relevância, mesmo que a publicidade dos atos processuais seja a regra genérica. É de lembrar contudo que a própria codificação processual permite exceções (CPC, arts. 44, I, 141, V, 155, 444, 815, 841).

O Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais sugere a publicação motivada de rejeição ou de acolhimento da arguição. Tem por finalidade a garantia do litigante de saber porque foi repellido, que não deve ser deixado a critério da discricão dos juízes. Neste sentido pensam DORESTE BAPTISTA, BARBOSA MOREIRA, PEDRO GORDILHO, JOSÉ GUILHERME VILELA (*Revista de Informação Legislativa*, nº 89, 1986, pp. 235-252).

Nos EUA, embora admitindo a dispensa de motivação, alguns julgados têm proferido decisões motivadas (cf. LEDA BOECHAT RODRIGUES, “A Corte Suprema dos EEUU. Sua Jurisdição e o atual Regimento Interno.” RF, 159).

## XXIII

O que deve entender-se por **questão federal**? Como deve compreender-se o significado de **direito federal**?

Como se sabe, o objeto do recurso extraordinário é o de preservar a integridade e intangibilidade do ordenamento jurídico federal, guardando o texto e o espírito da Constituição. O STF ou a Corte Constitucional são verdadeiros **guardas** da Constituição (a expressão é de CARL SCHMITT, *Der Hueter der Verfassung*, ed. esp. Barcelona, 1931).

Compreende-se por direito federal: a) todos os atos de caráter constitucional ou legislativo emanados da União, excetuadas as leis votadas para o Distrito Federal, que têm caráter local; b) todos os

atos normativos emanados do Poder Executivo (decretos, regulamentos, resoluções, portarias); c) todos os tratados internacionais celebrados pelo Brasil e incorporados ao direito positivo interno; d) normas e preceitos regimentais das Casas Legislativas e Tribunais Federais; e) as leis estrangeiras aplicadas por força do direito internacional privado brasileiro se equiparam à legislação federal brasileira para o efeito de admissibilidade do recurso extraordinário (RTJ, 101:1149); JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit., pp. 367-368, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro* (São Paulo, RT, p. 173).

## XXIV

O Estado democrático é um Estado de garantias constitucionais. Democracia sem liberdade, liberdade sem garantias constitucionais, democracia não é e nem pode ser. A culminância do Estado democrático, nos governos livres pelo sufrágio universal e legitimados pelo voto e nos tribunais com juízes dignos do seu sacerdócio, ocorre quando os vencidos e desamparados são titulados pela justiça e pelos tribunais independentes.

Por isto a Constituição da França, de 1958, no seu art. 66, preceitua: "Ninguém pode ser arbitrariamente detido". E mais: "a autoridade judiciária, guarda da liberdade individual (*gardienne de la liberté individuelle*), assegura o respeito deste princípio nas condições previstas pela lei".

É realmente o Poder Judiciário forte e independente, voltado para a sua missão de guarda do direito e da justiça, que é capaz de garantir as liberdades públicas.

Daí o pensamento de uma **Corte Constitucional** exercendo a jurisdição constitucional em sua plenitude, que foi chamada de **Corte de Justiça Constitucional** pela Constituição da Áustria de 1920 (revisada em 1945).

## XXV

O texto constitucional sobre a Alta Corte de Justiça deve ser articulado apropriadamente.

A inconstitucionalidade pode ser por ação ou omissão.

Os juízes não deverão aplicar leis ou atos normativos do Poder Público, cuja inconstitucionalidade reconheçam; nos tribunais, a inconstitucionalidade deverá ser declarada por maioria absoluta de votos dos seus membros.

O Supremo Tribunal Constitucional exercerá a jurisdição em todo o território nacional, sendo competente para processar e julgar a ação de inconstitucionalidade por ação ou omissão e o recurso de inconstitucionalidade das decisões dos tribunais, nos casos que a Constituição especificar.

A denominação desse recurso é feita diferentemente nas Constituições. A legislação alemã de 1949 permite o chamado **processo de recurso constitucional**. Na Argentina usa-se a **apelação extraordinária** ante a Suprema Corte. A Constituição da Espanha de 29-12-1978 alude ao recurso de inconstitucionalidade contra a lei e disposições normativas com força de lei (arts. 161, I, a). No Brasil atual existe o recurso extraordinário e nos EUA o **writ of error**.

O recurso extraordinário de inconstitucionalidade poderá no novo texto constitucional ser interposto das decisões de tribunais:

- 1) que contrariarem dispositivos ou princípios da Constituição;
- 2) que recusarem a aplicação de tratados, lei ou ato normativo federal com base na sua inconstitucionalidade;
- 3) que derem validade a lei ou atos do governo local contestados em face da Constituição ou de lei federal;
- 4) no **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for membro do próprio tribunal;
- 5) no mandado de segurança contra os atos do Presidente da República, da Mesa do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e de seus membros;
- 6) nos conflitos de jurisdição com fundamento em normas da CF entre autoridade administrativa e judiciária;
- 7) nos conflitos de competência constitucional entre a União e os Estados e Territórios ou entre uns e outros;
- 8) no controle da norma em abstrato.

Algumas Constituições atribuem à Corte Constitucional a competência para julgar o governo, como a Constituição da Áustria de 1920, revisada em 1929 (art. 142), que estatui sobre a responsabilidade constitucional do Presidente da República, membros do Governo Federal, governadores, vice-governadores e os membros dos governos provinciais.

Deve-se também admitir a apreciação preventiva da constitucionalidade. Esta ação é prevista na Constituição da República Portuguesa de 1976 (texto revisado pela Lei Constitucional nº 1, de 30-9-1982), no

seu art. 278. Assim sendo, a Corte Constitucional decidirá em caráter preventivo, quando solicitada, pela constitucionalidade de tratado ou convenção internacional antes da sua ratificação, projeto de lei antes de sua sanção, resolução ou decreto legislativo antes de sua promulgação e decretos executivos antes de sua publicação.

Mas quem pode propor a ação de inconstitucionalidade? A Constituição da Espanha (art. 162) preceitua que tem legitimidade para interpor o recurso de inconstitucionalidade o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, 50 Senadores, 50 Deputados, órgãos colegiados executivos de comunidades autônomas (inexistentes estes no Brasil), aos quais se poderia acrescentar no País o PGR e o Presidente da OAB, além de qualquer cidadão.

A decretação de inconstitucionalidade gera determinados efeitos. As decisões da Corte Constitucional adquirem a qualidade de coisa julgada, a partir da sua publicação, sendo irrecorríveis. Assim se orientam as seguintes Constituições: Áustria, de 1920 (art. 139, 2, e art. 139 da CF, revisada em 1929); Espanha, de 1978 (art. 164, 1 e 2); República Portuguesa, de 1976 (art. 283, 1). O art. 282 da Constituição da República Portuguesa tem o seguinte teor:

“A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.” (Lei repristinatória é uma lei que revoga a lei revogadora.)

Afinal, qual a composição possível da Corte Constitucional?

A Constituição da Áustria (texto revisado de 1945, art. 147) determina que a Corte de Justiça Constitucional se compõe de um Presidente, um Vice-Presidente, de 12 outros membros e de 6 membros suplentes. O Presidente, o Vice-Presidente, 6 membros e 3 membros suplentes são nomeados pelo Presidente da República por proposta do Governo Federal, devendo ser escolhidos entre juizes, funcionários da administração e professores da Faculdade de Direito e de Ciência Política das universidades. Os demais 6 membros e os 3 suplentes restantes são nomeados pelo Presidente da República em listas triplíces pelo Conselho dos Estados-Membros e das Profissões.

A Constituição da Alemanha Ocidental de 1949 (art. 94) preceitua o seguinte:

“O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juizes federais e de outros membros. Os membros do Tribunal

Constitucional Federal são eleitos metade pela Dieta Federal (corresponde à nossa Câmara dos Deputados, observação nossa) e metade pelo Conselho Federal (= Senado). Eles não podem pertencer nem à Dieta Federal, nem ao Conselho Federal, nem ao Governo Federal, nem aos órgãos análogos de um Estado-Membro."

Na República Portuguesa o Tribunal Constitucional é composto por 13 juizes, 10 designados pela Assembléia da República e 3 cooptados por estes, mas 3 dos juizes designados pela Assembléia da República e 3 juizes cooptados são obrigatoriamente escolhidos dentre os juizes dos restantes tribunais e os demais dentre juristas.

Na Espanha os membros do Tribunal Constitucional, em número de 12, estão assim previstos no art. 159 da Constituição:

"O Tribunal Constitucional compõe-se de doze membros nomeados pelo Rei, dos quais quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros, quatro sob proposta do Senado por idéntica maioria, dois sob proposta do Governo e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre magistrados judiciais e do Ministério Público, professores de Universidade, funcionários públicos e advogados, todos eles juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão. Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e renováveis por um terço de três em três anos."

Por sua vez é interessante agora assinalar afinal a situação do Conselho Constitucional da França. A Constituição da França preceitua o seguinte (art. 56):

"O Conselho Constitucional se compõe de nove membros, cujo mandato durará nove anos e não será renovável. O Conselho Constitucional se renovará por terços a cada três anos. Três de seus membros serão nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Além dos nove membros acima mencionados, os ex-Presidentes da República serão, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional. O Presidente será nomeado pelo Presidente da República. Terá voto decisivo em caso de empate."

# A interpretação constitucional e o controle da constitucionalidade das leis

MARIA HELENA FERREIRA DA CÂMARA  
Professora Titular da Faculdade de Direito  
da UFRGS, Mestre em Ciências Jurídicas  
pela PUC/RJ, Doutora em Direito Público  
pela UFRJ

## SUMÁRIO

*I. Introdução. II. Interpretação constitucional. III. Controle da constitucionalidade das leis. IV. Conclusões. V. Bibliografia.*

### I. *Introdução*

As transformações pelas quais passamos presentemente, no Brasil, proporcionam momento de reflexão tanto sobre o processo de elaboração da nova Lei Maior, quanto sobre problemas fundamentais relativos à interpretação e controle da constitucionalidade.

Assim, este trabalho objetiva examinar de forma breve, mas sistemática, algumas questões essenciais sobre a interpretação constitucional e o controle da constitucionalidade das leis.

O tema assume dimensão considerável diante do quadro político atual e diante de toda a Nação.

Sejam quais forem as mudanças constitucionais ou as posições tomadas pelos constituintes, a investigação sobre o controle da constitucionalidade deve estar presente, revelando a preocupação com o cumprimento das normas maiores que todos esperam sejam eficazes e duráveis.

A complexidade e amplitude do assunto afastam desde logo qualquer pretensão de esgotá-lo, mas sua importância e oportunidade nos motivam a refletir sobre ele.

Lembramos aqui o pensamento de RUI BARBOSA: "Quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pensamento que as estampa: é a magistratura que as defende".

## II. *Interpretação constitucional*

Inicialmente, nossa atenção se concentra sobre a interpretação constitucional e o controle da constitucionalidade das leis que são problemas intimamente relacionados, e da maior relevância no âmbito do direito e do direito constitucional, de modo específico.

A interpretação busca o pensamento insito na norma. O intérprete, através da atividade interpretativa, procura determinar o sentido e o alcance da norma jurídica.

A interpretação constitucional fundamenta-se nos mesmos princípios da interpretação do direito, mas constitui problema peculiar.

A indagação do sentido profundo da lei, no plano da interpretação constitucional, é mais importante do que no plano da interpretação das normas de direito privado, e mesmo do direito público, em geral.

A norma constitucional não é uma norma como as outras, pois ela se sobrepõe às demais com força maior. Há uma superioridade da lei constitucional em face da lei ordinária.

Outro aspecto, que lhe é próprio, é que a "fórmula constitucional", ou o "conjunto dos princípios fundamentais que se referem ao regime político", é relevante para a interpretação constitucional. São normas que servem de linhas mestras do regime e expressam sua estrutura.

Sabe-se que a Constituição é uma lei impregnada de elementos jurídicos e políticos.

A norma constitucional impõe-se à estrutura social, e de outro lado a estrutura social exerce forte influência sobre a norma. A estrutura social tem caráter dinâmico. Assim, a Constituição pode ser interpretada de acordo com a realidade sobre a qual ela se impõe.

CARLOS MAXIMILIANO, em *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, afirma que o intérprete é o renovador inteligente, o sociólogo do direito.

A interpretação constitucional deve ser integral, total. Não é possível haver uma interpretação somente literal da lei. A ativi-

dade interpretativa recorre à compreensão literal do texto, mas abre-se para outros momentos, como o lógico, o teleológico, o histórico, o evolutivo, o sistemático etc., que são da maior importância.

O intérprete constitucional deve estar atento, pois todos estes momentos são fundamentais na atividade interpretativa.

A lei precisa de um intérprete que a entenda e explique. A lei é a objetivação de um conteúdo espiritual. O Estado, ao criar a lei, no seu texto objetiva determinados conteúdos espirituais, princípios etc. O intérprete, no entanto, não deve recair num subjetivismo. Deve abster-se de uma interpretação subjetiva, ou seja, de preconceitos, de ideologias etc.

A interpretação, ensina FLÁVIO BAUER NOVELLI, é "um reencontrar e um reconstruir a vontade normativa incluída no preceito". Por isto, a interpretação vivifica o direito.

Logo, o juiz, ao interpretar a norma, faz a lei reviver, aplica o texto abstrato da lei ao caso concreto. Sua interpretação, seja qual for o processo de interpretação, é declaratória. Só declara o conteúdo e alcance da norma jurídica.

A interpretação consiste numa atividade lógica vinculada. Vinculada a um certo texto de lei. A função judicial é essencialmente declaratória.

Segundo KARL ENGISCH existem conceitos jurídicos indeterminados.

Diante desses conceitos a ação do intérprete se exerce no sentido de preencher o que não está determinado. Enfim, determina-se o conceito pela interpretação.

A certeza da interpretação jurídica se baseia na exigência de objetividade. Há regras que se impõem à interpretação para dar certeza e segurança. Ao contrário, uma interpretação arbitrária não se guia por pautas objetivas.

A interpretação deve ser uma atividade isenta de subjetivismo.

Também o intérprete não pode se colocar numa posição de crítico ou comentarista. A interpretação constitucional se faz com o fim de aplicar a norma e solucionar o problema concreto.

Cabe ressaltar que caracteriza a Constituição o seu teor político, o seu caráter polêmico e dialético.

Mas a Constituição é norma. É normatividade, regra ou conjunto de regras que visam regular a realidade social como um todo.

Entre o mundo da norma e a realidade que a Constituição regula ou pretende regular, pode haver um desnível. Daí falar-se em autenticidade ou não da Constituição.

É de KARL LOEWENSTEIN esta classificação ontológica da Constituição, em 3 tipos:

- 1) Constituição normativa;
- 2) Constituição nominal;
- 3) Constituição semântica.

A Constituição normativa é aquela que é eficaz e aplicada na prática; a segunda — nominal — carece de realidade. A norma é válida, mas não é aplicada; a terceira é aquela cuja realidade é a formalização da vontade do poder. Está sujeita aos donos do poder e ao aparato coativo do Estado, como por exemplo a Constituição da URSS.

Assim é que o intérprete deve estar atento ao tipo de Constituição, objeto de sua interpretação.

Em sua *Teoría de la Constitución*, LOEWENSTEIN escreve: para que uma Constituição seja viva, deve ser realmente vivida pelos destinatários e pelos detentores do poder; e não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser real e eficaz, a Constituição deve ser observada por todos os interessados e estar integrada na sociedade (no Estado), e vice-versa. Entre a Constituição e a comunidade deve-se verificar uma simbiose.

Ainda, segundo KARL LOEWENSTEIN, embora juridicamente válida, se a dinâmica do processo político não se adaptar às normas constitucionais, tal Constituição carecerá de realidade existencial.

Outro aspecto que citamos é o do significado da Lei Maior.

BISCARETTI DI RUFFIA fala de vários significados de Constituição: Constituição em sentido institucional, substancial, formal, instrumental, material.

Já PAULO BONAVIDES salienta os significados material e formal.

Do ponto de vista material, para ele, a Constituição é o complexo de preceitos referentes à organização do poder, à distribui-

ção de competências, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos humanos.

Do ponto de vista formal, nem todos os Estados possuem uma Constituição. Há uma superioridade da lei constitucional sobre a lei ordinária. Assim, há Constituição em sentido formal quando se estabelece a diferença entre as leis comuns e as leis que exigem requisitos próprios para sua elaboração e reforma.

HANS Kelsen afirma ser esta a diferença para estabelecer-se o conceito formal de Constituição.

As Constituições rígidas são Constituições com significado normal.

Isto posto, podemos afirmar que o controle da constitucionalidade das leis é decorrente das chamadas Constituições rígidas (isto é, das que não são transformadas do mesmo modo que as leis comuns).

Na escala hierárquica das leis, a Constituição ocupa o vértice.

O Poder Legislativo não pode criar leis que contrariem a Constituição, sob pena de serem nulas.

### III. *Controle da constitucionalidade das leis*

O controle da constitucionalidade das leis é exercido por órgão do Estado.

Conforme o controle seja material ou formal, será exercido por um órgão político ou por um órgão jurisdicional.

O controle formal é de teor jurídico, enquanto o material é de cunho político.

Vejamos:

O controle formal é um controle técnico. Busca verificar, por exemplo, se as leis são feitas de acordo com a Constituição, se as normas ordinárias não contrariam as constitucionais etc. Como afirma PAULO BONAVIDES, em seu *Direito Constitucional*, o controle formal visa o respeito à forma prescrita e ao órgão legislante.

Citando RUI BARBOSA, temos que a justiça que desempenha este tipo de controle jurídico é um "poder de hermenêutica". Não é um poder de legislação.

Mas não é suficiente o controle formal, é preciso outro gênero de controle — o material.

O controle material é feito tendo em vista o conteúdo da lei. No controle material, que é criativo, a interpretação constitucional assume a máxima importância.

Aqui acentua-se o aspecto político e o papel do Poder.

Também é possível, em alguns sistemas constitucionais, o controle realizado por um órgão político, como ocorreu na França (época da Revolução Francesa e recentemente em 1958), e como ocorreu na Rússia, com a Constituição de 1936, denominada Constituição de Stalin. O controle da constitucionalidade das leis foi exercido por meio de um órgão político.

O controle político coloca em nível secundário a proteção direta das garantias e liberdades individuais do cidadão. O controle através de órgão jurisdicional é tema controverso e polêmico. Desta polémica não nos compete falar aqui. Por isto, apenas a mencionamos.

Este tipo de controle jurisdicional pode ser feito por via de exceção e por via de ação.

*Por via de exceção.* No decorrer de uma lide uma das partes aponta a inconstitucionalidade da lei. Logo, neste caso é preciso a lide e a provocação de uma das partes.

A sentença decidirá pela não aplicação da lei àquele caso concreto, mas a lei não é anulada. A lei, embora fira a Constituição, permanece e pode até ser aplicada noutro processo.

Sobre isto há controvérsia. Alguns juristas discordam dessa solução por medida de segurança jurídica.

ALFREDO BUZARD informa que nos Estados Unidos a declaração de inconstitucionalidade, embora aplicada ao caso concreto, possui eficácia absoluta. Conseqüentemente, a decisão obriga a todos, e o Poder Judiciário, pelo veto judicial, deixa de aplicar a lei.

FLÁVIO BAUER NOVELLE ressalta que o constitucionalismo deve à contribuição norte-americana duas importantes idéias: a do controle da constitucionalidade das leis e a de federalismo.

De acordo com MAURO CAPPELLETTI, o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é "uma contribuição da América à ciência política".

*Por via de ação.* Difere da anterior por ser um controle direto. Além disso, a norma objetada poderá ser anulada, vindo a perder sua validade.

Agride-se o texto inconstitucional. A lei é retirada do ordenamento constitucional. Como se infere, é um meio mais forte que o antecedente.

Este tipo de controle pode se efetuar através de um tribunal ordinário e de tribunal constitucional.

De modo geral, os juristas aceitam mais o controle por via de exceção, porque esta é mais jurídica, enquanto a via de ação é mais política. Também a via de exceção parece ser mais adequada para a preservação dos direitos individuais do cidadão. LOEWENSTEIN considera o controle da constitucionalidade das leis essencialmente político.

Convém lembrar que o controle da constitucionalidade das leis não surgiu na Constituição. Ele nasceu da prática jurisdicional.

A doutrina surgiu da prática; nos EUA, com Marshall, na célebre decisão do caso Marbury versus Madison. MARSHALL defendeu a tese da supremacia da lei constitucional sobre a lei comum. Professou que todo ato do Congresso que contrariasse a Constituição seria nulo e ineficaz.

Assim é que o controle da constitucionalidade das leis teve lugar, pela primeira vez, entre os norte-americanos.

A Suprema Corte, que era um tribunal político (político no sentido de poder do Estado), tinha função de unificar a jurisprudência e solucionar as dúvidas de interpretação de outros órgãos de jurisdição.

Nos EUA os pronunciamentos da Suprema Corte têm muitas vezes força da lei, como afirmou o Dr. CHARLES WEINER, Juiz Federal da Pensilvânia — EUA, em palestra realizada na Fundação Casa de Rui Barbosa, tratando do tema "Evolução e Aplicações da Constituição Norte-Americana".

Mas houve época (entre 1880 e 1936) em que tais decisões e pronunciamentos foram considerados negativamente, em virtude de abusos ocorridos, entre os quais um excesso de interpretações extensivas que, com outros fatores, deram lugar a um autêntico "governo de juizes", nos Estados Unidos da América.

Com o tempo, estes abusos foram corrigidos, tendo sido adotada uma jurisprudência mais adequada e mais aceitável.

Quanto ao controle da constitucionalidade das leis, no Brasil adota-se o controle tanto por via de ação, como por via de exceção.

A utilização das duas vias é fato peculiar e importante para o nosso ordenamento jurídico.

Já na Constituição de 1891 aplicava-se a *via de exceção* com o fim de resguardar os direitos individuais do cidadão contra atos do Poder.

O controle por via de ação possui traços específicos, sendo mais notável o já referido, relativo à suspensão da lei, mas não a sua anulação.

Nossa Constituição Federal de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, regulam o controle de constitucionalidade por via de ação e afirmam que compete ao STF processar e julgar a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual.

#### IV. Conclusões

Do exposto, podemos concluir que sem dúvida existe especificidade quanto ao problema da interpretação constitucional. A Constituição é uma lei que não pode ser interpretada como as demais.

O tema é polêmico, porque a Constituição, como se viu, está imbuída de conteúdo político. Mas isto não significa que a interpretação da Constituição seja uma interpretação política.

A Constituição é realmente uma lei política.

A sua interpretação não pode fugir à fórmula política constitucional.

Porém, quando o intérprete buscar interpretar a Constituição, ele deverá fazê-lo em sentido jurídico e não em sentido político.

Concordamos com FLÁVIO B. NOVELLI quando ensina que "interpretar a Constituição é interpretar o texto político, com juízos jurídicos."

Mesmo quando o intérprete tem que lidar com conceitos indeterminados, não quer dizer que ele esteja lidando com juízos discricionários.

O juízo interpretativo visa tornar claro um conjunto de idéias ou princípios. Não está presente o aspecto volitivo. O aplicador do texto normativo, usando a volição, já entra no âmbito da discricionariedade.

Na Constituição os conceitos indeterminados são freqüentes.

A interpretação consiste ainda numa atividade lógica, declaratória. Há interpretação lógica do texto político.

A função do intérprete é uma função conservadora, porque, a despeito do momento político, deve prevalecer a lei tal como foi escrita.

KARL LOEWENSTEIN, analisando o controle da constitucionalidade, afirma que ele é essencialmente político e que quando se impõe frente aos outros detentores do poder, há em realidade uma decisão política. Diz também que quando os tribunais exercem o direito de controle, deixam de ser órgãos encarregados de executar a decisão política e se tornam por direito próprio um detentor do poder, análogo ou até superior aos outros detentores do poder instituído (*Teoría da la Constitución*).

Finalmente podemos concluir que a interpretação constitucional é essencialmente jurídica, embora o texto da Constituição seja político; enquanto que o controle da constitucionalidade das leis é fundamentalmente político, sendo as decisões dos tribunais, em verdade, de caráter jurídico.

Tanto a interpretação constitucional como o controle da constitucionalidade das leis são temas importantes e atuais no campo de direito constitucional.

Neles estão presentes o jurídico, o político e o Poder.

Eis algumas colocações abertas à discussão e à reflexão do leitor sobre um tema da maior relevância, principalmente neste momento em que os brasileiros têm sua atenção voltada para a elaboração de um novo texto constitucional.

#### V — Bibliografia

BARBOSA, Rui. *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio, Companhia Imprensora, 1893.

———. *Comentários à Constituição Federal*, coligidos por Homero Pires, Rio, 1932.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1980.

- BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, abr./jun. 1976.
- BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1958.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Il Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato*. Milano, Giuffrè, 1976.
- Catálogo. *Rui Barbosa e a Constituição de 1891*. MINC. Rio, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985.
- Catálogo. *Constituinte. As Eleições das Constituintes do Brasil-República*. Rio, ZEZ — P.V. Ltda. Fundação Casa de Rui Barbosa, 1986.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Emenda nº 1, de 1969. Rio, Forense, 1985.
- DUVERGER, Maurice. *Constitutions et Documents Politiques*. Paris, Presses Universitaires de France, 1968.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 2ª ed. Manuales de la Revista Occidente, Madrid, 1951.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "O Controle da Constitucionalidade das leis municipais": In: *O Processo em sua Unidade*. Saraiva, 1978.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Ed. Armento Amado, 1962.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo do Gallego Anabitarte. 2ª ed., Barcelona, Ed. Ariel, 1979.
- MARSHALL. *Decisões Constitucionais*. Traduzidas por Américo Lobo. Rio, Imprensa Nacional, 1908.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1985.
- NOVELLI, Flávio Bauer. *Relatividade do Conceito de Constituição e a Constituição de 1967*. Rio, 1980.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio, Forense, 1985.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*. Milano, Giuffrè, 1974.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado.
- VERDU, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1977.
- WEINER, Charles. *Evolução e Aplicações Contemporâneas da Constituição Norte-americana*. Palestra pronunciada na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio, 19-3-87.

# Tendências atuais dos regimes de governo

RAUL MAGHADO HORTA

*Catedrático de Direito Constitucional da  
Faculdade de Direito da UFMG*

## SUMARIO

1. As formas políticas e o regime de governo. 2. O regime colegiado nas Constituições da Suíça e do Uruguai. 3. O regime de governo misto. 4. O regime soviético. 5. As formas plurais do regime parlamentar. 6. Os regimes semipresidenciais. 7. As peculiaridades do regime parlamentar da República Federal da Alemanha. 8. Os partidos políticos e os regimes de governo. 9. O regime presidencial norte-americano e o "Governo de um só homem". 10. O regime presidencial brasileiro, ditadura presidencial e esgotamento do regime presidencial. 11. Referendum institucional sobre o regime de governo.

1. Há questão prévia, que deve ser elucidada, para o desenvolvimento deste tema. É a do conceito do regime de governo, assunto freqüentemente submetido a tratamento impreciso, tanto na terminologia brasileira, como na estrangeira. Com efeito, discorrendo sobre os conceitos de forma de governo, forma de Estado e regime político, o publicista italiano, ENRICO SPAGNA MUSSO<sup>(1)</sup>, assinalou que, nessa matéria, "existe uma notevole confusione terminologica", pois as referidas expressões são usadas promiscuamente, sem unidade de conteúdo. O próprio SPAGNA MUSSO, não obstante a advertência por ele formulada, acaba conferindo a forma de Estado e a forma de gover-

(1) ENRICO SPAGNA MUSSO. *Diritto Costituzionale*. Volume primeiro, Padova, Cedam, 1976, pp. 145/146.

no sentido que não é dominante nas classificações dessas categorias, identificando, na forma de Estado, o que qualificamos de tipos de Estado e, na forma de governo, o próprio regime de governo, entendido este último como sendo a organização do governo. Outra distinção que se impõe, para efeito metodológico, é a que distingue o regime de governo do sistema político. Empregando a análise de DUVERGER (2), o regime é formado por um conjunto de instituições coordenadas — Congresso, Presidente da República, Presidente do Conselho, Conselho de Ministros —, enquanto o sistema político, no qual se insere o regime de governo, é mais amplo, abrangendo as instituições políticas, as estruturas econômico-sociais, a ideologia e o sistema de valores, o contexto cultural e as tradições históricas. O sistema político identifica a realidade política de determinada comunidade estatal e nesse fenômeno social complexo a estrutura jurídico-constitucional, que é o domínio do regime governo, se integra como componente do todo.

Dentro da concepção formulada, o regime de governo cuida da organização dos Poderes Executivo e Legislativo e das relações entre um e outro Poder, em desdobramento do regime de governo preferido. Como técnica de organização do poder e, mais amplamente, do Poder Executivo, o regime de governo se identifica com três modelos constitucionais típicos: o regime parlamentar, o regime presidencial e o regime colegiado ou diretorial. Nesta primeira aproximação temática, localizamos os regimes na sua pureza estrutural. São os regimes puros e homogêneos. Na concepção de GEORGES BURDEAU (3), no regime parlamentar ou no governo de gabinete, o Conselho de Ministros é o comitê do partido que dispõe da maioria no Parlamento e dirige a política do País, fundado na confiança da maioria parlamentar. No regime presidencial, a direção pertence ao Presidente da República, embora, contemporaneamente, a emergência do partido político tenda a reduzir a direção monocrática do Presidente. No regime colegiado, a nota típica é a direção coletiva do Poder Executivo, dando origem ao Conselho Executivo ou ao Governo Colegiado, eleito pelo Parlamento.

2. Regime parlamentar e regime presidencial, embora distantes na aplicação constitucional de seus modelos originais — a Inglaterra do século XIX e a Constituição norte-americana de 1787 —, são regimes de governo que se difundiram no universo constitucional do mundo. O regime de governo colegiado, que, para nos valermos da observação de BURDEAU (4), transpõe para o plano político os métodos de

(2) MAURICE DUVERGER. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Volume I, Presses Universitaires de France, Paris, 12.<sup>a</sup> edição, 1971, p. 47.

(3) GEORGES BURDEAU. *Traité de Science Politique*. Vol. V. LGDJ, Paris, 1970, p. 435.

(4) GEORGES BURDEAU. *Traité de Science Politique*, obra citada, p. 437.

gestão de uma empresa industrial ou comercial, recebeu consagração praticamente circunscrita à Constituição da Suíça, na qual perdura, e às Constituições do Uruguai, de 25 de novembro de 1917 e de 16 de dezembro de 1951, sob a inspiração da pregação de D. JOSÉ BATLLE y ORDÓNEZ e do ideário político do **batlismo**, que não mais subsiste como organização constitucional da República Oriental do Uruguai. Na Constituição Federal da Suíça, o Conselho Federal é a autoridade diretorial e executiva da Federação e se compõe de sete membros (art. 95), eleitos por quatro anos, pela Assembléia Federal (Conselho Nacional e Conselho dos Estados). O Presidente do Conselho Federal é o Presidente da Confederação, eleito pela Assembléia Federal, mandato de um ano, vedada a reeleição imediata (art. 98). Ao contrário do Presidente da Confederação e do Vice-Presidente do Conselho Federal, que não podem ser reeleitos, os membros do Conselho Federal gozam de reelegibilidade indefinida. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, em seu *Traité de Droit Constitutionnel Suisse* (5), cita os casos de Conselheiros que alcançaram mandatos longevos de trinta e dois, vinte e nove, vinte e oito, vinte e sete e vinte e seis anos de exercício, esclarecendo que a duração média de permanência é de dez a onze anos.

A Constituição do Uruguai, de 26 de outubro de 1951, ratificada pelo plebiscito de 16 de dezembro daquele ano, dispunha que o Poder Executivo seria exercido pelo Conselho Nacional de Governo (art. 149), integrado por nove membros eleitos diretamente pelo povo, mandato de quatro anos (art. 150), atribuindo-se a legenda majoritária seis cargos de Conselheiros (art. 151). Os Conselheiros não poderiam ser reeleitos (art. 153). A Presidência do Conselho Nacional de Governo seria rotativa, por período de um ano, recaindo a escolha em Conselheiro da legenda majoritária (art. 153). As atribuições do Conselho Nacional de Governo eram exercidas conjuntamente com os Ministros respectivos e abrangiam atos de natureza executiva, como publicar as leis, o comando superior das Forças Armadas, a iniciativa de projetos de lei, nomear e demitir funcionários civis e militares, declarar a guerra, celebrar tratados, apresentar ao Poder Legislativo a mensagem anual sobre o estado da República (art. 168 — I — 23). A escassa maioria e a baixa porcentagem dos votantes no plebiscito de ratificação evidenciaram o retraimento popular, renunciando a mudança do regime de

(5) JEAN-FRANÇOIS AUBERT. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*. Vol. II, Neuchâtel/Suisse, Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 529.

governo, o que, afinal, se consumou na reforma constitucional convertida na Constituição do Uruguai, de 24 de agosto de 1966 — uma Constituição de 332 artigos —, aprovada pelo plebiscito de 27 de novembro de 1966. De acordo com esta Constituição, o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, em conjunto com o Ministro, os Ministros respectivos ou o Conselho de Ministros (art. 149). A Câmara dos Deputados responsabiliza os Ministros de Estado, censurando os atos de administração e de governo (art. 147), através da desaprovação individual, plural ou coletiva. A desaprovação individual alcança um Ministro, a desaprovação plural mais de um Ministro e a desaprovação coletiva a maioria do Conselho de Ministros, impondo, respectivamente, quando aprovada pela maioria absoluta de votos, a renúncia do Ministro, dos Ministros ou do Conselho de Ministros (art. 148). O Presidente da República, que é eleito diretamente pelo povo, poderá dissolver a Câmara dos Representantes e a Câmara dos Senadores, vedando-se esta faculdade nos últimos doze meses do mandato presidencial e limitando a uma só vez o seu exercício durante o mandato, quando se tratar de desaprovação não coletiva. As amplas atribuições do Presidente da República (art. 168 — 1 até 26), convivendo com o emprego de mecanismos do regime parlamentar, como a censura, a desaprovação política, a destituição de Ministros e do Conselho de Ministros, o direito de dissolução e as instituições desse regime, permitem incluir o Uruguai no domínio do regime semipresidencial.

3. A organização constitucional contemporânea vem abandonando o regime de governo puro, para adotar o regime de governo misto, seja no âmbito do regime parlamentar como no do regime presidencial. A análise dos regimes concretos revela o que MARCEL PRÉLOT qualificou de “chevauchement des régimes”<sup>(6)</sup>, uma mistura de regimes, com afastamento do modelo puro, embora dele conserve traços característicos. O regime misto realiza a combinação e a justaposição de elementos diversos, tornando-se um tipo de síntese pela associação de princípios e regras heterogêneas de organização. Daí o regime misto por sistema ou princípio, como o parlamentarismo dualista, e o regime misto circunstancial, representado pelo presidencialismo sul-americano — “que mal se distingue da ditadura militar” —, e o presidencialismo africano, que se inspira nas técnicas da democracia popu-

(6) MARCEL PRÉLOT. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 6.<sup>a</sup> edição, 1972, p. 137.

lar do partido único e da ideologia socialista, adotando-se a classificação de regimes mistos de PRÉLOT<sup>(7)</sup>. Particularizando o exame do Governo misto no quadro do regime parlamentar de Governo, BURDEAU<sup>(8)</sup> enriqueceu a categoria do regime misto com sua classificação dos tipos de estrutura governamental diferenciada — o **Governo por delegação parlamentar** e o **Governo de Assembléia**. No primeiro caso, a maioria parlamentar, resultante de uma coligação de partidos, delega ao Conselho de Ministros a função governamental, dentro de programa geral formulado por ocasião da investidura, cabendo ao Conselho obter a aprovação do Parlamento para a política que ele traçou. No Governo de Assembléia, segunda modalidade de Governo misto na tipologia de BURDEAU, a totalidade do Poder permanece concentrada no Parlamento. O Executivo é agente de execução das decisões da Assembléia.

4. Há regimes concretos de Governo que se rebelam ao seu enquadramento nos esquemas dos regimes elaborados segundo padrões do direito público e da ciência política do mundo ocidental. Esses regimes ficam melhor localizados no domínio dos **regimes mistos**. É o caso do Governo soviético, que se vincula a diversa e antitética concepção do Estado, da economia e da sociedade. Nele se vislumbram elementos do regime parlamentar, do regime presidencial e do regime diretorial, sem identificar-se com qualquer desses regimes de governo, isoladamente, para situar-se no campo do regime misto. A Constituição da União Soviética, de 7 de outubro de 1977, mantém a estrutura governamental inaugurada pelo texto de 1936: Conselho de Ministros, Presidente do Conselho de Ministros, **Presidium** do Soviet Supremo. As duas primeiras instituições lembram, na linguagem de sua tradução em línguas ocidentais, peças do regime parlamentar. O **Presidium** é órgão coletivo e numeroso, composto, atualmente, de 38 membros, assemelhando-se a amplíssimo colegiado (art. 120). Exerce atribuições executivas, que são próprias do regime presidencial, como as de nomear, credenciar a representação diplomática no exterior, receber as credenciais dos representantes diplomáticos estrangeiros, declarar o estado de sitio, nomear membros do Conselho de Ministros, mediante proposta do Presidente do Conselho de Ministros. Esse colegiado, que não encontra correspondência nas Constituições ocidentais, exerce, de

(7) MARCEL PRÉLOT-JEAN BOULOIS, ob. cit., pp. 164/165.

(8) GEORGES BURDEAU, Ob. cit., volume V, p. 437.

forma duradoura, as funções governamentais e legislativas do Soviet Supremo (art. 110), o qual, não obstante a qualificação de órgão superior do poder estatal da União Soviética (art. 108), realiza reuniões anuais de duração efêmera, geralmente não ultrapassando quinze dias em cada ano. O complexo governo soviético, que associa ingredientes de regime parlamentar, de regime presidencial e de regime diretorial, é a forma marxista do regime misto. No mundo soviético, temos o regime misto com a unidade do poder estatal e no mundo ocidental há o regime misto com a separação ou a coordenação dos poderes.

5. Concebendo o regime parlamentar como um "sistema de equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo", ROBERTO REDSLOB (\*), projetando essa caracterização no regime parlamentar europeu do primeiro após-guerra, verificou sua correta aplicação nas monarquias parlamentares — Inglaterra, Bélgica e Suécia — e a inexistência do princípio no parlamentarismo republicano da França da 3ª República e nas Constituições da Tchecoslováquia, da Alemanha de Weimar e da Áustria. Daí a classificação que propôs para abranger os diferentes tipos de regimes parlamentares: I. Regimes parlamentares na sua forma verdadeira (Inglaterra, Bélgica e Suécia). II. Regime parlamentar na sua forma inautêntica, a França da 3ª República, marcado pela inferioridade do Poder Executivo, o desuso do direito presidencial de dissolução, a partir de 17 de maio de 1877, em episódio célebre na história constitucional francesa, o primado incontrastável do Poder Legislativo e a permanente instabilidade ministerial. III. Regimes parlamentares ainda indecisos, formas que REDSLOB recolheu na floração constitucional do primeiro após-guerra, representadas pela Tchecoslováquia e a Alemanha de Weimar. A Constituição alemã de 1919 introduziu no regime parlamentar a arbitragem popular, para aplacar dissídios entre o Parlamento e o Presidente da República, autorizou a destituição do Presidente pelo voto popular, mediante iniciativa do Reichstag, com a contrapartida da renovação do mandato presidencial, se o voto popular rejeitasse a destinação do Presidente, e estabeleceu a eleição popular direta do Presidente. Essas inovações desequilibraram o regime parlamentar e acabaram conduzindo ao seu colapso pela ascensão plebiscitária do nacional-socialismo. BURDEAU (10),

(9) ROBERT REDSLOB. *Le Régime Parlementaire*. Paris, Marcel Giard, 1924, p. 1.

(10) GEORGES BURDEAU. *Le Régime Parlementaire dans les Constitutions Européennes d'après Guerre*. Paris, Les Éditions Internationales, 1932, p. 316.

em estudo posterior ao de REDSLOB, e publicado antes dessa ascensão do nacional-socialismo, questionou a natureza do regime parlamentar alemão, para aproximá-lo do regime presidencial, e demonstrou que a Constituição de Weimar encerrava diversas formas governamentais latentes, que se manifestariam de acordo com as circunstâncias e a liderança política: sistema ditatorial, democracia direta e governo parlamentar. Finalmente, em sua classificação, REDSLOB menciona regimes que só têm as fórmulas do regime parlamentar, como o da Constituição da Áustria de 1920.

6. Historicamente, o regime parlamentar é o produto de afirmação do órgão da representação popular, o Parlamento, na fase do declínio do poder monárquico. A curva ascendente do poder parlamentar coincide com a curva declinante do poder monárquico <sup>(1)</sup>. A origem histórica esclarece a contradição que se instalou no regime parlamentar dos governos republicanos, ora propendendo o regime no rumo da ascendência do Poder Legislativo, ora se inclinando no sentido da afirmação do Poder Executivo. Não obstante as flutuações no tempo e no espaço, que explicam a diversidade dos regimes parlamentares — parlamentarismo dualista, parlamentarismo monista, parlamentarismo orleanista, parlamentarismo de equilíbrio, parlamentarismo presidencializado —, o regime parlamentar compõe-se de elementos permanentes e individualizadores, cuja ausência poderá comprometer a essência do regime, a saber:

1) a irresponsabilidade política do Chefe de Estado;

2) a responsabilidade política do Conselho de Ministros ou Gabinete e do Presidente do Conselho ou Primeiro-Ministro, Chefe do Governo;

3) a colaboração entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo;

4) a existência de meios de ação recíproca de cada um dos Poderes sobre o outro: moção de censura, questão de confiança, interpelações orais e escritas, direito de dissolução.

---

(1) GEORGES BURDEAU. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 14.<sup>a</sup> edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 142.

Constituições contemporâneas, que adotaram o regime parlamentar e sua estrutura formal, reabriram a discussão sobre a qualificação do regime. As formas contemporâneas do regime parlamentar romperam alguns princípios e concepções tradicionais, para, sacrificando a pureza originária, introduzir o parlamentarismo no elenco dos regimes mistos. Técnicas do regime presidencial, como a eleição popular direta do Chefe de Estado e a extensão dos poderes do Presidente da República, foram introduzidas no regime parlamentar, dando origem, conforme terminologia difundida, aos regimes semipresidenciais. Incluem-se nessa categoria o regime parlamentar adotado nas atuais Constituições da França (Constituição de 4 de outubro de 1958), da **Austria** (Constituição de 1º de outubro de 1920), da **Irlanda** (Constituição de 1º de julho de 1937), do **Paru** (Constituição de 12 de julho de 1979) e de **Portugal** (Constituição de 2 de abril de 1976), as quais conciliam a eleição direta e os poderes ampliados do Presidente da República com as peças típicas do regime parlamentar clássico — o Governo formado pelo Presidente do Conselho e os Ministros, a responsabilidade política dos Ministros, os mecanismos dessa responsabilização e o direito de dissolução. O modelo mais atraente desse grupo é o regime parlamentar da França, que recebeu a poderosa influência de DE GAULLE, seja quando se elaborou a Constituição da República, em 1958, seja na alteração de seu texto, em 1962, para introduzir a eleição direta do Presidente da República. O regime parlamentar francês é modelo do regime misto de governo e nele buscam inspiração os que preconizam mudanças no regime de governo. JACQUES CADART<sup>(12)</sup> descreveu as formas sucessivas do regime parlamentar misto francês, para caracterizar os estilos presidenciais de DE GAULLE, POMPIDOU e GISCARD D'ESTAING, no quadro que ele denominou de **monarquia republicana eletiva**, situada acima dos partidos, e da **monarquia parlamentar republicana**, a partir de 1974, sob a forma de regime parlamentar dualista, o qual, conservando os poderes presidenciais, distanciou-se do figurino gaulista puro, que prevaleceu no período de 1958/1969, com a visível subordinação do Governo e do Parlamento ao Presidente da República.

7. O regime parlamentar alemão, ao contrário do francês, que expandiu a Presidência da República, distingue-se pela projeção nele confe-

---

(12) JACQUES CADART. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*. Tomo II, 2ª edição, Paris, LGDJ, 1980, pp. 1.226, 1.229, 1.233, 1.241.

rida à instituição característica do próprio regime — o **Chanceler** —, prosseguindo na tendência da Constituição de Weimar. A predominância do **Chanceler** aproxima o regime alemão do regime parlamentar inglês, dominado pela ascendência do Primeiro-Ministro. Já se observou que a democracia moderna reclama processos decisórios mais rápidos. Essa exigência não favorece decisões colegiadas lentas e acaba impondo o aparecimento de figura dominante no grupo que detém o Poder, de modo a combinar a direção individual da autoridade governamental que se destaca no Gabinete ou Conselho com a direção colegiada do Poder. Foi nesse rumo que se processou a evolução da figura do Primeiro-Ministro na Inglaterra, o Chefe da maioria parlamentar. LÉON BLUM <sup>(13)</sup> traçou nestas palavras a imagem do Presidente do Conselho dirigente, que, todavia, não vingou na 3ª República Francesa:

“Todo trabalho coletivo comporta regras fixas e exige uma direção única. Esta direção, o Presidente do Conselho deve assegurá-la. Este é o seu papel, esta é a sua função. Ele deve dirigir o trabalho do Parlamentar, isto é, o trabalho político; ele deve dirigir o trabalho de seus Ministros, isto é, o trabalho administrativo; ele deve dirigi-los separadamente e nas suas relações, pois ao Presidente do Conselho cabe ligar e coordenar os Ministros.”

O **Chanceler** no regime parlamentar alemão, instituído pela Lei Fundamental de Bonn, mantendo a solução adotada na Constituição de Weimar, é, segundo JEAN AMPHOUX <sup>(14)</sup>, estudioso das instituições parlamentares da República Federal da Alemanha, “o exemplo mais característico do poder governamental estruturado em função de uma personalidade. Raramente, a hegemonia de um Chefe Parlamentar foi concebida de maneira tão completa”. *Compara-se a posição do Chanceler* da República Federal à do Presidente norte-americano, dada a primazia de cada um no respectivo regime de governo. “O **Chanceler**, diz AMPHOUX <sup>(15)</sup>, é o Chefe da Nação. Em relação com a opinião pública, como nas relações do Governo com os demais poderes, o

(13) LÉON BLUM. *La Reforme Gouvernementale*. Paris, 1936, p. 24.

(14) JEAN AMPHOUX. *Le Chancelier Fédéral dans le Régime Constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962, p. 7.

(15) JEAN AMPHOUX, *ob. cit.*, p. 13.

**Chanceler** é a principal personagem do Governo, quer se trate do impulso ou de prestação de contas sobre a política adotada." Por isso, o novo regime alemão vem sendo qualificado de *Kanzlerdemokratie*, a democracia do **Chanceler**. A Lei Fundamental de Bonn prevê mecanismo original, que protege o **Chanceler** da convergência de maiorias ocasionais, assegurando-lhe apreciável estabilidade. Através desse mecanismo, que DUVERGER<sup>(16)</sup> chamou do traço mais singular da Lei Fundamental, retira-se a responsabilidade política das manipulações da **maioria negativa**, que demite o Governo, mas é incapaz de sustentar o novo Governo. Procurando evitar esse procedimento que comprometeu a República de Weimar, através das alianças de partidos contrários, a Lei Fundamental de Bonn formulou as duas regras constitucionais da oposição construtiva. Na primeira regra (art. 67), estabeleceu que a apresentação de moção de censura ao **Chanceler** obriga ao **Bundestag** designar previamente, por maioria absoluta de seus membros, o sucessor do **Chanceler**, que o Presidente da República nomeará. Na segunda regra (art. 68), prevê a Lei Fundamental de Bonn que, recusando a maioria absoluta do **Bundestag** o voto de confiança solicitado pelo **Chanceler**, poderá o Presidente da República, mediante proposta do **Chanceler**, dissolver o **Bundestag** e convocar eleições no prazo de trinta dias. Todavia, a dissolução não se efetivará, se o **Bundestag** (Câmara dos Deputados), dentro daquele prazo, eleger outro **Chanceler**, por maioria absoluta de seus membros. A posição dominante do **Chanceler**, as regras que asseguram sua permanência ou as que permitem a designação do **Chanceler** com apoio em nova maioria governamental conferiram notável estabilidade ao regime parlamentar alemão e singularizam as soluções adotadas na Lei Fundamental. Elas se afastam dos rumos preferidos pelo regime parlamentar francês, que prestigiou o Presidente da República, ampliando os poderes da instituição típica do regime presidencial, enquanto a Lei Fundamental de Bonn desenvolveu os poderes e resguardou o **Chanceler**, estruturando com novas regras a figura típica do regime parlamentar, que lança suas raízes na concepção inglesa do Primeiro-Ministro e na do Presidente do Conselho de Ministros do regime parlamentar europeu.

8. O funcionamento do regime de governo é fortemente influenciado pela atuação dos partidos políticos e muitas vezes essa influência altera as regras jurídicas que estruturam o regime nas normas constitucionais. DUVERGER<sup>(17)</sup> identifica os dois sistemas que operam no regime de governo: o sistema constitucional estabelecido pelas regras jurídicas

---

(16) MAURICE DUVERGER, *ob. cit.*, I. p. 266.

(17) MAURICE DUVERGER, *Le Système Politique Français*, Presses Universitaires de France, 18.ª edição, 1985, p. 515.

e o sistema de partidos constituído pelo jogo das forças políticas. Partindo dessa verificação da realidade, DUVERGER concebeu diversas situações, que demonstram a sucessão de regimes dentro do mesmo regime de governo, por força de situações partidárias distintas. Esboçou DUVERGER <sup>(18)</sup> o modelo dos regimes fundados no poder majoritário, como no caso da Inglaterra, em função do bipartidarismo rígido; o modelo do poder majoritário de partido dominante, que convive com o sistema de partidos múltiplos, quando o partido dominante passa a deter a maioria absoluta dos membros da Câmara; o modelo francês do poder majoritário, estável e disciplinado, assegurando a hegemonia do Presidente da República; o modelo inverso da maioria oposta ao Presidente, dando origem ao sistema majoritário com a preponderância do Primeiro-Ministro e ao princípio da coabitação entre o Presidente da República e a maioria oposta a ele; o modelo do regime parlamentar não majoritário em função do multipartidarismo, praticado na França da 3ª e da 4ª Repúblicas, na Itália de nossos dias e na Alemanha de Weimar.

A emergência do Partido Político deslocou o centro das decisões no regime parlamentar. MATHIOT <sup>(19)</sup> assinalou que o elemento essencial do parlamentarismo continental europeu, como no regime parlamentar, de modo geral, reside na responsabilidade do Governo perante a Câmara, enquanto no parlamentarismo britânico a atuação dos partidos políticos modificou a relação, para tornar a responsabilidade política de natureza eleitoral e não apenas parlamentar. Sob o ângulo exclusivamente jurídico-constitucional, adotando a análise de SPAGNA MUSSO <sup>(20)</sup>, a relação de confiança se estabelece entre o Governo e o Parlamento, mas, sob o plano político-constitucional, a relação se forma entre o Governo e o partido ou os partidos da maioria parlamentar. É o que explica, no regime parlamentar italiano, a frequência das crises de governo extraparlamentares, quando a demissão do Governo não advém de explícita manifestação de desconfiança do Parlamento, e sim de mudanças nos órgãos do partido majoritário ou dos partidos que integram a maioria.

O sistema de partidos repercute de igual modo no funcionamento do regime presidencial, tornando mais flexíveis as relações entre o Presidente e o Congresso, ou concorrendo para abrandar as dimensões imperiais do poder presidencial, em regime de pluripartidarismo. Por

---

(18) MAURICE DUVERGER. *Le Système Politique Français*. Presses Universitaires de France, 18.ª edição, 1985, pp. 527 — 528 — 540 — 554 — 561.

(19) A. MATHIOT. *Le Régime Politique Britannique*. Paris, Armond Colin, 1955 p. 175.

(20) ENRICO SPAGNA MUSSO, ob. cit., p. 185.

outro lado, o sistema bipartidário e o sistema do partido dominante tendem a favorecer a concentração dos poderes presidenciais.

9. O regime presidencial de Governo tem sua fonte no breve art. II da Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787. É simples a estrutura do regime presidencial ali organizado, limitando-se a Constituição a dispor sobre o processo eleitoral, as atribuições do Presidente, a informação ao Congresso sobre o estado da União, a convocação de ambas as Câmaras do Congresso, em circunstâncias extraordinárias (*on extraordinary occasions*) e a prever a remoção do Presidente, do Vice-Presidente e de todos os funcionários civis dos Estados Unidos, quando acusados de traição, outros delitos e faltas graves. EDWARD CORWIN<sup>(21)</sup> vê no art. II o capítulo mais indefinido da Constituição e essa indefinição esclarece o extraordinário desenvolvimento ulterior que a instituição presidencial adquiriu nos Estados Unidos. A evolução alterou o alcance da eleição presidencial, que os partidos políticos tornaram disputada eleição nacional, não obstante a manutenção do anacrônico processo de eleição indireta, originariamente concebido pelo constituinte de Filadélfia, para não excitar as paixões populares. A liderança presidencial ativa transformou a presidência oculta do Governo Congressional, descrito por W. WILSON, na nova presidência, que pratica a concepção do Governo ativo, ultrapassado a do simples protetor da ordem estabelecida. O Presidente da República, órgão unipessoal na Constituição, recebeu o acréscimo vitalizador da presidência institucionalizada, que se sustenta em numerosos órgãos da poderosa Administração Federal. A presidência jefersoniana ampliou-se na presidência rooseveltiana, falando diretamente à Nação — “a Presidência é um púlpito”, dizia F. ROOSEVELT — e se dirigindo com freqüência ao Congresso, para solicitar medidas legislativas da legislação presidencial, abrاندando a rígida e cerimoniosa separação dos Poderes, que a Constituição concebeu.

Não vamos analisar a presidência norte-americana. O que interessa é registrar a origem do governo presidencial na fonte constitucional norte-americana e a marca que ela imprimiu ao modelo presidencial. Esse traço indelével, que autonomiza o regime presidencial norte-americano e se projetou na difusão desse modelo nos ordenamentos constitucionais que o adotaram, resume-se nas palavras inaugurais do art. II da Constituição dos Estados Unidos: “O Poder Executivo será delegado em um presidente dos Estados Unidos da América” (*The Executive Power shall be vested in a President of the*

---

(21) EDWARD CORWIN. *The President — Office and Powers*. New York University Press, 1957. p. 3.

United States of America). É o poder monárquico na versão republicana. O regime de governo presidencial é o "Governo de um só homem", a que se referiu CARL J. FRIEDRICH<sup>(22)</sup>, em estudo dedicado ao Governo norte-americano.

10. O constituinte republicano de 1891, ao organizar a República Federal e Presidencial, transplantou a regra que caracteriza o regime de governo presidencial como governo unipessoal, para enunciar no texto da Constituição Federal de 1891: "Exerce o Poder Executivo o Presidente dos Estados Unidos do Brasil, como Chefe eletivo e supremo da Nação" (art. 37). Na primeira República, CAMPOS SALLES<sup>(23)</sup> fixou a doutrina do governo presidencial, acentuando que, "neste regime, não há no Governo senão a política do Presidente: o que cabe aos Ministros é praticar lealmente esta política, para que se estabeleça a homogeneidade governativa". Governo do Presidente e não Governo do Conselho de Ministros, que CAMPOS SALLES repelia, sob o argumento de "que, sob o regime presidencial, sempre se me afigurou absurda a deliberação em Conselho de Ministros. A ação coletiva neste caso, absorvendo a autoridade presidencial, que assim se deixaria eliminar pelo voto ministerial, importa na mais flagrante infração do preceito substancial, que concentra a responsabilidade legal na pessoa do Presidente". A regra do poder pessoal do Presidente está consagrada na teoria e na prática constitucional brasileira. Reproduziram-na as Constituições democráticas de 1934 e de 1946, sem embargo de alguns abrandamentos que elas introduziram no funcionamento do regime. A regra perdura na Constituição de 1967, que só inovou, neste particular, para unificar na norma a posição auxiliar dos Ministros de Estado: "O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado" (art. 73). A regra conviveu com as transformações do regime presidencial em regime da ditadura presidencial, quando o Presidente da República, com fundamento nos Atos Institucionais, sobrepôs-se à Constituição, que ele alterava e emendava ao sabor das circunstâncias, na investidura do Poder Supremo, para expedir os atos que fulminaram direitos e mantiveram a Nação, as instituições e os cidadãos suspensos nas incertezas do dia seguinte. A supremacia indisputável do Presidente da República nesse período da ditadura presidencial faria jus ao comentário que vienense dirigiu ao Presidente de seu País, em momento de exacerbação dos poderes presidenciais na Constituição da Áustria, de 1º de maio de 1934: "O Presidente da República nomeia o povo"<sup>(24)</sup>.

É visível o esgotamento do regime presidencial brasileiro. Na Primeira República, o presidencialismo exacerbou-se no intervencio-

(22) CARL J. FRIEDRICH. *La Démocratie Constitutionnelle*. Presses Universitaires de France, 1958, p. 349.

(23) CAMPOS SALLES. *Da Propaganda à Presidência*. São Paulo, 1908, pp. 213/214.

(24) MARCEL PRÉLOT-JEAN BOULOIS, *ob. cit.*, p. 146.

nismo afrontoso da autonomia dos Estados e nos prolongados estados de sítio, com sacrifício dos direitos individuais e das instituições republicanas. Na Segunda República, o presidencialismo insatisfeito preparou o advento do Estado autoritário e antifederativo de 1937. Na Terceira República de 1946, que nasceu sob as esperanças renovadas no Governo Democrático o presidencialismo conheceu momentos de normalidade, afinal comprometidos pela ambição demagógica, que desencadeou as soluções anormais da ditadura presidencial prolongada.

11. Estamos vivendo a hora auspiciosa da mudança democrática do regime de governo. Se for esta a tendência majoritária dos que ora se reúnem na Assembléa Nacional Constituinte, seria desejável que os constituintes tomassem a iniciativa de ouvir previamente a Nação, pois, sem a manifestação popular expressa, o novo regime de governo, se aprovado isoladamente nas deliberações da Constituinte, permanecerá exposto à arguição funesta da ilegitimidade.

A República da Itália, no segundo após-guerra, ofereceu o precedente da conduta democrática em questão dessa gravidade. Precedeu à Constituinte italiana o *referendum* institucional da forma de governo, indagando do povo a sua preferência pela República ou pela Monarquia. Na Itália, a consulta foi mais ampla, recaindo na forma de governo, e representou decisão popular limitadora da competência constituinte. A preferência pela República, que recolheu 12.717.923 votos contra 10.719.284 votos favoráveis à Monarquia, determinou o cancelamento de direitos dos membros e descendentes da Casa Real e a proibição de entrada e permanência no território italiano dos ex-Soberanos, suas esposas e descendentes masculinos (*Constituição da Itália*, de 27 de dezembro de 1947, art. XIII das Disposições Transitorias).

No caso brasileiro, o *referendum* institucional, que proporia ao povo a opção do regime de governo, apurando a preferência popular pelo Governo Presidencial ou pelo Governo Parlamentar, não teria a amplitude do *referendum* institucional da Itália. Surgiria na fase de coroamento da atividade constituinte, após a aprovação do texto pela Assembléa, e o *referendum* seria limitado ao regime de governo, salvo se for adotado o *referendum* global da Constituição. A experiência quase centenária de funcionamento do regime presidencial sedimentou hábitos, alimentou convicções e construiu a imagem popular do Presidente da República. É de manifesta conveniência apurar a preferência popular em caso de mudança do regime de governo, especialmente quando o novo regime não subtrairá ao povo a eleição do Presidente da República, assegurada nos projetos constitucionais em curso na Assembléa Nacional Constituinte. A consulta popular sobre o regime de governo não deveria demorar, para que o tempo não a inviabilize, retirando ao povo a oportunidade da decisão legitimadora.

# Do contencioso administrativo e do processo administrativo — no Estado de direito

A. B. COTRIM NETO

Professor da UFRJ — Faculdade de Direito

## SUMÁRIO

1. A Revolução Cultural do Século XVIII. 2. MONTESQUIEU inspira o princípio da Separação dos Poderes do Estado e ROUSSEAU, a Teoria do Contrato Social. 3. O contratualismo de ROUSSEAU torna-se o elemento central do constitucionalismo do Iluminismo. 4. A Constituição americana (1787) e as francesas da Revolução (1790/1800) adotaram a Separação dos Poderes do Estado. 5. MARSHALL e a solução americana para dirimir conflitos ou abusos de Poderes (o controle jurisdicional). 6. Os revolucionários franceses de 1789 e seu preconceito contra o Judiciário. 7. Em razão do qual instituíram a jurisdição administrativa, pela via do Contencioso Administrativo, para controle do Poder Administrativo, apenas. 8. O Contencioso Administrativo no Brasil monárquico. 9. A Emenda Constitucional nº 1/69 e o Contencioso Administrativo. 10. Com a demolição do Absolutismo monárquico se queria um Governo mínimo (século XVIII) e se engendrou a teoria do Estado de direito (século XIX), mas se teve o Estado "Frankenstein" (século XX). 11. O intervencionismo do Estado produz a teoria do Estado de direito e social e impõe a codificação do processo administrativo. 12. A crítica do processo administrativo contemporâneo do Brasil: "uma tortura". 13. Um projeto de Código de Processo Administrativo para o Brasil, de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI. 14. "Simplificar e uniformizar" o processo administrativo, um dos objetivos a buscar. 15. CARNELUTTI e o processo administrativo. 16. "Processo" ou "procedimento" administrativo? 17. Com PANGLOSS queremos o melhor dos mundos possíveis...

1. Raiou o século XVIII numa ambiência em que tudo estivera preparado para a Revolução Cultural que o caracterizaria.

Enquanto até o século XV o mundo europeu ficara bloqueado pela expansão islâmica que o envolvera na parte Oriental do continente e na parte Sul, no Mediterrâneo e até pelas Espanhas, e pelo Mar Ignoto no Leste, a iniciativa audaciosa dos portugueses desencadeando as grandes navegações oceânicas, a par da ofensiva cristã em terras de Castela, iria ampliar os horizontes dos povos da Europa.

Ao mesmo tempo eclodiria um movimento filosófico que, mercê da obra de pensadores há pouco emancipados do espaço cultural angusto da Idade Média, iria produzir, nos desdobramentos da Revolução Renascentista, uma obra ansiosa de libertação do homem e do seu pensamento.

Dessa forma, já no século XVI — com destaque para a obra assinalada de BODIN —, e no século XVII, sobretudo nos seus últimos quartéis, se vinham apresentando as primeiras manifestações que, exorbitando da especulação filosófica abstrata, traduziam no discurso político manifesta reação contra o prisco regime de Absolutismo com que os Príncipes exerciam seus poderes. — Neste período é de destacar a obra de LOCKE.

Entretanto, seria precisamente no comentado século XVIII quando mais se exacerbaria o movimento filosófico-político de exaltação da confiança do homem na razão e no subjetivismo, do mesmo modo que, principalmente, na demolição do Absolutismo do Principado. — Foi dessa época o movimento que se exprimiria em polimorfas manifestações buscando mais liberdades, com a Escola Econômica de Manchester cujo principal corifeu seria ADAM SMITH, com o Fisiocratismo de QUESNAY, com a Enciclopédia de D'ALLEMBERT, com o Contratualismo de ROUSSEAU e — no que seria o mais eficaz instrumento de remoção da ordem política vigente — com o preconício da Separação dos Poderes do Estado, através de MONTESQUIEU.

Essa Revolução Cultural, que ficaria projetada na história como o Iluminismo (o *Aufklaerung* na Alemanha, o *Enlightenment* na Inglaterra), iria deixar traços marcantes no caráter ocidental com óbvias repercussões em todos os campos, inclusive no plano artístico, onde surgiria o Romantismo na arte e na literatura, que se dá como partindo ainda da obra de ROUSSEAU e das inspirações germânicas que Mme. de STAEL traria para a França. Em todas essas manifestações, o Iluminismo correspondeu à ruptura com o classicismo, à fusão do sensível com o hiper-sensível, ao domínio do lirismo e ao triunfo do individualismo ou à emancipação integral e absoluta do *Eu*.

2. Atendo-nos simplesmente às expressões político-institucionais do movimento cultural do século XVIII, dois eventos se destacariam particularmente: a Independência das Colônias Britânicas da América do Norte, com todos os seus múltiplos corolários, e a chamada Revolução francesa.

No concernente à primeira, dela resultaria em 1789 a formação dos Estados Unidos da América mercê da adoção da Constituição em 1787

elaborada em Filadélfia, o seu enxoval jurídico, porque assim esta bem merece ser qualificada, uma vez que a Nação então nascitura dela receberia a vestimenta institucional.

Quanto à Revolução francesa, um desdobramento da crise irrompida no seio dos Estados Gerais que se reuniram em Versalhes, ao iniciar-se o ano de 1789, quanto a esta impõe-se um registro transcendente: enquanto a irradiação do pensamento libertário que estivera nos trabalhos dos pensadores europeus do Iluminismo, máxime daqueles de LOCKE (especialmente de seu notável *Treatise on the Civil Government*), de MONTESQUIEU (sobretudo expressado em *De l'Esprit des Lois*, cujo valor e influência prescindem de adjetivos) e de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (particularmente no *Du Contrat Social*) iria fecundar o espírito e motivar a ação dos que se tornariam *founding fathers* da Nação Americana — fato universalmente consabido —, os acontecimentos verificados entre 1776 e 1789 em o Novo Continente, num processo de torna-viagem, iriam ter magna influência nos acontecimentos europeus do período subsequente.

A par disso outro destacado registro se faz necessário: quando MONTESQUIEU publicou seu festejado *Do Espírito das Leis*, em 1748, recomendou a adoção da “separação dos poderes do Estado” como o melhor sistema para prevenir a tirania do Príncipe e garantir a liberdade política — de modo a que “o governo seja tal que um cidadão não venha a temer um outro cidadão” (da obra citada, ed. Garnier, Paris, 1949, tomo I, liv. 11<sup>o</sup>, cap. VI, “De la Constitution d'Angleterre”) — bem longe estaria, certamente, de imaginar o papel histórico de seu pensamento.

A crítica contemporânea tinha sido impiedosa para o livro de Barão de MONTESQUIEU: autoridades eclesiásticas o condenaram, a ponto de tê-lo inscrito no *Index*; até VOLTAIRE, um dos maiores valores da Enciclopédia e do Iluminismo, em tom de sarcasmo, chegou a escrever — no seu verbete sobre “Lois”, do “Dictionnaire Philosophique” — que “no livro de Montesquieu o espírito desgarra e a letra nada instrui”. . . — De outra parte, consoante observação, agora de modernos publicistas ingleses, o destaque atribuído pelo autor do *Espírito das Leis* às instituições políticas da Inglaterra, nas quais ele enxergara uma sábia separação dos poderes, “foi baseada numa errônea interpretação da posição da Inglaterra no século dezoito” (in: D. C. M. YARDLEY, *Introduction to British Constitutional Law*, ed. Butterworths, Londres, 1964, p. 64).

3. O livro *princeps* que ROUSSEAU deu a lume em 1762, *Du Contrat Social* — que recebeu um título alternativo, *Principes du Droit Politique* —, desenvolvia o *contratualismo* que já se irradiara contemporaneamente (pelo menos desde HOBBS com seu *Leviathan*), segundo o qual um povo só se tomaria um povo no momento em que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua potencialidade sob a direção suprema

da vontade geral; e nós recebemos em corpo integrado (*en corps*) cada membro como parte indivisível do todo” (em *Du Contrat Social*, ed. Garnier-Flammarion, Paris, 1966, liv. 1º, cap. VI). — A iniciativa de integração do indivíduo no corpo moral e coletivo organizado a partir do “pacto social” origina a criação de uma pessoa pública que passará a apresentar-se com os mais variados nomes, enquanto será chamado de *Estado* por seus membros “quando é passivo, *Soberano* quando é ativo, *Potência* quando posto defronte de seus semelhantes” (ob. e cap., *cits.*).

No campo político-institucional o pensamento do filósofo genebrino — malgrado a repulsa que mereceria de autoridades eclesiásticas, tal como ocorrera com o *Espírito das Leis* de MONTESQUIEU, e das autoridades de Genebra, que queimariam seu livro em ato público solene . . . — iria ter repercussão universal, a ponto de passar a ser o elemento central do constitucionalismo irradiado nas ondas do Iluminismo. — Na tese do Dr. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, apresentada em 1967 à Universidade de Goettingen sob o título “Do conceito de Constituição na Teoria do Estado Alemão — do Iluminismo e do Historicismo” (“Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklaerung und des Historismus”, ed. Duncker & Humblot, Berlim, 1967, pp. 35, 40, 45 *et passim*), esse jurista nos apresenta o entendimento constitucionalista dos mais eminentes publicistas germânicos, como PÜTTER, HÄBERLIN e SCHEDEMANTEL, do tempo do Iluminismo alemão, cujas teorias de Constituição estavam sempre inspiradas no contratualismo de ROUSSEAU.

4. Em função desse clima cultural, todas as Constituições, que passaram a ser escritas desde o Pacto Federal dos Convencionais de Filadélfia, receberiam inspiração de um mesmo pensamento central. Por isso também, e tal é o que aqui mais nos importa destacar, seriam elas redigidas com aplicação da Separação dos Poderes, da recomendação de MONTESQUIEU.

Com efeito, a Constituição que ensejaria a formação dos Estados Unidos da América viria a ser redigida com plena Separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sem que houvesse — nela — sido previsto nenhum expediente para o controle de eventuais desdobramentos de atribuições ou competências por parte de qualquer desses Poderes. E o mesmo seria o espírito, como a forma das várias Constituições que — no mais flagrante período de institucionalização de sua Revolução, entre 1790 e 1800 — foram promulgadas na França.

Assim, viria a ocorrer um fenômeno insólito, que não teria remédio hábil previsto na obra de MONTESQUIEU — ainda porque não resultara da observação de nenhum sistema experiente, mas de uma equivocada análise das instituições inglesas (v. *supra*, nº 2) —, qual aquele de cada um dos Poderes do Estado exercitar-se com plena imunidade, irrestritamente. Certo que no *Espírito das Leis* seu autor reconhecera decorrer de “uma experiência eterna que todo homem tem inclinação para abusar do poder;

ele vai até que encontra limites”: e para isso enfrentar o filósofo ingenuamente acrescentaria — “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder (“le pouvoir arrête le pouvoir”). Uma Constituição pode ser tal que ninguém seja constringido a fazer coisas sem que a lei a tanto obrigue e a não fazer aquelas que a lei permite” (ob. cit., pp. 162/163).

Todavia, como há de um Poder — se eles são três e separados e com o mesmo peso específico na governação — deter o abuso de que outro se faça autor?

5. Nos Estados Unidos esse problema tornou-se sobretudo agudo logo na alvorada do século XIX, mais precisamente em 1803 — a Nação não completara sequer três lustros de existência — quando a Suprema Corte da União estava formada de egressos do Partido Federalista, enquanto os republicanos conquistavam o Executivo e o Congresso. Nessa alteração de quadro político (o Presidente federalista QUINCY ADAMS cederia o cargo ao opositor republicano JEFFERSON) também houve mudança do Secretário de Estado: MARSHALL cedeu o cargo a MADISON; contudo antes dessa transferência o Secretário de ADAMS nomeou o cidadão MARBURY para um cargo em Washington, sem haver efetivado seu ato com o empossamento do nomeado; e o sucessor, MADISON, recusar-se-ia a dar posse ao partidário do grupo político decaído. — Essa, a origem do celebrado caso MARBURY *versus* MADISON, eis que o primeiro entrou com processo perante a Suprema Corte, impetrando um *mandamus* contra o segundo, para que este fosse compelido a entregar-lhe o cargo que lhe era recusado.

Ocorreria que MARSHALL, tendo deixado o cargo de Secretário de Estado e reinvestido no de Presidente da Suprema Corte — no qual era vitalício mas, na época, sem incompatibilidade para ocupar a Secretaria de Estado —, atribuiu-se a função de Relator do feito para denegar o apelo, sob argumento de que a lei não podia garantir à Corte poderes mais amplos que aqueles a ela atribuídos pela Constituição. — Entre outras longas considerações de cunho jurídico, ao decidir o pleito comentado, MARSHALL aproveitou para afirmar a doutrina da supremacia judicial no controle da constitucionalidade de atos dos outros poderes, em manobra política que ROBERT H. JACKSON assim descreveria: “A estratégia de dar aos jeffersonianos uma vitória com invocação de doutrina da qual eram eles os mais fervorosos oponentes foi magistral. MARSHALL conhecia sua política tão bem como seu direito. Os jeffersonianos não tinham condições de levantar o povo contra a doutrina mediante a qual eles haviam sido vitoriosos no seu caso” (in *The Struggle for Judicial Supremacy*, apud ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA na conferência sobre “Novos Aspectos da Competência Constitucional do Supremo Tribunal Federal”, pub. na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 92, pp. 1/14; ainda sobre o *case* MARBURY *versus* MADISON, ver *Lecciones y Ensayos*, pub. da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, nº 25, 1962/1963; e, outro tanto, CARL

BRENT SWISHER, *Historic Decisions of the Supreme Court*, ed. Van Nostrand, USA, 1958).

Sem consideração para os aspectos éticos da iniciativa que teve MARSHALL como patrono — e o mesmo ROBERT JACKSON isso também destacou, salientando que os *standards* éticos proibiam o antigo Secretário de Estado e agora retornado à Presidência da Corte Federal de relatar um caso em que pessoalmente se envolvera... —, o fato é que o caso comentado adquiriria tal força que se tornou um dogma constitucional no País. Não será despidiendo, a propósito, citar o que o escritor do consagrado *American Commonwealth*, BRYCE, nele descreve: um inglês certa vez levou dois dias folheando a Constituição dos Estados Unidos da América, em busca do artigo que deferiria à Suprema Corte a faculdade de julgar da constitucionalidade das leis; conquanto o cidadão de Sua Majestade Britânica não tenha encontrado o que buscava, pela óbvia razão de inexistir esse artigo, escreveu BRYCE, a circunstância não obsta a que tal poder da Corte americana seja uma das mais vigorosas instituições políticas do país.

Nos Estados Unidos, portanto, o problema do cerceamento do abuso que um poder estatal eventualmente praticasse, em detrimento de outro, resolver-se-ia com o expediente de conferir a um deles, ao mais inerte por sem dúvida, a dirimência do conflito criado. Tal solução passaria ao mundo jurídico com o título de *Controle de Constitucionalidade*.

6. Na França, o problema do conflito ou do abuso de poderes iria receber tratamento assaz diverso do que lhe seria atribuído em a novel República da América do Norte. — GEORGES VEDEL, Decano da Faculdade de Direito de Paris, em obra notável (*Droit Administratif*, ed. Presses Universitaires, Paris, pp. 72 e segs.), faz minucioso histórico da solução gaulesa que afluiria na criação do universalmente conhecido e frequentemente imitado sistema do "Contencioso Administrativo" (a propósito, v. de STRATIS ANDREADES + *Le Contentieux Administratif des États Modernes et la Jurisdiction Administratif en Grèce*, Sirey, Paris, 1932).

Segundo depõe o insigne VEDEL, em seu país a criação desse Contencioso resultou, sobretudo, da *desconfiança* que os revolucionários de 1789 tinham em relação ao Poder Judiciário: conquanto opositores do *ancien-regime*, os homens da Revolução assumiram a herança por ele deixada e até o preconceito contra o Judiciário, que anteriormente — pela manifestação de seus órgãos superiores, os "Parlamentos" distribuídos pelo território nacional — "pretendia prerrogativas que opugnavam frontalmente a autoridade real". — Com esse espírito, uma primeira lei foi feita em agosto de 1790, pela qual se declarou interdito o Judiciário de manifestar-se sobre quaisquer atos do Legislativo; e, no seu artigo 13, o diploma estabelecia: "As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juizes não

poderão perturbar de nenhum modo, sob a pena de prevaricação, as operações dos corpos administrativos, nem citar diante deles os administradores, em razão de suas funções”.

Posteriormente essas disposições ainda seriam reiteradas, por volta do ano de 1796, em termos que, todavia, nada reduziam nem acresciam ao sentido da norma precedente (*apud* VEDÉL, ob. cit., p. 75).

Nessas condições, precisamente dentro do sentido daquela Separação dos Poderes tão festejada a partir da revelação de MONTESQUIEU, esses órgãos da ação do Estado, como contemporaneamente vinha acontecendo nos Estados Unidos, passaram a operar livremente, sem que nenhuma entidade lhes cerceasse a prática eventual de abusos. Nada existia que lhes coarctasse exorbitâncias ou que lhes harmonizassem os desencontros.

7. Na Assembléia Constituinte que funcionava em 1790 reinou a maior *confusão, no pertinente à matéria apreciada*. A época não havia como questionar a soberania dos corpos legislativos; mas se discutiam os problemas resultantes dos casos em que partes privadas contendessem com a Administração Pública. Em face disso, a Assembléia — e este é o depoimento de RODOLPHE DARESTE, num livro sobre *La Justice Administrative en France* (ed. Recueil Général des Lois des Arrêts, Paris, 1898, p. 156) — considerava a matéria do contencioso administrativo atinente à própria Administração, *pretendendo assim ater-se ao princípio da separação dos poderes, que dessa forma tomava um sentido que MONTESQUIEU não tinha talvez previsto* (p. 156); daí JEAN APPLETON — na sua obra *Traité Élémentaire du Contentieux Administratif* (ed. Dalloz, 1927, p. 87) — ter proclamado que, então, dominou a confusão absoluta entre a Administração *ativa* e a Administração *juiz*.

*Entretanto chegou-se ao ano de 1800, o ano VIII do calendário da 1ª República: uma nova Constituição, a de 22 frimário, criaria uma série de jurisdições administrativas distintas da Administração ativa e, outro tanto, um tribunal administrativo superior, o Conselho de Estado, “cuja jurisprudência esclarecida e progressista reunirá num corpo de doutrina sólido os princípios esparsos e incoerentes do contencioso administrativo”* (APPLETON, ob. e p. citadas; sobre o mesmo assunto, DARESTE, ob. cit., cap. VII).

Esse sistema de uma Jurisdição Administrativa, instituída à margem da Justiça Ordinária, porque na ilharga do Poder Administrativo, foi o expediente que em França se engendrou, para — embora sem prejuízo para o princípio da separação dos poderes do Estado, como à época se entendia — disciplinar os abusos ou ilegalidades constatadas nos procedimentos do Executivo.

Mas o problema das eventuais exorbitâncias do Poder Legislativo, aquilo que VEDÉL chamaria de atividade legislativa *“fautive, c'est-à-dire*

ilicite" (ob. cit., p. 46), isso teria que aguardar até 1958, quando a Constituição DE GAULLE seria aprovada por um pronunciamento plebiscitário da Nação, nela inserido um Conselho Constitucional.

8. Conforme tivemos ensejo de dizê-lo, precedentemente, tal Sistema Administrativo francês da Administração ativa e da Administração juiz haveria de merecer ampla adoção, sobretudo nas monarquias européias do século XIX, inclusive nos antigos reinos alemães da Prússia, da Baviera, da Saxônia e do Wurttemberg. — E não por uma aberração histórica mas por havermos tido — durante a maior parte da centúria anterior — a condição monárquica de Reino e de Império, em nosso País foi adotado o Sistema da França, do qual só nos libertamos quando da proclamação da República.

No Brasil do século passado, cuja estruturação constitucional imitava, principalmente, os regimes monárquico-constitucionais da Europa, seria impossível qualquer adaptação do controle jurisdicional aos moldes elaborados por MARSHALL nos EUA: faltava-nos o sentimento de liberdade que os americanos já traziam do tempo dos puritanos, na raiz da nacionalidade, ao mesmo tempo que a dinastia imperante aqui, malgrado os arroubos liberais de nosso jovem primeiro Imperador e o equilibrado espírito de Pedro II, ainda se inspirava na tradição autocrática dos Braganças.

Contudo, entre nós se viria a aplicar, às meias, o sistema do Contencioso gaulês; sem atribuir-lhe o caráter de entidade jurisdicionante que o de França exhibia, aqui se adequava à exaltação da soberania do monarca e de alguns outros hierarcas do regime, na forma da pristina tradição lusitana.

Nessas condições deixa de surpreender a posição de um estadista da categoria do VISCONDE DO URUGUAI, o qual, ao mesmo tempo que admitia ser "o Contencioso Administrativo um verdadeiro caos, no qual ainda não penetrou um só raio de luz" — no concernente a algumas de suas intervenções —, sustentava a perfeita constitucionalidade de sua criação, argumentando ser o Contencioso inerente à própria Administração, pelo que caberá à legislação regulamentar decompor o Poder Executivo, separando, classificando e explicando as suas atribuições. De modo implícito, o eminente autor dos *Ensaio sobre o Direito Administrativo* fazia causa comum com o VISCONDE DE JEQUINHONHA, para quem o art. 9º da Constituição de 1824, consagrador da divisão dos poderes políticos — "princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece" —, implicava reconhecer no poder de administrar, separado do judicial, o poder jurisdicional de julgar administrativamente...

Dessarte, cerceava-se a competência do Judiciário e se organizava, mercê de um caricato Contencioso Administrativo, a total, a absoluta e

inconseqüente capacidade de a Administração proceder discricionariamente. Nosso Contencioso — cuja colocação jurídica o VISCONDE DO URUGUAI desenvolveu exaustivamente (Caps. XV/XXI, sobretudo, dos referidos *Ensaio*s, ed. Ministério da Justiça, 1960) — operava por intermédio de elementos com a categoria de “juizes e tribunais”, que URUGUAI relacionou no Cap. XXI de sua obra, em rol enorme que assim começava: “Os Ministros de Estado, o Conselho de Estado, o Tesouro, os presidentes de Província, as Tesourarias, os inspectores de Alameda...” etc.

Todavia, o grande panegírico dessa instituição, que simplesmente implicava a colocação dos Administrados em plena dependência da discricção administrativa, seria feito por HENRIQUE DO REGO BARROS, numa obra que se tornou clássica para o tema (*Apontamentos sobre os Privilégios e Prerrogativas da Administração*, R.J., ed. Laemmert, 1874), panegírico esse que partia deste enunciado: “Das considerações feitas se depreende facilmente que não queremos que os atos da Administração sejam nulificados pelo Poder Judiciário” (p. 425); para prosseguir, adiante, na proclamação de que “a independência exige que nenhum poder invada as atribuições dos outros ou as contrarie” (p. 464).

9. Entretanto, no Brasil republicano e em nosso século uma tentativa de reintrodução do Contencioso Administrativo acentuaria — conquanto não mais *às meias*, tal como no Império, mas *às quartas*...

Temos como inquestionável que a adoção, em nosso País, do sistema americano do *rule of law* e do *judicial control*, ou, mais propriamente, do sistema de jurisdição única — do qual RUI BARBOSA extrairia a interpretação de sua incompatibilidade com o Contencioso Administrativo —, essa tentativa da repristinação do velho sistema francês não poderia deixar de resultar no mais absoluto insucesso.

Não obstante, a Emenda Constitucional nº 1/69, aposta à Constituição de 1967, em seu artigo 111 estabeleceu que a lei poderá criar Contencioso Administrativo e atribuir-lhe competência — para o julgamento dos litígios decorrentes das relações de trabalho dos Servidores com a União, suas Autarquias e Empresas Públicas, qualquer que seja seu regime jurídico.

Como seria de prever-se, em face das críticas impiedosas dirigidas à esdrúxula cláusula constitucional, jamais se legislaria sobre a matéria desse art. 111, que ficou letra morta, e o Contencioso não seria criado, continuando a prevalecer, na sua integridade, o regrado pelo art. 153, § 4º, da Carta Federal, que veda seja excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual.

10. Como quer que se houvesse de adequar o princípio da Separação dos Poderes do Estado a um regime de inter-relacionamento capaz de evitar conflitos entre eles, o fato é que, uma vez demolido — a partir do

século XVIII — o Absolutismo monárquico, instituir-se-ia aquela ordem jurídica que viria a ser chamada de “Estado de direito” (século XIX).

Com essa locução pretende-se identificar a implantação de Governo onde a Sociedade não fique exposta ao arbítrio do Poder, e onde se estabeleça que, em contra-partida dos deveres da cidadania para com a coletividade representada pelo Estado, sejam reconhecidos e respeitados os direitos de seus integrantes: por isso, um dos primeiros teóricos do Estado de direito, do *Rechtsstaat*, OTTO BÄHN, escreveu que o papel deste é assegurar a proteção dos direitos da coletividade, donde entender-se que “o direito do Estado não é outra coisa que uma espécie do direito da sociedade” (... *Staatsrecht ist nicht anderes, als eine Art des Genossenschaftsrechts*: in *Der Rechtsstaat — Eine publicistische Skizze*, nova impressão da ed. de 1864, Scientia Aalen, 1961, p. 45).

Como fruto da Revolução do século XVIII, e até adiantado tempo pelo século XIX, pretendeu-se que o Estado ou, se preferir-se, o Governo do Estado, não tomasse a seu encargo o desempenho das múltiplas atividades inerentes à iniciativa do indivíduo.

Enuncia uma lei da Física que toda ação provoca uma reação em sentido contrário e de igual intensidade: parece-nos válido pensar que tal lei há de ser reconhecida, inclusive, nos sucessos da sociologia política.

Depois de séculos da vigência do Absolutismo com que os Príncipes exerciam seus poderes em face da sociedade, quereria esta um sistema político de teor oposto: o Governo não deve governar demais, reclamou ainda no século XVIII o pensador francês ARGENSON. E tal reclamo tornou-se o núcleo das idéias chamadas de *liberais*, que fecundaram e comandaram a construção dos regimes políticos do século anterior. — Então se queria o Estado constitucional; mas um *Governo mínimo*.

Todavia, circunstâncias de despicienda consideração provocariam a expansão da ação do Governo em tal dimensão que chegaríamos, nós, àquela situação que o constitucionalista contemporâneo KONRAD HESSE, em obra recentíssima, classificou de “alagamento do Estado” (*Überflutung des Staates*). Realmente, chegamos àquela situação que TAVARES BASTOS increpava no regime imperial do Brasil, em tom acerbamente crítico, no qual o Poder Central pretendia tudo regular, até o ar que se respirava: hoje o *grande Governo*, para bem ou para mal, regula até sobre o ar que se tem de respirar. . .

Algo mais, porém, ocorreria: enquanto no crepúsculo do século XVIII se pretendia que o Estado exercesse seus poderes com estrito respeito às *liberdades do povo soberano*, em nosso século o discurso político reivindica do Estado o estrito respeito e a preservação dos *direitos do homem*.

Por isso foi mister avultar o organismo da Administração Pública — que o administrativista alemão OTTO MAYER conceituou como o Estado

em ação para realizar seus fins —, em dimensão nunca dantes vista na história da sociedade organizada.

Destarte, o quadro com que contemporaneamente nos defrontamos apresenta uma situação de perplexidade: o homem opõe ao Governo um rol inumerável de direitos subjetivos, inclusive o de ter um bom Governo; para tal corresponder, o Estado inunda todos os segmentos da sociedade, a ponto de haverem certos críticos do *Big Government*, nos Estados Unidos, proclamado que vivemos sob a égide de um Estado *Frankenstein*, o qual — como o monstro da ficção cinematográfica — o homem criou para seu serviço, para acabar sendo por ele escravizado.

11. Ocorreria que o perecimento do absolutismo e a teorização do Estado de direito não foram suficientes para elidir todos os expedientes governamentais dos séculos do *ancien régime*. Pelo menos de modo residual, ou pela circunstância de não poder a Administração estatal prescindir, ainda que minimamente, de certa parcela de poder discricionário; nem o arsenal de construções jurídicas proponentes do resguardo dos direitos da cidadania em face do Estado foram bastantes, para fazê-los seguros, a esses direitos.

Ocorreria mais, porém: essa parcela de discricionariedade indispensável na atuação administrativa, especialmente naquela dos agentes do Poder de Polícia; por mais que se busque discernir o *arbitrio* da *discrção*, eles frequentemente comisturam-se, tão imperceptíveis às vezes são suas lindes.

E nos dias atuais, quando o sistema do Estado de direito vai cedendo lugar ou se confundindo com o do Estado social — intervencionista no processo social, por excelência —, os resíduos do absolutismo se fazem mais notados.

Em trabalho de outro dia, do eminente Prof. NELSON SALDANHA — e publicado recentemente na *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (nº 62, de janeiro de 1986) sob o título de “O chamado Estado social” —, ele teve ensejo de escrever: “Certos autores de hoje, como ERNST FORSTHOFF, têm posto este problema. FORSTHOFF, egresso de certo modo da herança teórica de SCHMITT, fala em Estado social de direito e cita o caso expresso da Alemanha de Weimar (Constituição de 1919) e da República Federal alemã atual. Adverte, porém, FORSTHOFF que o Estado social e o Estado de direito (no sentido clássico deste) não são coisas facilmente conjugáveis: o Estado de direito repousa sobre o predomínio da lei, e da Constituição como lei, enquanto que o Estado social corresponde a fins sociais específicos, que vão além do âmbito formal da Constituição” (p. 73). — A seguir, NELSON SALDANHA passa a desenrolar o elenco de problemas e de contradições que agravam a difícil conjugação do Estado de direito com o intervencionismo do Estado social, que, por vezes, suscita até o tema da “obediência política”.

Por força de tudo isso e, ainda, porque no Estado de direito se quer os procedimentos da Administração Pública exercidos — quando eles podem atingir os direitos do administrado — com características de *jurisdicionalidade*, nos países mais ciosos do respeito de tais direitos se passou a disciplinar a ação administrativa pela edição de Códigos de Processo Administrativo, mais ordinariamente denominados Códigos de Procedimento Administrativo.

12. No tema que ora abordamos não se pretende nem se trata de reabrir a questão histórica da codificação do direito administrativo, sobre a qual já se consumiu um oceano de tinta e já se escreveu uma torrente de obras. — Aqui mesmo, no Brasil, com um de seus primeiros trabalhos na área em que se tornaria uma das nossas mais egrégias autoridades, CRETELLA JUNIOR teve ensejo de escrever uma tese sobre a problemática da Codificação do Direito Administrativo.

Efetivamente, tão vasto tornou-se o campo de ação da Administração Pública no Estado contemporâneo que a unificação de todas as matérias pertinentes a tal ação iria resultar numa obra de extensão inaceitável. Basta que compusemos todos os códigos até hoje editados em nosso país, no pertinente às matérias setoriais de que se ocupa o Estado e sua Administração, para termos idéia da dimensão de um diploma onde se pretendesse unificá-las: temos o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — um Código; temos o Código de Minas, o Código da Propriedade Industrial, o Código da Caça, o Código da Pesca, o Código Florestal, o Código de Águas, o Código de Alimentos, o Código do Ar, o Código de Telecomunicações, o Código de Trânsito, o Código de Saúde e vários mais. E isto sem falarmos nos diplomas onde reside matéria particularmente tributária, como o CTN, e noutros comistos com área do direito civil, como o Código de Menores.

O fato, digno de registro, é que todos esses comentados “códigos”, elaborados para regular a atividade da Administração Pública, encerram normas de processo administrativo da mais variada gama.

Por isso THEMÍSTOCLES CAVALCANTI teve ensejo de escrever que “o exame de um processo administrativo é, entre nós, uma tortura. Pareceres desnecessários e muitas vezes ilegíveis, colocação desordenada de papéis e documentos, falta, muitas vezes, de provas e elementos essenciais, e dos termos indispensáveis à sua boa ordem e andamento” (apud *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, Imp. Of. do Estado do Rio de Janeiro, 1978, p. 687).

Sucede que o regime administrativo vigente no Brasil está posto em termos de controle de todos os atos administrativos pelo Poder Judiciário (CF — art. 153, § 4º), que, assim, ordinariamente haverá de julgá-los quanto à sua constitucionalidade ou legitimidade. Dessa forma, ainda que

se admita, em o direito brasileiro, certa natureza autoritária no procedimento administrativo, de se exige — ao menos em tese — uma irrestrita obediência às normas legais e uma disciplina indispensável à estabilidade dos atos administrativos bem como ao respeito dos interesses jurídicos dos administrados.

Não atende ao bem comum, quer à Administração Pública, quer à coletividade ou a cada um dos seus membros, a insegurança jurídica dos atos administrativos.

13. Constitui anseio prisco dos cultores do direito administrativo brasileiro a elaboração de um código capaz de unificar as normas do processo ou do procedimento administrativo. E isso desde quando THEMÍSTOCLES CAVALCANTI surgiu na grei dos cultores do direito público do País, onde se tornaria — imediatamente após a publicação de suas *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*. Rio. F. Bastos, 1936 — o verdadeiro patriarca desta disciplina, como o mais eminente dos seus mestres.

E não por acaso, exatamente pela época da publicação de sua obra *princeps*, quando o Presidente do então existente CONSELHO FEDERAL DO SERVIÇO PÚBLICO CIVIL, precursor do DASP, lhe atribuiu o encargo de elaborar um anteprojeto de Código de Processo Administrativo, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI desincumbiu-se dele, tendo redigido o trabalho que, todavia, na época, não mereceu a consideração reclamada. — Esse anteprojeto, ao qual precedia uma lúcida Exposição de Motivos, muitos anos mais tarde viria a ser reapresentado aos participantes do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em cujos *Anais* se encontra reproduzido na íntegra.

Na Exposição de Motivos antecedente do seu trabalho, escreveu CAVALCANTI, entre muitas eruditas considerações: “As manifestações de atividade da Administração são multiformes, e daí a variedade (impossível de limitar e de classificar) dos processos administrativos. Ora ela tem por fim atender aos interesses dos funcionários, em suas relações com o Estado, ora se apresenta como reguladora dos direitos de terceiros, ora, finalmente, visa a proteção dos interesses fiscais, patrimoniais do Estado, em relação a todos quantos com ele se acham em situação de dependência. A codificação das normas do processo administrativo deve ter, por isso mesmo, uma generalidade que permita a sua aplicação aos casos especiais, por meio de disposições supletivas a serem criadas em leis, regulamentos e portarias. A técnica legislativa moderna, aliás, orienta-se neste sentido. A lei geral traça as grandes linhas, as normas fundamentais, os princípios que devem orientar a elaboração dos regulamentos. Na lei geral encontra o poder regulamentar apenas as diretivas, os tipos essenciais a que deve obedecer na elaboração dos regulamentos administrati-

vos. Ao poder regulamentador cabe prover a maneira de executar a lei, de atender aos casos particulares, às peculiaridades das diferentes organizações administrativas. Como vimos acima, *a preocupação máxima deve consistir em simplificar e uniformizar as normas de processo, não somente em benefício dos interessados e para o perfeito esclarecimento da verdade, mas ainda por uma razão econômica*, que deve sempre ser levada em consideração" (Anais cit., pp. 687/688: grifos nossos).

14. "Simplificar e uniformizar as normas de processo" — disse-o com muita propriedade THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, a propósito de alguns dos objetivos de um Código da natureza do que propunha.

Mas não disse tudo. — Nos dias fluentes — e o jurista festejado se pronunciava, na forma comentada, há cerca de meio século... uma das mais candentes preocupações dos técnicos da Administração Pública, ao mesmo tempo que dos cientistas políticos, é a auxese, a plethora de atribuições que o Estado assumiu (aquele "alagamento", da expressão de KONRAD HESSE, que acima referimos) em relação com a Sociedade, gerando o espantoso fenômeno da *burocracia*. E o combate a esse morbo, que entorpece a atividade administrativa, com sérios prejuízos para o Erário, para o serviço público e para os administrados, tornou-se objetivo sempre perseguido, e nunca satisfatoriamente alcançado. de quantas reformas da Administração se tem tentado promover.

Para isso, inclusive, e relevantemente, se faz necessária a uniformização das normas regedoras do processo administrativo.

15. Mas, agora, incumbe a nós o questionamento de um tema conseqüente: o poder jurisdicional e para ordenar seu exercício, a edição de norma processual serão impertinentes em face da autoridade administrativa? — Afinal, jurisdição e poder jurisdicional são inerentes à atividade judiciária, e somente a ela, no Estado contemporâneo?

Numa afirmação que pode ser tida como pretensiosa, mas que ousamos denunciar porque apoiada num entendimento que já se faz hoje universal (com exclusão dos processualistas, que intentam transformar o prático *ius perseguendi in iudicio* de ontem numa ciência de alta indagação...), muitos desempenhos da Administração Pública no Estado de direito têm características de pronunciamento jurisdicional. — Aliás, foi o insigne FRANCESCO CARNELUTTI quem, não obstante processualista, e de categoria por sua vez universal, prelecionou sobre existência de muita atividade *jurisdicente fora do campo judiciário*, ao mesmo tempo que sobre existência de *processo não jurisdicional*: "A sinonímia entre função processual e função jurisdicional — segundo CARNELUTTI — implica uma imperfeição de linguagem e de pensamento que a ciência do processo deve corrigir, se a primeira exigência de seu progresso é a pureza dos conceitos

e a propriedade dos vocábulos” (em *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. esp., ed. Uteha, B.A., 1944, vol. I, p. 156).

Continuando no seu excelso magistério, ao comentar a extensão e aplicação do conceito de jurisdição em áreas bem distantes do Judiciário, tais como as do Legislativo e as do Executivo, sustenta CARNELUTTI que tanto *jus dicit* o Juiz, quando declara existir ou não a dívida reclamada por Tício contra Caio, como *jus dicunt* todas as pessoas cujas declarações tenham o caráter de “fonte do direito” (*idem, ibidem*). — Daí falar esse autor na existência de normas especiais que permitem reconhecer existência de um *processo comercial* e de um *processo administrativo*: “Sobretudo no seu desenvolvimento histórico, estas normas processuais mostram uma tenaz aderência às normas materiais constitutivas do direito mercantil ou do direito administrativo; e isso explica não só sua exclusão do Código de Procedimento Civil, no sistema legislado, senão também a tão sensível inclinação da doutrina ao distribuir, por exemplo, a instituição da quebra, apesar de sua natureza francamente processual, para os domínios da mercantilística mais que para os da processualística; e todavia mais, ao associar o exame do processo administrativo ao direito administrativo e não ao direito processual” (no mesmo livro e vol., p. 99).

16. No entanto, resta considerar se, no caso da unificação e disciplina-mento das normas pertinentes aos pronunciamentos da Administração Pública, o diploma resultante será um Código de Processo ou de Procedimento Administrativo. — Isso porque alguns autores sustentam que o *processo administrativo* não deve ser concebido como uma sucessão de formalidades visando à formação de ato substancialmente unitário, com unidade de efeito jurídico; e outros, ainda, pretendem que o termo corrente, quiçá de inspiração italiana, *procedimento*, nem mesmo deva ser mantido para as ações administrativas.

Entre nós, no Brasil — embora o autor seja português — talvez quem melhor haja desenvolvido essa questão terminológica, insita no caso apreciado, terá sido o Prof. ALBERTO XAVIER, no seu livro que Bushatski editou em São Paulo, em 1976, sob o título *Do Procedimento Administrativo*. No seu trabalho, XAVIER, depois de haver desenvolvido amplo estudo das características do fenômeno processual, as teorias a propósito das jurisdições, contenciosa e graciosa, da distinção entre ato administrativo e ato jurisdicional, fixou-se no estudo do “procedimento administrativo”, por ele definido como a sucessão ordenada de formalidades tendentes à prática ou à execução de um ato administrativo por parte de uma autoridade ou órgão administrativo (pp. 89 e ss.). — Todavia, em considerações precedentes, o autor tinha dedicado o artigo 3 de seu Cap. I ao estudo do *processo como fenômeno geral do direito*, revelado em variados setores da ordem jurídica: destarte, reconhece a existência do *processo legislativo* na sucessão de formalidades que conduzem à elaboração da lei, desde a apresentação de um projeto; identifica o *processo*

*jurisdiccional* nas formalidades que, a partir da petição inicial, levam à edição da sentença; e descortina o *processo administrativo* na sucessão de trâmites, como um despacho de abertura de concurso, publicação de anúncios, requerimentos dos concorrentes etc. todos eles dirigindo-se à prática do ato administrativo de nomeação de um funcionário (ob. cit., pp. 31/32).

Como quer que seja, porém, e apesar do excelente lastro doutrinário de seu livro, XAVIER acaba incidindo naquilo que NICETO ALCALÁ — ZAMORA Y CASTILLO assim descreveu: “Los términos *proceso y procedimiento* se emplean con frecuencia, incluso por procesalistas eminentes, como sinónimos o intercambiables” (apud ROGÉRIO LAURIA TUCCI, no verbete “Processo”, da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 61). Assim, no Cap. IV, artículos 16 e 17, embora tenha sido apresentado — o assunto indicado nos títulos — como pertinente às “classificações do procedimento administrativo” e às “fases do procedimento administrativo”, no texto só há consideração e referência às classificações e às fases “do processo administrativo”: de duas uma — o autor se confundiu em face da sutileza da distinção entre processo e procedimento, o que nos parece ter ocorrido, ou então, ele acabou por, como do comentário de ZAMORA Y CASTILLO, considerando sinónimos ou intercambiáveis os dois nomes (agora, nas últimas páginas do livro, uma decisão inadmissível)...

17. Nos dias que correm funciona para o Brasil uma Assembléia cuja razão de ser visa ao estabelecimento de nova ordem institucional capaz de assegurar ao povo brasileiro a democracia, a paz e a justiça social. Estamos numa hora de meditação, a fim de que se encerre o trabalho constituinte com resultado que garanta ao País as melhores instituições no melhor dos mundos possíveis, se nos permitem essa tirada ao PANGLOSS voltariano... Enfim, vale a pena ser otimista.

De qualquer modo — é esta a finalidade das elucubrações que pusemos neste trabalho — o que se impõe é que tenhamos uma Constituição, a qual, sem refugir de nossas tradições institucionais, as aperfeiçoe, mesmo que com adoção de novos institutos, desde que estes se compatibilizem com as tradições respeitáveis.

Por isso nossas considerações sobre a origem histórica do Contencioso Administrativo, sua natureza e as explicações do porquê não deverá ele ser repristinado para o País.

Não obstante, algo do que surgiu mercê desse instituto desvalioso para nós, como o ordenamento disciplinado do Processo ou Procedimento administrativo, há de receber agasalho na obra ferente de nossos Constituintes. Afinal, no moderno Estado de Direito e Social, a Administração Pública não deve proceder através de Atos de Príncipe para gerar Fatos de Príncipe que a cidadania terá de suportar sem resguardos.

# Ombudsman

CARLOS ALBERTO PROVENCIANO GALLO  
Professor de Direito Constitucional

## SUMÁRIO

1. O Ombudsman para assuntos militares da Alemanha Ocidental. 2 A lei da Suécia sobre a igualdade entre mulheres e homens no trabalho. 3. Ombudsman para oportunidades iguais e a Comissão para oportunidades iguais na Suécia. Bibliografia.

### 1. O OMBUDSMAN PARA ASSUNTOS MILITARES DA ALEMANHA OCIDENTAL

“É preciso tornar o estado de soldado agradável à Nação.” (Scharnhorst)

A Constituição da Alemanha Ocidental, de 23 de maio de 1949, propicia ao Parlamento Federal meios de controle sobre as Forças Armadas. Forças Armadas e Democracia não são conceitos antagônicos. O após-guerra elevou na Alemanha o conceito de democracia, as Forças Armadas entendendo que lhes cabe fazer assentar, cada vez mais, em seu âmbito, o acatamento às normas democráticas e o profundo respeito à Constituição Federal.

As Forças Armadas na Alemanha Ocidental estão, pois, sujeitas ao poder de controle da Comissão de Defesa do Parlamento Federal, que exerce suas funções até mesmo durante o período entre duas legislaturas parlamentares e em períodos eleitorais, gozando de prerrogativas inerentes às comissões parlamentares de inquérito. A Comissão de Defesa tem atribuições semelhantes às de um Comitê de Averiguações. Sempre que a quarta parte dos seus membros o requerer, deverá atuar nessa qualidade.

Os direitos assegurados pela referida Lei Fundamental ao Poder Legislativo, para o exercício desse controle, podem ser exercidos, pois, pela Comissão de Defesa e pelo Encarregado de Defesa do Parlamento Federal, o “Wehrbeauftragter der Bundestages” — órgão auxiliar do Parlamento Federal.

O Encarregado de Assuntos Militares do Parlamento Federal, o chamado "Wehrbeauftragter der Bundestages", foi instituído em 1985. Foi introduzido um artigo especial na Constituição da República Federal da Alemanha (art. 45, b), mediante lei federal de 19 de março de 1956 (Diário Oficial Alemão federal, 1956, I, p. III), objeto de regulamentação pela lei federal de 28 de junho de 1957. Assim estabelece o art. 45, b, da Constituição da República Federal da Alemanha:

"Um Delegado parlamentar junto à Defesa será nomeado pelo "Bundestag" com vistas à salvaguarda dos direitos fundamentais para auxiliar o "Bundestag" no exercício do controle parlamentar. Lei federal regulará os detalhes."

Convém ressaltar que a iniciativa da inserção no art. 45, b, da Constituição da República Federal da Alemanha, do Encarregado do Parlamento para assuntos militares é devida ao deputado socialista Ernest Paul, que viveu na Suécia, tendo observado com profundidade como funcionava o Ombudsman sueco para assuntos militares, lá ficando, enquanto perdurou o nazismo. Ao voltar à Alemanha, teve sua idéia aceita, quando da remilitarização, pugnando por sua efetiva adoção.

Procurou-se seguir em alguns aspectos o modelo sueco do Ombudsman para assuntos militares, cargo especificamente criado na Suécia em 1915 e que hoje está unificado nesse país, após as reformas lá empreendidas a partir de 1967, sob a denominação "Ombudsman do Parlamento": o "Riksdagens Ombudsman", atualmente em número de quatro, agindo de acordo com as atribuições previstas em lei, as chamadas instruções do Ombudsman, que complementaram o preceito constitucional, previsto no art. 6º do capítulo XII da Constituição sueca de 1975.

Na Alemanha Federal, a atribuição precípua desse Encarregado é velar pelo respeito aos direitos constitucionais dos cidadãos conscritos, dos soldados de carreira, dos engajados nas Forças Armadas, daqueles "cidadãos em uniforme".

É preciso pôr em destaque que o princípio do "cidadão em uniforme", cuja paternidade é atribuída a Auguste Bebel, segundo nos informa Fritz Erler, deve sua introdução na "Bundeswehr" (Forças Armadas) por intermédio de três oficiais generais: o general Baudessin, o general Kielmansegg, o general de Maizière. Como bem salientou este último general, "nunca mais o Exército na Alemanha será instrumento de uma facção política ou de uma classe".

Assim, qualquer soldado que considere ter tido os seus direitos feridos, que achar que foi injustamente tratado por um superior

hierárquico, que teve seus direitos inobservados por departamento militar, ou considerando que é dever seu chamar a atenção a respeito de determinadas irregularidades, ocorridas no âmbito da instituição militar, poderá recorrer a ele. Não há necessidade de o soldado seguir a via hierárquica, e nem por isso poderá ser castigado, punido ou prejudicado, isto é, por ter agido conforme a lei não virá a sofrer punição disciplinar. O Encarregado de Defesa deve velar, sobretudo, para que sejam acatados e respeitados os direitos fundamentais e normas de comportamento no âmbito das Forças Armadas. Ressalte-se que o conceito de comportamento interno ("innere Führung") está intimamente ligado às reformas que tiveram início em 1950. Esse comportamento diz respeito aos princípios orientadores na formação, instrução, previdência e direção do pessoal. Assim, através da observância dessas medidas, os soldados não são vistos como "súditos", mas como "cidadãos em uniforme". Embora soldado, não deixa de ser um cidadão livre. Essa nova orientação tem, pois, por finalidade o desenvolvimento interno das Forças Armadas e a integração destas na sociedade. Os seus integrantes entenderam que "só podem conservar o seu direito de viver em liberdade, se assumirem determinados compromissos".

Atua, pois, o Encarregado da Defesa, como "órgão auxiliar" ("Hilfsorgan") do Parlamento Federal ("Bundestag"), não só com relação ao controle parlamentar do sistema de defesa, como também quanto à garantia efetiva dos direitos fundamentais. Esse alto funcionário é eleito pelo Parlamento Federal por um período de cinco anos. A eleição deve dar-se por maioria absoluta de seus membros, podendo ser destituído ou reeleito por essa mesma maioria. Insista-se, pois, que a Câmara não tem poderes constitucionais para lhe dar instruções particulares como deve agir neste ou naquele caso. Deve apresentar ao Parlamento relatório anual, contendo informações precisas de suas atuações, melhor dizendo, ao Comitê de Defesa.

Ele tem acesso a quaisquer informações de todas as repartições militares, podendo consultar documentos, tendo o direito de inspecioná-las, sem que comunique previamente o dia em que irá fazê-las. Quaisquer instalações das Forças Armadas ficam sujeitas a seu controle.

O primeiro Encarregado para assuntos militares na Alemanha — o general aposentado Helmuth von Grolman — entrou em exercício somente aos 3 de abril de 1959, após ter sido eleito pelo "Bundestag".

Com relação ao número de reclamações, para se ter uma idéia, cerca de 6.000 (seis mil) queixas são apresentadas anualmente ao Encarregado de Assuntos Militares naquele país.

2. A LEI DA SUÉCIA SOBRE A IGUALDADE ENTRE MULHERES E HOMENS NO TRABALHO (Lag em ändring i lagen (1.979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet).

"Ainda não chego a compreender por que é que as mulheres são tão facilmente excomungadas na Itália, a cada passo nos diziam: "Não entrem aqui... não entrem ali, estariam excomungadas!..." Ah! Pobres mulheres, como são desprezadas! Todavia elas amam a Deus em número bem maior do que os homens e, durante a Paixão de Nosso Senhor, as mulheres tiveram mais coragem que os apóstolos, já que afrontaram os insultos dos soldados e ousaram enxugar a Face adorável de Jesus."

(Teresa de Lisieux)

Esta lei foi editada em 5 de junho de 1980, tendo entrado em vigor em 1º de julho de 1980. Ela tem por escopo a promoção da igualdade de direitos que deve existir no campo das relações de trabalho entre homens e mulheres, velar pelas condições de trabalho e pela satisfação própria no emprego. Tanto a área privada quanto a área estatal estão cobertas por esta lei, sendo vigiadas as atividades dos empregadores nesse particular.

Para tornar efetivo o cumprimento desta lei, o Governo sueco instituiu o Ombudsman para Oportunidades Iguais — o "Jämställdhetombudsman" —, cuja sigla é "Jämo", por ele nomeado.

Convém frisar que o Ombudsman para a igualdade não é um Ombudsman propriamente dito, sendo ele nomeado pelo Poder Executivo e não pelo Parlamento.

Essa lei contém 22 artigos, tendo duas partes principais. Uma parte contém normas sobre a proibição de discriminação, tomando-se por base a diferença de sexo e outras medidas ativas para promover a igualdade nela prevista nos locais de trabalho.

Além disso, há normas sobre o poder de atuação do Ombudsman para Oportunidades Iguais e a Comissão para Oportunidades Iguais — a "Jämställhetsnämnden" —, bem como a prevenção de sanções e normas procedimentais.

Um interdito contra a discriminação significa que o empregador não pode obstar a pretensão de um empregado ou qualquer pretendente a um emprego em razão de seu sexo. Existem as exceções previstas nesta lei, como, por exemplo, no caso de apoio de interesse ideológico e também naquilo que se denomina tratamento favorável do "under-represented sex".

Um empregador que venha a contrariar a posição legal pode, em determinados casos, ser sentenciado a pagamento de compensa-

ção por danos morais ou por qualquer outro resultado danoso. Demandas sobre discriminação no campo do sexo serão normalmente julgadas pelo Tribunal do Trabalho.

O empregador tem a obrigação de tomar medidas para promover igualdades. Isso implica dizer que o empregador deve empreender esforços planejados e orientados com vistas a ampliar a igualdade em seu lugar de negócios e em proporção aos recursos de que dispõe.

Normas sobre medidas eficazes para promover a igualdade podem ser substituídas ou acrescentadas através de negociações coletivas sobre igualdade entre trabalho e direção. Um empregador que não observar os ajustes dessa natureza e também as normas sobre essas medidas ativas pode ser instado a cumprir as obrigações previstas em lei, sob pena de multa.

### **3. OMBUDSMAN PARA OPORTUNIDADES IGUAIS E A COMISSÃO PARA OPORTUNIDADES IGUAIS NA SUÉCIA**

A principal atribuição do Ombudsman para Oportunidades Iguais — o “Jämställhetombudsman” (Jämo) — é assegurar o cumprimento da Lei de Igualdade entre Mulheres e Homens no Trabalho.

O cargo de Ombudsman para Oportunidades Iguais e a referida Comissão foram criados juntos para fazer observar a citada lei, objeto de nossas breves considerações anteriores. As leis contendo instruções para o bom desempenho do cargo de Ombudsman para Oportunidades Iguais foram editadas em 5 de junho de 1980, entrando em vigor em 1º de julho de 1980. Já tivemos o ensejo de ressaltar em outros trabalhos, a respeito do Ombudsman Parlamentar do Direito Sueco, que o Ombudsman para Oportunidades Iguais não é um Ombudsman propriamente dito, sendo nomeado pelo Poder Executivo e não pelo Riksdag (Parlamento).

São atribuições desse Ombudsman tentar persuadir primeiramente empregadores a cumprir as normas previstas na referida lei, mediante acordo voluntário, através de serviços de consultas, informações, negociações etc. Não surtindo efeito os “conselhos”, o Ombudsman tomará outras medidas, tais como levar o caso perante o Tribunal do Trabalho.

Tentando o Jämo, sem sucesso, persuadir os empregadores a tomar medidas mais eficazes para que se atinja a finalidade, isto é, a efetiva aceitação da igualdade, poderá requerer à Comissão para Oportunidades Iguais que emita um mandado de proibição, determinando que o empregador acate a medida, a fim de que seja observada a igualdade.

O Jämo deve envidar os esforços necessários para a promoção da igualdade no trabalho e para a formação da opinião pública.

Assim, o Ombudsman para Oportunidades Iguais é responsável pela informação ao público em geral e deve valer-se de ações apropriadas para contribuir para a promoção de igualdade. Tem um papel importante na mobilização da opinião pública que nele confiará ou não, dependendo de sua eficiente atuação.

A Comissão para Oportunidades Iguais — a “Jämställdhetsnämnden” — é nomeada pelo governo e tem a tarefa precípua de impor multas quando empregadores omitirem tomar medidas para promover a igualdade sugerida pelo Ombudsman. A Comissão é composta por experimentados advogados, com larga atuação nos Tribunais, dela fazendo parte representantes de ambas as partes (empregadores e empregados), de notórios conhecimentos sobre as condições no mercado de trabalho e experiências de trabalho para ampliar a igualdade e tudo fazer para o seu acatamento.

Segundo o folheto “Dados sobre a Suécia”, de outubro de 1983, logo após a instalação dos serviços, o “Jämo”, na maioria dos casos, teve sucesso no trato de questões relativas a essa lei, com os empregadores envolvidos. Até julho de 1982, nove casos tinham sido levados ao Tribunal do Trabalho, dois deles tendo sido resolvidos fora do Tribunal.

Informa-nos ainda o folheto que, “até agora, já foram proferidas decisões em três casos”.

## BIBLIOGRAFIA

### Alemanha

- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Ed. pela Bundeszentrale für politische Bildung — Bonn, maio de 1982.
- A Alemanha de Hoje, editado pela Lexikon-Institut Bertelsmann, Redação: Heinz Dieter Bulka M. A., Susanne Lücking, 4.ª edição atualizada, redação encerrada em 30 de novembro de 1983, impresso na Alemanha Ocidental (Bundesrepublik Deutschland).

### Suécia

- The Act Concerning Equality Between Women and Men at Work (The Equal Opportunities Act), brochura publicada pelo “Jämo”, Stockholm, 1984;
- The Swedish Act on Equality Between Women and Men at Work, Equal Opportunities Agreements in the Private and the Public Sector, Ministry of Labour (Arbetmarknadsdepartementet), Regeringskansletts, Offsetcentral, Stockholm, 1985;
- The Equal Opportunities Ombudsman — report on Activities 1980-1983, Stockholm;
- Jämställdhet på arbetsmarknaden (Equality in the Labour Market (statistik/statistics), publicado Arbetmarknads — styrelsen (Departamento Nacional do Mercado de Trabalho, publicado por AMS — The National Labour Market Board, Stockholm, Sverige;
- Dados sobre a Suécia, publicado pelo Instituto Sueco de Estocolmo, o “Svenska Institutet” em 1983, contendo apontamentos sobre o “Ombudsman” na Suécia.

# Liberdade capitalista no Estado de direito

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

O prisma mais explorado do tema liberdade e capitalismo vem resumido nas dicotomias: capitalismo-socialismo, economia de mercado *versus* planejamento; liberdade individual-igualdade, isto é, a liberdade do tipo burguês e aquela presumida em um regime de planejamento total em nome de um valor igualitário coletivista.

Dentro desse ângulo dualista, e com certo sabor de maniqueísmo, impossível a conciliação. Todo hibridismo é condenável. A posição liberal resolve-se na ortodoxia do liberalismo clássico. A alternativa socialista engloba todos os "socialismos", sob a chancela do marxismo, cuja revolução redundaria na "ditadura do proletariado" ou no "governo do povo inteiro", fase de transição, com o planejamento total da economia, até o desaparecimento do Estado, por desnecessidade, e o surgimento da "idade do ouro" do governo dos homens e das coisas por si sós.

Visando a uma reflexão sobre a liberdade no capitalismo, ocorre-me examinar uma vertente do tema, fundada não na dualidade capitalismo-socialismo, mas na dialética Estado *versus* economia. Tal caminho implica em não rechaçar como inconveniente, segundo os princípios do liberalismo, qualquer intervenção do Estado na economia, senão aquela feita de maneira a violar ou prejudicar aqueles princípios, como, por exemplo, o do sistema de pesos e contrapesos no exercício do poder, isto é, o da limitação do

poder pelo poder; o da declaração dos direitos individuais e o da sua efetiva garantia; o da propriedade privada; o da economia de mercado. De igual maneira, a dialética Estado-economia acarreta a não generalização dos "socialismos". Não se há de unificá-los para uma condenação, mas em avaliá-los segundo suas realidades e resultados, diante dos referidos princípios liberais, absorvidos pela contemporaneidade.

A dualidade Estado-economia tem o condão de suscitar, ainda, menções ao Estado político-administrativo em oposição ao Estado de direito; ao Estado-sujeito em confronto com o Estado-objeto (tipo Estado patrimonial).

Convém salientar que o termo capitalismo é de grande extensão, a exemplo de outros, também polêmicos, como liberdade e democracia. As vezes a palavra capitalismo é usada no sentido de industrialismo, particularmente quando se fala em capitalismo estatal. É preciso, todavia, aplicar hodiernamente a expressão *capitalismo* tão-somente às economias industriais, caracterizadas pela propriedade privada e pelo mercado livre, em uma sociedade marcada pela autonomia das instituições econômicas e de seus grupos dirigentes dentro do quadro social e político (Cf. RALF DAHRENDORF, *Sociedade e Liberdade*, Brasília, Ed. UnB, 1981, p. 205). Nesse sentido, por exemplo, a industrialização alemã não foi *capitalista*, nem na Alemanha Imperial nem na República de Weimar e muito menos, por motivos óbvios, no nazismo. A característica histórica desses períodos sempre foi a do predomínio das elites políticas.

Somente no após-guerra, houve evolução capitalista. Hoje, na Alemanha, há uma elite econômica à frente da sociedade. Sob certo aspecto, a Alemanha Oriental reflete, em seu industrialismo, a herança histórica da Prússia, com o predomínio das instituições estatais sobre as econômicas (*idem, ibidem*, pp. 191 e 202).

Em uma sociedade, há várias instituições hierarquizadas: igreja, economia, exército, Estado. Esses elementos variam de predominância de acordo com o momento histórico. O predomínio das instituições econômicas favorece o desenvolvimento de uma democracia ativa. Dois são os motivos: as instituições econômicas favorecem o pluralismo democrático e se acham em contraste com as outras, gerando um equilíbrio natural e saudável; segundo, as

instituições econômicas são mais democráticas, do ponto de vista de sua constituição interna, do que as da Igreja, do Exército e, sobretudo, do Estado (*idem, ibidem*, p. 179).

A presença do Estado na direção da economia pode representar, e quase sempre representa, quando exacerbada, uma antítese do capitalismo e, por conseqüência, uma não conciliação com os valores liberais e democráticos. Aquela presença pode até significar ausência de capitalismo, no sentido em que esta palavra está sendo usada.

Em contrapartida, é verdade que a participação do Estado não precisa chegar ao ponto de eliminar o capitalismo ou significar o fim da vigência dos princípios adotados pelo liberalismo.

Voltemos a WEBER. Sem entrar na polêmica de sua tese substanciada na "Ética do Protestantismo e o Espírito do Capitalismo", ele demonstra a correlação e a dependência, no sistema capitalista, entre a economia e a moral. Faltou-lhe vislumbrar o que, mais tarde, SCHUMPETER viu com nitidez. Os aspectos econômico e religioso-ético há de somar-se um terceiro, também fundamental, que é o político. Quando o capitalismo reverte ao controle do Estado (fascismo e coletivismo socialista), cessa de ser capitalismo para tornar-se, outra vez, um Estado patrimonial. A diferença entre sistema econômico e sistema político é novamente absorvida pela unidade primitiva. O Estado governa tudo (Cf. MICHAEL NOVAK, *O Espírito do Capitalismo Democrático*, Nórdica, s/d, p. 53).

Na verdade, a luta se trava entre o sistema estatal e o econômico. Noutras palavras, a vertente suscetível de ser examinada reside na dualidade já referida: Estado e economia. Afinal, a economia precede o Estado, concebido este como sociedade política com o governo institucionalizado, ou sociedade jurídica e politicamente organizada, de data recente, em termos históricos relativos.

A questão verdadeira está em saber dos limites do avanço do Estado em face da economia, pois tal avanço significa sempre mais política-administração e menos direito dos particulares; indica invariavelmente uma dose maior de direito público e um menosprezo pelo direito privado. Não foi sem razão que um jurista fascista qualificou o direito privado como uma "porcaria". O Estado inter-

vencionista, embora possa ser contido pelas leis, é sempre o antípoda do *Estado puro de direito*.

A vertente Economia-Estado leva, ainda, a considerações sobre o Estado, em suas diversas visualizações, bem como a propósito do conceito de capitalismo, como os homens dos séculos XVIII e XIX o pensaram em decorrência de sua análise da sociedade. Os economistas e filósofos políticos interpretavam a sociedade de um modo muito polêmico: sociedade capitalista, sociedade de alienação, da injustiça, da miséria, da opressão (Cf. DAHRENDORF, op. cit., p. 13).

Nessa trilha, viu MARX a sociedade de seu tempo. Ele distingue, porém, o capitalismo (regime jurídico da apropriação privada do capital) do regime técnico da produção mecânica, típica da revolução industrial. O primeiro é condenado, mas o desenvolvimento do segundo é celebrado como um dos progressos "revolucionários" da história, em conhecida passagem do Manifesto Comunista. É verdade que o marxismo denuncia o fato de o operário se transformar em um simples acessório da máquina. Mas inculpa não a máquina, mas a sociedade que a põe a funcionar. A máquina nas mãos capitalistas torna-se instrumento de servidão; no comunismo, um meio de libertação (Cf. ANDRÉ PIETRE, *Marxismo*, 2ª ed., Rio, Zahar, 1963, pp. 57 e ss.).

A posição marxista em relação ao capitalismo é semelhante à que adota no tocante ao Estado. Sabemos que MARX escreveu pouco sobre o Estado, mas o suficiente para a dedução de que, em seu pensamento, o Estado tem, tal como o capitalismo (no segundo sentido mencionado), um valor relativo. O capitalismo, como sistema de produção, é um mal no regime da propriedade privada dos bens de produção, mas pode ser um bem nas mãos do Estado da "ditadura do proletariado", porque então o industrialismo se confunde com o capitalismo estatal. O Estado, por sua vez, é um mal, sobretudo quando, porque integrante de uma superestrutura das relações capitalistas privadas de produção, nas mãos da classe dominante, isto é, a burguesia. Revela-se, todavia, um mal menor, quando nas mãos de uma outra classe, o proletariado, a maioria que era explorada pela minoria burguesa, mas que, por força da revolução, assumiu o controle da máquina estatal. A ditadura da burguesia é substituída pela ditadura do proletariado. A luta de

classes continua. Com a vitória definitiva do proletariado, agora em vantagem material por dispor da máquina estatal, não havendo mais luta de classes, desnecessário será o Estado. Então, ele desaparecerá. Em seu lugar, o paraíso político: o governo das coisas e dos homens por si sós.

Tal concepção do Estado revela o pessimismo da época da elaboração originária do pensamento marxista e representa uma repercussão tardia do Estado do tipo patrimonial.

Antes da tipologia contemporânea, em que os Estados são classificados como *democráticos*, *totalitários* (*fascismo*, *nazismo*, *ditaduras em geral*) e *socialistas* (*ditadura do proletariado*, *governo do povo inteiro*), os Estados eram definidos como *patrimonial*, *de política*, *moderno* ou *de direito*.

O critério para essa antiga classificação repousa sobre a situação recíproca dos clássicos elementos dentro do Estado: povo, território e governo.

No Estado patrimonial, típico da Idade Média feudal, o direito público se confunde com o direito privado; os elementos povo e território fazem parte do patrimônio do rei, que se confunde com o governo.

No Estado policial, do absolutismo monárquico, o povo é constituído de súditos, não de cidadãos; o patrimônio privado, uma tolerância do rei; a vontade do Estado é revelada pelo monarca. Nesse Estado, Luís XIV disse: "O Estado sou eu". E D. Pedro I, no Brasil, também com uma certa defasagem: "Tudo para o povo, nada pelo povo". Daí não aceitar-se, nele, qualquer representação do povo, embora esse possa beneficiar-se da ação do governo (do rei).

O Estado moderno ou de direito substitui o governo dos homens pelo governo das leis; o povo é constituído de cidadãos, não de súditos. Nascem os direitos dos cidadãos oponíveis contra o Estado, mas durante muito tempo se guardou, como resquício, a função de um Estado policial, não no sentido de uma polícia repressora, porém onde o governo funciona como se fosse a polícia, pois não é um Estado político-administrativo, mas um Estado de direito, que tem como única função a de produzir a ordem jurídica (tal era a concepção originária do Estado de direito), sem maiores preocupações com setores outros da administração, tão presentes na atividade

estatal de nossos dias. O Estado de direito nessa concepção originária se explicava pela idéia do "deixai fazer, deixai passar, que o mundo vai por si".

É evidente que o Estado de direito vem sendo alterado pelas exigências sociais, na medida em que a social-democracia foi impondo os seus ideais, para equilibrar as desigualdades sociais e atender para funções que o movimento livre dos acontecimentos políticos e econômicos não supria. Por isso, hoje, não se fala tanto em Estado de direito, mas em muito mais do que isso, em um Estado que, subordinado ao direito, seja um Estado de justiça social.

A colocação feita sobre a reversão à temática do Estado patrimonial tem o condão de ensejar um novo critério na tipologia do Estado, que seria concebido ou como "sujeito" ou como "objeto".

O Estado patrimonial é tipicamente um estado-objeto, concebido como apropriável por alguém, idealizado como algo que pode ser objeto de uma relação jurídica. O Estado pertence ao monarca. A principal característica de um Estado-objeto reside na inexistência de direitos públicos contra ele oponíveis. O Estado-objeto não tem direitos nem deveres. É objeto de direito de alguém. Tal concepção ressurgue toda a vez em que um grupo, falando em nome de uma ideologia, ou de uma raça, se apropria do mecanismo estatal. Assim, não importa a quem pertença o Estado, se ao monarca, ao partido ou até ao povo. Será sempre uma expressão autocrática incompatível com o exercício de direitos da cidadania e, por consequência, da própria economia.

Somente em um Estado, concebido como sujeito, logo como sujeito de direitos e deveres, são possíveis direitos públicos capazes de fazê-lo cumprir com seus deveres. Nele, a economia sobrevive porque ela pode, legitimamente, a ele opor-se e ver respeitados os direitos de seus agentes.

A questão de o Estado, concebido como sujeito, também ser interveniente, se reduz a uma questão de graus e de limites. Graus no tocante às necessidades sociais. Limites atinentes às restrições, de resto jurídicas, à ação do Estado.

A indagação que se coloca reside em saber se é possível um Estado, concebido como sujeito, fora de um regime capitalista.

Pode haver direitos públicos oponíveis contra o Estado, onde ele for do Partido, ou da classe ou do povo, ou do Exército, ou da Igreja? Como realizar a liberdade sem a imprensa livre em um pluralismo democrático? Como podem existir órgãos de comunicação social livres e de diversas tendências e orientações, sem a propriedade privada?

Outra ordem de considerações se desloca para as injustiças provocadas pelo capitalismo: os problemas sociais provocados pelo regime da economia livre. Nesse ponto torna-se impossível olvidar os filósofos políticos e sociólogos dos séculos XVIII e XIX.

Mas é preciso lembrar que a ordem capitalista, a revolução burguesa, os tempos modernos, o movimento cultural do fim da Idade Média deságuam, politicamente, na Revolução francesa; do ponto de vista filosófico jurídico, no jusnaturalismo; gnoseologicamente, no racionalismo iluminista; é preciso considerar que tudo isso foi também contra uma ordem do antigo regime, o qual era um sistema de privilégios e de desigualdades.

Inobstante o liberalismo-capitalista haver proporcionado o fim do antigo regime, que simbolizava um regime de desigualdade, o novo regime fez, por sua conta, surgir outro tipo de desigualdade, decorrente, agora como antes, da propriedade e do poder.

Para o exame das desigualdades no capitalismo com repercussões em seu regime político, portanto na democracia, é preciso anotar um conceito novo a que se dá o nome de sociedade industrial. Trata-se de uma das criações da sociologia; uma espécie de diagnóstico da vida social, sem o intento de orientá-la, descobrir seus males, justificá-los ou condená-los. O conceito de sociedade industrial data do século XIX, mas só nos últimos decênios alcançou seu pleno florescimento e importância.

A desigualdade existe na sociedade industrial, porém a sua evolução parece alterar os dados da injustiça e a sociedade industrial caminha para uma nova situação de igualdade e de liberdade, alcançadas não pela revolução, mas pelo capitalismo.

De uma certa forma, a evolução da sociedade industrial vai realizando um regime de igualdade que os socialistas igualitários

sonharam, sem, contudo, maiores sacrifícios à liberdade. É um capitalismo, como visualizado por SCHUMPETER, que desaparece não pelos seus defeitos, mas pelas suas qualidades: um capitalismo liquidado pelos seus próprios méritos.

Essa sociedade industrial, do tipo capitalista, possui alguns elementos interessantes. Primeiro, um estatuto político, garantidor dos direitos dos cidadãos e de outros oponíveis contra o Estado, além de ensejador do fim das hierarquias e capaz de subordinar a vontade dos governantes à dos governados. Segundo, uma classe média base do poder, e cada vez mais forte, forçando a confusão e o desaparecimento dos privilégios. Terceiro, uma expressiva mobilidade social. No antigo regime, a posição do homem decorria do seu nascimento. Na sociedade industrial capitalista, do século XIX, emanava das rendas e posses. Na sociedade industrial contemporânea, o homem conquista, pelos seus méritos, as suas posições e as oportunidades são iguais para todos. Quarto, desaparece o domínio do homem pelo homem, em face da automação da indústria e do desenvolvimento dos mecanismos eletrônicos. O elemento cibernético parece valer também para o Estado, cujo governo já não absorve o pluralismo e as autonomias dos grupos, independentes todos, graças ao avanço das técnicas.

A sociedade industrial, pelo alto grau de consumo, por ela possibilitado, em termos de quantidade e de qualidade, padroniza os anseios e produz a igualdade.

Assim, o industrialismo, mesmo na deturpação do capitalismo de Estado (e aqui voltamos ao começo), faz desaparecer as diferenças particulares não somente entre as pessoas, como entre as sociedades nacionais, malgrado as suas origens, povos, história e regimes políticos diferentes.

Isto nos leva ao encontro dos extremos. Tanto a sociedade industrial capitalista em que a economia não se subordina ao Estado, como o industrialismo coletivista, socialista, de um Estado patrimonial, sufocador das forças da economia, podem evoluir para possibilitar uma igualdade entre os homens e mesmo para uma presença insignificante de governo. A questão, todavia, não é a igualdade, mas a liberdade, para cuja preservação o capitalismo colabora mais do que qualquer outro sistema econômico.

# A Constituição do Estado federal e das Unidades federadas

FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA  
Procuradora do Estado de São Paulo. Professora Assistente do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. Sejam quais forem as multifárias feições com que se apresenta o federalismo contemporâneo, é da essência mesma de qualquer das fórmulas federativas a autonomia dos Estados-Membros.

2. Como registra RAUL MACHADO HORTA, a originalidade do Estado federal está, basicamente, em ter feito surgir um Estado autônomo, não soberano:

“O Estado-Membro, que é um Estado não soberano, com poder de dominação, dispõe de autonomia e não de soberania.”

Resumindo esta idéia, com outras palavras, esclarece o eminente constitucionalista mineiro:

“A autonomia legislativa e a autonomia constitucional, situadas além do poder central, são novidades que o federalismo integrou na figura do Estado.” (Cf. **A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro**, Belo Horizonte, 1964, p. 25.)

3. A confirmar a natureza autônoma, não soberana dos Estados-Membros da Federação, tem-se a seguinte lição de DALMO DE ABREU DALLARI:

“Só o Estado federal tem soberania. Os Estados que ingressarem na Federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia

política limitada. Pelo próprio conceito de soberania se verifica ser impossível a coexistência de mais de uma soberania no mesmo Estado, não tendo, portanto, qualquer consistência a pretensão de que as unidades federadas tenham soberania limitada ou parcial.” (Cf. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, Saraiva, 1972, p. 225.)

4. De outra parte, indissociável como é da noção de autonomia, o exercício de poderes próprios pelo ente autônomo, dentro, porém, de um círculo de competências fixado por um poder mais alto — o poder soberano —, no Estado federal a delimitação da autonomia estadual só pode, obviamente, ser estabelecida na Constituição Federal.

Isto porque, como explica, ainda, DALMO DALLARI, a Constituição é a base jurídica, fundamento e garantia do sistema federativo (Cf. ob. cit. e loc. cit.).

De fato, na Constituição Federal, por assim dizer, é que se amarra a estrutura íntima da Federação, uma estrutura muito peculiar, em que se têm de equilibrar aspectos unitários e societários, a diversidade na unidade, típica dessa forma de Estado.

É na Constituição que se faz a partilha de competências entre o todo e as partes. A Federação, em última análise, é um grande sistema de repartição de competências. E essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em Estados autônomos.

5. Pois bem, como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, a autonomia dos Estados-Membros da Federação se consubstancia na capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, que haverão de se exercitar nos termos da Constituição Federal. (Cf. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1984, p. 48.)

6. Considerando o tema a desenvolver, o que mais de perto importa no momento examinar é a capacidade de auto-organização dos Estados-Membros, ou seja, a capacidade de se organizarem e se regerem pelas Constituições que adotarem, guardada a natural subordinação à Constituição Federal.

7. Esse exame deve passar, necessariamente, pela questão primeira, que é a do Poder Constituinte estadual.

Há quem lhe questione a existência, por entender incompatível com o caráter verdadeiramente constituinte a sujeição a limites jurí-

dicos preestabelecidos, preferindo reservar apenas ao Estado soberano a titularidade do poder constituinte.

Nessa linha, por exemplo, o pensamento de CELSO RIBEIRO BASTOS, externado na seguinte passagem:

“Na elaboração das Constituições estaduais, dá-se manifestação de um poder que é normalmente tido por constituinte. Mas as diferenças que apresenta com o Poder Constituinte nacional são de tal monta que nos levam a indagar da conveniência de manter o mesmo nome para realidades tão díspares. O ponto comum que apresentam, o Poder Constituinte nacional e o estadual, é que ambos, ao se exercitarem, levam à elaboração de uma Constituição. Entretanto, ressalvada esta identidade, tudo o mais são diferenças. O primeiro exerce-se sem qualquer limitação jurídica, enquanto que o segundo atua dentro de um vazio deixado por um ordenamento jurídico existente. O Poder Constituinte dos Estados só é validamente exercido se dentro da área que lhe deferiu a Constituição Federal. Tira, portanto, seu fundamento de uma ordem jurídica preexistente. É a Constituição Federal que empresta validade às Constituições estaduais. Estas não são, portanto, o último degrau da pirâmide jurídica, acima do qual apenas temos o poder de ditar o direito, poder este, contudo, colocado sobranceiramente às normas jurídicas. O Poder Constituinte estadual, ao contrário, é submetido ao direito, suscetível de ser controlado e inibido naquilo em que exceda à sua efetiva competência.

Na verdade, o Poder Constituinte é próprio de quem é soberano. A soberania é justamente essa capacidade de se fixar as próprias competências. O Poder Constituinte dos Estados é apenas autônomo, delimitado, pois, por um fator extrínseco ou heterônomo: a Constituição Federal.” (Cf. **Elementos de Direito Constitucional**, Saraiva, 1975, p. 88.)

3. O entendimento doutrinário prevalecente é, no entanto, o que reconhece a existência, no Estado federal, de um Poder Constituinte estadual, derivado do Poder Constituinte originário, e destinado a estabelecer a organização política fundamental do Estado-Membro.

Esta, por exemplo, é a posição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que batiza de Poder Constituinte decorrente “aquele que, decorrendo do originário, não se destina a rever sua obra, mas a institucionalizar coletividades, com caráter de Estados, que a Consti-

tuição preveja". (Cf. **Curso de Direito Constitucional**, 13ª ed., Saraiva, 1984, p. 27.)

9. A esse poder, conquanto derivado, subordinado e condicionado, não se pode, em verdade, negar um verdadeiro caráter constituinte, conforme faz ver, com autoridade de especialista no assunto, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERAZ, em excelente monografia sobre o tema.

Deixando de reproduzir todos os argumentos desenvolvidos pela mencionada autora, para não dar a este trabalho extensão maior do que a pretendida, parece-nos oportuno, no entanto, reproduzir pelo menos a seguinte e relevante ponderação:

"A estruturação do Estado-Membro pela Constituição estadual implica a criação de uma nova ordem de poder dentro do Estado federal. Trata-se de função constituinte que atua na instituição do próprio Estado federal.

Embora o Poder Constituinte dos Estados-Membros seja um poder de direito posto pela Constituição Federal, sua função é de caráter nitidamente constituinte, participe que é da obra do Poder Constituinte originário que, sem a sua cooperação, não cumpriria o designio de instituir um Estado do tipo federal. Em outras palavras, a substância do Poder que elabora a Constituição primeira de um Estado federal é a mesma do que elabora a Constituição de um Estado-Membro.

Nesse passo parece caber a observação de VIAMONTE: "Tudo o que corresponde ao governo ordinário em qualquer dos três ramos ou poderes em que se distribui o seu funcionamento (legislativo, executivo e judicial) é poder constituído. Tudo o que organiza, limita e regula normativamente a ação e o funcionamento desses poderes constituídos é função constituinte e pertence ao Poder Constituinte." (Cf. **Poder Constituinte dos Estados-Membros**. SP., Ed. Rev. dos Trib., 1979, p. 61.)

10. O mesmo VIAMONTE, por último citado, detendo-se especificamente sobre o tema em sua obra **El Poder Constituyente**, é ainda mais explícito ao afirmar:

"Consideramos que el Estado federal se caracteriza por la coexistencia de dos órdenes jurídicos superpuestos: el de

cada uno de los Estados miembros y el del Estado nacional que ellos integran. El orden jurídico nacional tiene origen en el poder constituyente nacional, que reside en todo el pueblo de la nación y que se halla jerárquicamente superpuesto al orden jurídico estadual, que tiene origen en el poder constituyente de la parte de pueblo que habita en el territorio estadual.

Al poder constituyente nacional podríamos llamarlo poder constituyente primario o de primer grado en una jerarquía de valores institucionales; al estadual, podríamos llamarlo poder constituyente secundario o de segundo grado, por el hecho de hallarse condicionado, limitado y subordinado por el primero, **no obstante lo cual sigue siendo poder constituyente en la acepción técnica del vocablo y no hay otra manera de calificarlo.**" (Op. cit., Ed. Bibliográfica Argentina, B. Aires, p. 359. Grifamos.)

11. Nem dissente da aceitação de um Poder Constituinte estadual  
JUAN FERRANDO BADIA, embora admita sua limitação pela Constituição Federal. É o que transparece da seguinte observação:

"Los Estados miembros se dan, a través de sus órganos constituyentes, una Constitución que ha de observar las normas y límites contenidos en la Constitución Federal. Por eso hemos de afirmar que la autonomía constitucional del Estado miembro no es absoluta. En todas las Constituciones federales, como veremos más adelante, se limita la potestad constituyente del Estado miembro mediante el reparto de competencias entre los poderes federales y los poderes locales, establecidos por la misma Constitución Federal. Y sólo corresponde a los órganos constituyentes federales — si bien integrados por representantes de los Estados miembros — determinar tal reparto, y, por tanto, restringir los poderes de los Estados miembros." (Apud Oliveira Baracho, in: **Teoría Geral do Federalismo**, B. Horizonte, FUMARC/UFMG, 1982, p. 85.)

12. Ora, admitindo-se, com apoio na doutrina majoritária, a existência de um Poder Constituinte estadual, típico do regime federativo, forçoso é reconhecer às Constituições por ele editadas, no âmbito dos Estados-Membros, o mesmo caráter de inicialidade e supremacia com que se apresenta, no âmbito nacional, a Constituição Federal.

De fato, as Constituições das Unidades federadas desfrutam, em relação ao ordenamento jurídico interno dos Estados, da mesma

preponderância hierárquica que tem a Constituição Federal sobre o ordenamento jurídico nacional, constituindo, também, o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos estaduais.

De outra parte, a teor do que se dá com a Constituição Federal em relação à Federação globalmente considerada, a Constituição estadual representa o Estatuto básico da organização política dos Estados-Membros. É nela, pois, que vêm disciplinados os seus "elementos constitutivos", na expressão de JOSÉ AFONSO DA SILVA. Ou, como quer a tradição constitucional, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e limites de sua ação, sempre no âmbito territorial de cada Unidade federada. Isto a par da disciplina de assuntos outros que, embora não sendo materialmente constitucionais, o constituinte entender que devam, por sua relevância, figurar no texto da Lei Fundamental.

Com efeito, registra ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, "é preciso lembrar que a função tradicional das Constituições, especialmente das Constituições estaduais, evoluiu; em nossos dias, a Constituição, tal como a lei, é vista como instrumento de ação governamental. Nela, os constituintes procuram introduzir os valores e os fins da política econômica e social que desejam ver desenvolvidos em seus Estados.

Tudo isto faz com que o conteúdo das Constituições estaduais se afaste cada vez mais do modelo tradicional, breve, simples, objetivo e restritivo, para abranger normas das mais variadas espécies, via de regra, mais apropriadas à função legislativa." (Ob. cit., pp. 127/128.)

13. Cumpre a esta altura focalizar aspecto de fundamental importância, por isso que decisivo na caracterização da autonomia estadual.

Temos insistido em que a auto-organização do Estado-Membro encontra balizamento na Lei Maior.

Compreende-se que assim seja — já o dissemos — na medida em que o equilíbrio estrutural da Federação dependerá do arranjo que o constituinte federal estabelecer para preservá-lo.

E própria desse arranjo é a delimitação da autonomia dos Estados, com vistas a impedir que, exercida para além do desejável, possa comprometer a unidade do Estado federal no plano interno.

14. Há que se cuidar, no entanto, para que os limites postos com este objetivo não acabem por sufocar essa autonomia, ferindo de morte a organização federativa.

15. Este risco parece menos presente nas Federações formadas por agregação, em que os Estados-Membros são mais ciosos da própria autonomia, soberanos que foram antes de abdicarem da independência para se unirem pelos laços federativos.

Já nas Federações formadas por segregação, resultantes de um processo de descentralização de Estados unitários em unidades autônomas, mais sensível é a tendência de fortalecimento da União, em detrimento da autonomia estadual.

16. É este, precisamente, o caso brasileiro que nos propomos mais de perto analisar nesta oportunidade.

Desde a primeira Constituição republicana, que implantou entre nós a forma federativa de Estado, tem o federalismo pátrio evoluído, do ponto de vista da competência das Unidades federadas, em um movimento centrípeto, por todos reconhecido.

17. Em tese por nós apresentada, em colaboração com o Doutor ELIVAL DA SILVA RAMOS, no X Congresso Nacional de Procuradores do Estado, versando sobre o tema "Hermenêutica Constitucional e a Auto-Organização dos Estados-Membros", esse fato não passou despercebido, constituindo objeto das seguintes ponderações que, por pertinentes, nos permitimos transcrever:

"Essa perda de autonomia dos Estados-Membros em favor da União refletiu-se, como não poderia deixar de ser, no plano das limitações à capacidade organizatória dessas Unidades territoriais como um aumento significativo no rol de limitações explícitas.

Assim é que, no texto de 1891, a par de vedações expressas e de limites de forma, havia apenas uma limitação genérica expressa na Carta Magna:

"Art. 63 — Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitadas os princípios constitucionais da União."

No texto vigente, ao contrário, há uma enumeração extensa desses limites de fundo, ao longo dos incisos do artigo 13 e das alíneas do inciso VII do artigo 10 da Lei Maior.

Na tentativa de se compreender as causas desse movimento centrípeto, que abalou profundamente a autonomia

dos Estados-Membros, têm predominado as explicações de caráter estrutural. Desse modo, as raízes unitárias do Estado brasileiro, bem como a necessidade de se atender a um planejamento econômico de feições globalizantes, despontam como as explicações mais frequentes para essa centralização de competências.

A nosso ver, entretanto, as razões de ordem institucional, relacionadas ao sistema político, possuem considerável peso, senão no surgimento, ao menos no aprofundamento do processo.

Com efeito, a Federação brasileira, que quase sucumbiu sob a égide do autoritarismo do Estado Novo (Cf. CLAUDIO PACHECO. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Rio, Freitas Bastos, 1965, vol. II, p. 347), vem sendo rudemente golpeada nesses últimos 20 anos de anormalidade institucional.

E tais golpes, a talho de foice, não são desfechados somente com a inserção de novas limitações à capacidade organizatória dos Estados-Membros no Texto Supremo. O papel criador do intérprete é aqui significativo, conquanto se trate, o mais das vezes, de exegeses apartadas da verdadeira tábua de valores da própria Constituição interpretada.

Referimo-nos à linha exegética firmemente entrincheirada na doutrina e na jurisprudência pátria, que preconiza uma interpretação de efeitos extensivos para os dispositivos limitadores da auto-organização dos Estados, dentro de uma visão maximizante do modelo constitucional federal, a ser, praticamente, copiado pelas Unidades federadas.

Os resultados dessa postura interpretativa não poderiam ser outros: os Constituintes das Unidades federadas passaram simplesmente a reproduzir nas Cartas estaduais os princípios e normas da Constituição Federal, mesmo porque qualquer lampejo de criatividade seria logo reprimido sob a pecha de inconstitucionalidade, por inadequação ao texto federal.

Embora compreensível, em face de um sistema político descrente na descentralização, não encontra essa linha interpretativa o mínimo respaldo na Constituição Federal e sua hierarquia axiológica.

De fato, o princípio federativo, desde nossa primeira Carta Republicana, foi erigido em uma das vigas mestras do Estado brasileiro, de tal sorte que sequer poderiam ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a aboli-lo (artigo 90, § 4º, da Constituição de 1891). Com pequenas alterações de cunho redacional, continua em vigor o aludido preceito (artigo 47, § 1º, da CF de 1967, com a redação da EC de 1969).

Afora o princípio democrático representativo de governo e os corolários que lhe são inerentes e o princípio do respeito aos direitos fundamentais, que também são colocados fora do alcance do legislador infraconstitucional (artigo 152, § 1º, inciso I, e artigo 47, § 1º, da CF), não encontra o princípio federativo, na escala dos valores constitucionais, nada que o possa sobrepujar.

Aliás, basta que se tenham bem claras as íntimas relações entre Federação e democracia para se concluir que se trata de faces de uma mesma moeda:

“Essa forma de Estado, com seu governo peculiar, demonstrou ser capaz de dificultar, ainda que não de impedir, a acumulação de poder num só órgão dificultando por isso a formação de governos totalitários. A par disso, assegurou oportunidades mais amplas de participação no poder político, pois aqueles que não obtiverem ou não desejarem a liderança federal poderão ter acesso aos poderes locais. Além desses aspectos, a organização federativa favorece a preservação das características locais, reservando uma esfera de ação autônoma a cada Unidade federada. Por tudo isso, o Estado federal passou a ser visto como sendo mais favorável à defesa das liberdades do que o Estado centralizado.” (DALMO DE ABREU DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo, Saraiva, 1972, pp. 226/227.)

Urge, pois, que se abandone, de uma vez por todas, a referida postura exegética, passando-se a interpretar as limitações constitucionais ao poder de auto-organização dos Estados, notadamente os princípios federais extensíveis, como norma de exceção ao princípio geral do federalismo e da

autonomia das unidades federadas, o que exige uma exegese estrita ou, até mesmo, restritiva, conforme o caso.

Desse pensar, compartilham juristas de porte, como JOSE AFONSO DA SILVA:

“São aqueles princípios, como se nota, limitadores da autonomia do constituinte estadual. Significa isso que se cogita de normas limitativas de um princípio básico da Constituição da República, verdadeira decisão política fundamental, qual seja o da **autonomia dos Estados-Membros**, que constitui fulcro da organização nacional, fundada no federalismo, tão importante o considerou o constituinte nacional que o erigiu em núcleo imutável por via de emenda constitucional (art. 47, § 19). Donde sua preeminência em relação àqueles princípios que circunscrevem a capacidade organizadora dos Estados, salvo quanto aos que decorrem do sistema constitucional, há pouco mencionados, porquanto estes são superiores, dado que revelam os fins do próprio Estado brasileiro.

Afora a consideração desses últimos, os demais princípios enumerados ou estabelecidos na Constituição Federal, que impliquem limitação à autonomia estadual — cerne e essência do princípio federativo —, hão que ser compreendidos e interpretados restritivamente e segundo seus expressos termos. Admitir o contrário seria superpor a vontade constituída à vontade constituinte, a despeito de a Constituição ter propendido para um federalismo nominalista.” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 154.).”

18. Pois bem, a intelecção estrita ou restrita das disposições constitucionais limitadoras da capacidade organizatória dos Estados-Membros, por nós preconizada, constitui, sem dúvida, um caminho para vivificar a autonomia estadual, e, pois, a Federação, tão desfigurada entre nós, na letra e na prática constitucional.

19. Mas esse caminho só não basta, bem o sabemos. É tempo de repensar o federalismo brasileiro. Tanto mais agora quando, reunida a Assembléa Constituinte, deverá ela, se optar pela permanência da forma federal de Estado, analisá-la sob todos os seus ângulos, um dos quais é exatamente a auto-organização dos Estados-Membros.

20. A esse propósito parece-nos sobremaneira relevante criar-se a consciência de que é preciso resgatar a capacidade dos Estados de se dotarem Constituições com padrões próprios, voltadas para as especificidades de cada um, sem a impositiva observância de **standards** uniformes a partir do modelo federal, como hoje se faz.

Uma das virtudes do federalismo está exatamente em permitir uma diversificação da organização estadual, em atenção às características culturais e sócio-econômicas de cada componente da Federação. E, lamentavelmente, ao que se vem assistindo no Brasil é a negação dessa possibilidade, mediante uma padronização obrigatória das Constituições dos Estados, que não leva em conta as peculiaridades — e tantas são elas — de cada Unidade federativa.

21. Não se ignora uma tendência à padronização das Cartas estaduais, identificável tanto nas Federações que resultaram de processo de agregação, como nas que se formaram por segregação.

E a padronização até se compreende quando haja identidade das situações a disciplinar, sendo certo mesmo que um núcleo comum de dispositivos básicos se haveria de encontrar na generalidade das Constituições estaduais.

Não é a essa padronização decorrente, diríamos, da ordem natural das coisas, que cabe censura. O que nos parece *inaceitável* é a imposição forçada de uma mesma forma a todas as Constituições, tolhendo-se a liberdade do constituinte estadual que não pode fugir do figurino reputado bom para todos pelo governo da União.

22. Esta é, dizíamos, a situação atual do Brasil, objeto de constatação por FERREIRA FILHO, que afirma:

“Certamente não existe, em direito comparado, exemplo mais acabado de disciplinamento do Poder Constituinte decorrente do que o apresentado pela Constituição brasileira em vigor.” (Cf. **Direito Constitucional Comparado**, vol. I, “O Poder Constituinte”, 1974, p. 183.)

De fato, a par da obrigação, para o constituinte estadual, de respeitar determinados princípios constitucionais, a eles adaptando as Constituições locais, existe ainda a recepção obrigatória de direito federal pelo direito estadual. na medida em que o artigo 200 da Lei Maior determina que “as disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”.

23. A dificuldade que esta incorporação apresenta está em se saber o que cabe incorporar. Como tem entendido a melhor doutrina, sufragada pela orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, é, porém, às matérias enumeradas no artigo 13 da Constituição que parece referir-se o “no que couber” do artigo 200, excetuados os princípios do artigo 10, inciso VII, a que se reporta o inciso I do artigo 13, pois estes princípios devem ser respeitados, mas comportam adaptação nas Constituições locais (haja vista, p. ex., a duração dos mandatos eletivos que, na órbita estadual, poderá ser menor que a dos mandatos federais ou igual a esta, só não podendo ultrapassá-la).

Afora, portanto, esses princípios passíveis de adaptação, todas as demais regras da Constituição Federal disciplinadoras das matérias constantes do artigo 13 deverão ser transpostas para o direito constitucional legislado dos Estados. Mas ainda que isto não ocorra, aquelas regras estão automaticamente incorporadas ao texto das Constituições estaduais.

24. E não é pequeno, nem de importância secundária, o elenco de matérias do referido artigo 13, incisos II a IX, mercê dos quais os Estados deverão reproduzir, em suas Constituições, as normas da Constituição Federal referentes à forma de investidura nos cargos eletivos; ao processo legislativo; à elaboração do orçamento, bem como à fiscalização financeira e orçamentária, inclusive à aplicação dos recursos recebidos da União e atribuição aos Municípios; aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal; à proibição de pagar a Deputados Estaduais mais de oito sessões extraordinárias; à emissão de títulos da dívida pública, à aplicação aos Deputados Estaduais de perda de mandato, nas hipóteses em que esta sanção é aplicável aos Deputados Federais e Senadores; à aplicação aos membros dos Tribunais de Contas, que não poderão exceder a sete, da perda do cargo nas hipóteses em que aos juizes se aplica essa sanção.

Ora, a simplesmente reproduzir a Constituição da República — que a tanto quase se limitam os Estados — seria preferível adotá-la de vez, sem perder tempo em aprovar cópias suas.

25. Concluindo, fique, pois, a ênfase para esse ponto, que é um daqueles para os quais terá de atentar a Assembléia Constituinte: é preciso soltar as amarras que hoje praticamente nulificam a auto-organização dos Estados-Membros. Sob pena de se deixar esvaír de vez a Federação, já tão depauperada, mas que ainda representa, a nosso ver, o tipo de Estado mais apropriado para a realidade brasileira.

# A distribuição dos tributos na Federação brasileira

HARRY CONRADO SCHÜLER  
Assessor do Senado para finanças

## SUMÁRIO

*I. Distribuição histórico-constitucional: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. II. Artificios tributários do Governo Federal. III. Receita de impostos verdadeiros da União. IV. Receita de impostos dos Estados e dos Municípios. V. Avaliação da distribuição dos impostos. VI. Transferências sonegadas aos Estados e Municípios. VII. Análise das propostas de Constituição: Comissão Arinos; Fábio Konder Comparato; Ordem e Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul; e Partido Comunista Brasileiro. VIII. Sugestões para a reforma tributária. Bibliografia. Quadros.*

## I. DISTRIBUIÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DOS TRIBUTOS

### 1. *Constituição outorgada de 1824*

A Constituição monárquica não especificava tributos. Além disso, concentrava no Poder Central a competência impositiva, ao atribuir à Assembléia Geral — que era o Poder Legislativo — “repartir a contribuição direta” (art. 15, item 10) bem como ao reservar à Câmara dos Deputados a iniciativa sobre impostos (art. 36, 1º) e, ainda, ao proibir os Conselhos Gerais de Província — que correspondiam às atuais Assembleias Legislativas — a proporem ou deliberarem projetos “sobre imposições”, reiterando aí que sua “iniciativa é da competência particular da Câmara dos Deputados” (art. 83, 3º).

### 2. *Constituição democrática de 1891*

A 1ª Constituição da República fez a distribuição inicial de tributos entre a União e os Estados (arts. 7º e 9º). No que concerne aos Municípios, não lhes conferiu competência tributária, embora tenha deter-

minado que a organização dos Estados fosse feita "de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeita ao seu peculiar interesse" (art. 68).

Confirmando as limitadas atividades governamentais da época e o descentralismo inerente à idéia federativa, a Constituição de 1891 especificou para a União apenas um imposto, o "sobre importação de procedência estrangeira" (art. 7º, item 1º). Contudo, estabeleceu a lícitude de os Estados tributarem a importação de mercadorias estrangeiras, quando destinadas ao consumo nos respectivos territórios, porém mandando reverter o produto do imposto para o Tesouro federal (art. 9º, § 3º).

Aos Estados fixou a competência exclusiva para decretar imposto sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção, expressando ainda a imunidade, no Estado por onde se exportar, da produção dos outros Estados; imposto sobre transmissão de propriedade; e imposto sobre indústrias e profissões (art. 9º e seu § 2º).

Essa Carta constitucional ainda reservou à União um tributo que, segundo a doutrina ulterior, iria ser classificado como uma taxa, em razão da contraprestação de serviço divisível pelo Estado, sob o título de "direito de entrada, saída e estadia de navios", desse tributo liberando expressamente o comércio de cabotagem de mercadorias nacionais, bem como de mercadorias estrangeiras que já tenham pago imposto de importação (art. 7º, item 2º).

Além desses tributos, tanto a União quanto os Estados podiam decretar: taxas de selo, sobre os atos emanados de seus respectivos Governos e negócios de sua economia, sendo o selo apenas forma de cobrar o tributo; e taxas sobre os correios e telégrafos, quando federais ou estaduais, respectivamente, sendo mencionadas sob o título de contribuições, quando decretadas pelos Estados (art. 7º, itens 3º e 4º, e art. 9º, § 1º).

A União e os Estados ainda podiam "criar outras quaisquer fontes de receita", cumulativamente ou não, desde que não contraviessem as distribuições especificadas; devendo-se compreender, nessa competência, essencialmente a para decretar impostos não previstos (art. 12).

### 3. *Constituição democrática de 1934*

A 2ª Constituição da República manteve na competência da União o imposto sobre importação de mercadorias, todavia suprimindo semelhante possibilidade para os Estados (art. 6º, item I, alínea a, e art. 8º). Acrescentou o imposto de consumo de quaisquer mercadorias, exceto os combustíveis de motor de explosão (o que contradiz o adjetivo "quaisquer"); o imposto de renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a renda cedular de imóveis (esta ressalva e outras exceções feitas em

lei ordinária negam a afirmada amplitude a qualquer natureza de proventos); e imposto e transferência de fundos para o exterior (art. 6º, item I, alíneas *b* a *d*). Os direitos de entrada, saída e estadia de navios foram ajustados para taxa, ao mesmo tempo que as aeronaves foram incluídas na incidência com a mesma ressalva anterior quanto ao comércio de cabotagem (art. 6º, item II). As taxas de selo foram substituídas pelo imposto sobre atos emanados do seu governo, negócios da sua economia e instrumentos de contratos ou atos regulados por lei federal (art. 6º, item I, alínea *e*). As taxas telegráficas e postais foram acrescidas as de outros serviços federais (art. 6º, item II).

Com referência à competência privativa dos Estados, reiterou o imposto sobre exportação das mercadorias de sua produção, introduzindo o limite de 10% para a alíquota *ad valorem* e vedando quaisquer adicionais, e repetiu também o imposto sobre indústrias e profissões, todavia dividindo a arrecadação com os Municípios, em partes iguais (art. 8º, item I, alíneas *f* e *g* e § 2º). O imposto sobre imóveis rurais e urbanos foi desdobrado, sendo atribuído aos Estados o imposto sobre propriedade territorial não urbana (portanto rural) e aos Municípios o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (art. 8º, item I, alínea *a*, e art. 13, § 2º, item II). O imposto sobre transmissão de propriedades também foi desdobrado em dois, permanecendo ambos na competência dos Estados: o imposto sobre transmissão de propriedade *causa mortis* (abarcando, pois, bens imóveis e bens móveis, nesse imposto sobre heranças e legados) e o imposto sobre transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos*, excluindo aí, pois, os bens móveis, e por outro lado, explicitando a inclusão, nos fatos geradores, da incorporação dos bens imóveis ao capital de sociedade, preocupação despicienda porquanto é forma de transmissão da propriedade (art. 8º, item I, alíneas *b* e *c*). Aditou para os Estados o imposto sobre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais, concedendo imunidade à primeira operação do pequeno produtor, cuja definição transferiu à lei comum, e impondo a uniformidade de alíquota, sem distinção de procedência, destino ou espécie dos produtos (art. 8º, item I, alínea *c* e § 1º); o IVC viria a erigir-se na principal fonte de receita das Unidades da Federação. Acrescentou para os Estados, outrossim, o imposto sobre consumo de combustíveis de motor de explosão, sendo que a incidência ficou restrita aos combustíveis de origem estrangeira, porquanto foi vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios tributar os combustíveis produzidos no País para motores de explosão (art. 8º, item I, alínea *d*, e art. 17, item VIII). A semelhança do que fez para a União, também para os Estados substituiu as taxas de selo pelo imposto sobre atos emanados dos respectivos governos e negócios de sua economia ou regulados por lei estadual (art. 8º, item I, alínea *h*). As taxas de correios e telégrafos desapareceram do elenco de receitas estaduais. Mas, analogamente ao disposto em relação à União, igual-

mente aos Estados foi conferida competência para “cobrar taxas de serviços estaduais” (art. 8º, item II).

A competência para criar outros impostos continuou sendo da União e dos Estados, entretanto substituindo a cumulatividade, admitida pela Constituição de 1891, pela prevalência do imposto decretado pela União (art. 10, item VII, e art. 11). Contudo, qualquer que fosse o Poder tributante de imposto novo, a arrecadação deveria ser feita pelos Estados e do produto eles deveriam entregar 30% à União e 20% aos Municípios, sendo que, na hipótese de descumprimento desse repasse, a arrecadação passaria a ser feita pela União, que, então, ficaria com 50% e atribuiria ao Estado só 30% (art. 10, parágrafo único).

Na Constituição de 1934 aparecem os Municípios, pela primeira vez, como titulares de tributos. Do desdobramento do imposto sobre imóveis rurais e urbanos — que era dos Estados — foram atribuídos aos Municípios os chamados impostos predial e territorial urbanos, sendo que o imposto predial devia ser cobrado sob a forma de décima ou de cédula de renda (art. 13, § 2º, item II). Citada Carta ainda apropriou aos Municípios o imposto de licenças; o imposto sobre diversões públicas; o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais (quer dizer, sobre o arrendamento); e as taxas sobre serviços municipais (art. 13, § 2º, itens I, III, IV e V).

#### 4. *Constituição outorgada de 1937*

A ditadura implantada com o denominado Estado Novo preservou quase toda distribuição tributária que constava na Constituição de 1934.

Apenas deixou de renovar o imposto sobre consumo de combustíveis (estrangeiros) para motor de explosão, que era de competência dos Estados (art. 23) e do imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais, que pertencia aos Municípios (art. 28).

A criação de outros impostos foi concentrada só nos Estados, vedada, porém, a bitributação, ou seja, a decretação cumulativa, pelos Estados, de imposto reservado à União ou aos Municípios (art. 24).

#### 5. *Constituição democrática de 1946*

A 4ª Constituição da República repetiu na competência impositiva da União o imposto sobre importação de mercadorias de procedência estrangeira; o imposto sobre consumo de mercadorias; o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza; o imposto sobre transferência de fundos para o exterior; e o imposto sobre negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal (art. 15, itens I, II, IV, V e VI). Aditou o imposto sobre “produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis

líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica” (art. 15, item III). Instituiu-se com este tributo o regime conhecido por “imposto único”, na linguagem da própria Carta constitucional, que ainda mandou entregar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no mínimo, 80% da renda resultante (art. 15, § 2º).

A Constituição de 1946 ainda facultou à União que decretasse impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa, sem partilha do produto, mas obrigando sua supressão gradual, dentro de cinco anos contados da data da assinatura da paz (art. 15, § 6º). Com relação ao imposto sobre consumo de mercadorias induziu uma imunidade para os artigos que a lei classificasse como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica, isenção, portanto, inócua na Constituição, de vez que a lei poderia concedê-la independentemente da previsão constitucional (art. 15, § 1º). Quanto ao imposto sobre rendas e proventos de qualquer natureza, apesar dessa amplitude constitucional, a lei comum continuou omitindo ou retirando da incidência rendimentos diversos, especialmente o lucro obtido na compra e venda de ações e o lucro da agricultura e pecuária. Por outro lado, a Constituição mandou a União entregar aos Municípios, excluídos os das capitais, 10% do total que arrecadasse do imposto de renda, feita a distribuição em partes iguais e compelindo aplicação de pelo menos metade da importância em benefícios de ordem rural (art. 15, § 4º); essa distribuição causou a formalização de centenas de Municípios sem renda suficiente, principalmente para pleitear a participação correspondente.

Com referência aos Estados, a Constituição de 1946 confirmou a competência dos mesmos para decretar o imposto sobre exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro, todavia diminuindo a alíquota máxima de 10% para 5% *ad valorem*, mantida a vedação de adicionais; o imposto sobre propriedade territorial, exceto a urbana (portanto, restrito o imposto à propriedade rural); o imposto sobre transmissão de propriedade *causa mortis*; o imposto sobre transmissão imobiliária *inter vivos*, separando agora como incidência paralela, descabidamente, a incorporação de propriedade imobiliária ao capital de sociedades; o imposto sobre vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, renovando concomitantemente a imunidade para a primeira operação do pequeno produtor, definível por lei estadual, e exigindo a uniformidade de alíquota, sem distinção de procedência ou destino, sem repetir nessa exigência a espécie dos produtos; e o imposto sobre os atos regulados por lei estadual, os do serviço de sua Justiça e os negócios de sua economia (art. 19). Com referência ao imposto sobre propriedade territorial rural excluiu da incidência os sítios de área não excedente a 25 hectares, quando os cultivasse, só ou com sua família, o proprietário que não possuísse outro imóvel (art. 19, § 1º).

Quando a arrecadação estadual de impostos, salvo a do imposto de exportação, excedesse, em Município que não fosse o da Capital, ao total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado estava obrigado a dar ao Município, anualmente, 30% do excesso nele arrecadado (art. 20).

No que concerne à competência tributária dos *Municípios*, a Constituição de 1946 transferiu dos Estados para eles o imposto sobre indústrias e profissões, cujo produto já era dividido igualmente entre as duas esferas de governo (art. 29, item III). Repetiu para os Municípios o imposto predial e territorial urbano; o imposto de licença e o imposto sobre diversões públicas (art. 29, itens I, II e IV). E acrescentou o imposto sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência, em 1934 previsto apenas para a União e os Estados (art. 29, item V).

Impostos outros voltaram à competência da União e dos Estados, com exclusão do imposto estadual pelo federal idêntico (art. 21). A arrecadação desses impostos novos ficou com os Estados, que estavam obrigados a entregar, à medida que a arrecadação se efetuasse, 20% do produto à União e 40% aos Municípios onde se tivesse realizado a cobrança (art. 21).

A Constituição de 1946 reiterou, na competência cumulativa da União, dos Estados e dos Municípios, a cobrança de taxas (pela prestação de serviços específicos ao pagante) e acrescentou à competência das três espécies de pessoas constitucionais a cobrança de contribuição de melhoria, quando se verificasse valorização de imóvel em consequência de obras públicas, aditando ainda quaisquer outras rendas que pudessem provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços, portanto taxas, receitas patrimoniais ou ainda outras espécies (art. 30).

## 6. *Constituição semi-outorgada de 1967*

A 5ª Constituição da República resultou de projeto encaminhado pelo Governo Militar ao Congresso Nacional, para ser discutido, votado e promulgado no curto tempo de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, limitado o Poder Legislativo a aprovar ou rejeitar o projeto, já que hipotéticas emendas só podiam ser apresentadas após ter sido aprovado o projeto pela maioria dos membros das duas Casas do Congresso e sob restritivas condições: tudo na conformidade do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966. A coercitividade imanente à proposta e a ausência de legitimidade constituinte do Congresso Nacional para apreciá-la, inclusive com redução do *quorum* de dois terços para maioria absoluta, para aprovação do projeto, materializam a Constituição de 1967 pelo menos como semi-outorgada.

No que diz respeito aos tributos, a Constituição de 1967 incorporou o centralismo tributário estabelecido pela Emenda nº 18, de 1º de dezembro de 1965, preparada por professores da Fundação Getúlio Vargas.

Na competência da *União*, repetiu o imposto sobre importação de produtos estrangeiros; o imposto sobre rendas e proventos de qualquer

natureza, excepcionando aqui a ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos; o imposto único sobre produção, importação, circulação, distribuição, ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos; o imposto único sobre produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica; o imposto sobre extração (substituindo o impróprio substantivo "produção" da Emenda nº 18/65), circulação, distribuição ou consumo de minerais do País; e os impostos extraordinários de guerra externa, na sua iminência ou deflagração (art. 22, itens I, IV, VIII, IX e X, e art. 23). *Transferiu* dos Estados para a União o imposto sobre exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados; e o imposto sobre propriedade territorial rural (art. 22, itens II e III). *Substituiu* o imposto sobre consumo de mercadorias, na órbita da União, pelo imposto sobre produtos industrializados (art. 22, item V). E ainda *acrescentou* o imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários; o imposto sobre transporte e comunicações não estritamente municipais; e os empréstimos compulsórios (art. 22, itens VI e VII, e art. 19, § 4º).

A Constituição de 1967, além de ter concentrado na União a maior quantidade e os mais produtivos impostos, ainda contrariou o secular princípio democrático da não tributação sem representação, estimulou a improvisação governamental e facilitou a corrupção administrativa, ao introduzir faculdade ao Poder Executivo para alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto sobre importação, do imposto sobre exportação e do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários, embora evoque condições e limites estabelecidos em lei e ajustamentos aos objetivos da política cambial e de comércio exterior, ou de política monetária (art. 22, § 2º).

Quanto ao imposto sobre propriedade territorial rural, confirma a imunidade sobre glebas rurais de área não excedente a 25 hectares, quando as cultivasse, só ou com sua família, o proprietário que não possuisse outro imóvel (art. 22, § 1º).

A respeito do imposto sobre produtos industrializados, determina que seja "seletivo, em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores" (art. 22, § 4º). Foi inspirado no antifederativo imposto sobre valor agregado, adotado por diversos países europeus. Malgrado o CTN exija como principal fato gerador a saída do estabelecimento produtor, exteriorizando preconceituosa ojeriza a atos jurídicos, na verdade a tributação recai principalmente sobre vendas.

No que concerne aos impostos únicos, estabelece que a incidência é uma só vez, sobre uma dentre as operações previstas, e que excluem outros tributos relativos às mesmas operações, todavia admitindo que lei federal fixe critérios e limites para sobrepor a incidência do imposto sobre circulação de mercadorias na distribuição, ao consumidor final, dos

lubrificantes e combustíveis líquidos utilizados por veículos rodoviários, para aplicação da receita exclusivamente em investimentos rodoviários (art. 22, §§ 5º e 6º).

Aos Estados, a Constituição de 1967 manteve o imposto sobre transmissão de bens imóveis, todavia substituindo a incidência *inter vivos* por qualquer título, portanto ampliando a incidência também à transferência *causa mortis*. Mas, por outro lado, restringiu o objeto da tributação aos imóveis por natureza, aos imóveis por acessão física e aos direitos reais sobre imóveis, excetuados aqui os de garantia, mas inclusos os direitos à aquisição de imóveis, quando pela Constituição de 1946 abrangia todos os imóveis elencados nos arts. 43 e 44 do Código Civil. Limitou mais ainda a incidência ao dela excluir a transmissão de bens incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, inclusive mediante fusão, ou de bens desincorporados mediante extinção ou redução do capital de pessoas jurídicas, resguardando a tributação apenas quando a atividade preponderante for o comércio desses bens ou direitos ou a locação de imóveis (art. 24, item I e § 3º).

Na competência dos Estados, substituiu o imposto sobre vendas e consignações, sob o preconceito de não tributar ato jurídico, pelo imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos, realizadas por produtores, industriais e comerciantes (art. 24, item II). Mas, essencialmente, são tributadas aquisições e alienações. Com referência a esse ICM, estabelece que a alíquota seja uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, não excedentes, naquelas que se destinem a outro Estado e ao exterior, aos limites fixados pelo Senado (art. 24, § 4º). Ainda com referência ao ICM, determina que seja não-cumulativo, de forma a ser abatido, em cada operação, o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou outro Estado, à semelhança do IPI, usando até fatos geradores comuns. Antifederativamente, exclui da incidência os produtos industrializados e outros que a lei determinar, destinados ao exterior (art. 24, § 5º), decisão que devia ser deixada ao titular do tributo. Infringindo novamente a autonomia dos Estados, ordena que eles isentem do ICM a venda a varejo, diretamente a consumidor, dos gêneros de primeira necessidade que especificarem (art. 24, § 6º). Finalmente, distribui o produto da arrecadação do ICM entre o Estado arrecadador e seus Municípios, na proporção de 80% e 20%, respectivamente (art. 24, § 7º).

A irrealista concepção dos dois ICM, um estadual e outro municipal, já na mencionada Emenda nº 18/65 que viria a ser absorvida pelo Código Tributário Nacional no ano subseqüente, veio exigir cinco sucessivas alterações pelos Atos Complementares nºs 31/66, 34/67, 35/67 e 36/67, culminando com o Decreto-Lei nº 406/68, que substitui toda a regência sobre o assunto naquele Código.

A Constituição de 1967 ainda apropria aos Estados o produto da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, de acordo com a lei federal, são obrigados a reter na qualidade de fontes pagadoras de rendimentos do trabalho e dos títulos da sua dívida pública (art. 24, § 1º).

Na competência dos *Municípios*, a Constituição de 1967 repetiu apenas o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (art. 25, item I). Suprimiu o imposto de indústrias e profissões, o imposto de licenças, o imposto sobre diversões públicas e o imposto sobre atos da economia do Município ou assuntos de sua competência (art. 25). No lugar desses tributos suprimidos, introduziu para os Municípios o imposto sobre serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados (art. 25, item II). Porém, os serviços de qualquer natureza logo foram restringidos, pelo Governo Militar e com afronta constitucional, a uma lista com 29 espécies de serviços, pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 408, de 31-12-68, posteriormente ampliada para 66 espécies de serviços empresariais, neles incluído o exercício de profissões liberais e autônomas, pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 834, de 8-9-69.

A Constituição de 1967 ignorou, acertadamente, o imposto municipal sobre operações relativas à circulação de mercadorias — previsto ao lado do imposto estadual de igual denominação pela Emenda nº 18/65 e o Código Tributário Nacional (arts. 59 a 62) — porque o Ato Complementar nº 31, de 28-12-66, já havia revogado essas desfuncionais disposições tributárias.

Essa Carta Nacional afirmou pertencer aos Municípios o produto da arrecadação do imposto sobre propriedade territorial rural, cuja competência lançadora transferiu dos Municípios para a União a pretexto de utilizá-lo para reforma agrária (art. 25, § 1º, alínea *a*). Entretanto, o Governo Federal prejudicou os Estados, que perderam o tributo em 1961, e os Municípios, que deveriam receber a receita, porquanto submeteu-se ao tráfico de grandes e médios proprietários de terras e sempre deixou de cobrar parcela significativa do imposto lançado, conforme exposto em detalhes no item VI deste trabalho.

A Constituição de 1967 apropria aos Estados e aos Municípios o produto da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, de acordo com a lei federal, são obrigados a reter como fontes pagadoras de rendimentos do trabalho e dos títulos da sua dívida pública (art. 24, § 1º, e art. 25, § 1º, alínea *b*).

A fim de compensar, em parte, a centralização tributária na União, promovida pela reforma tributária instituída pela Emenda nº 18, de 1965, a Constituição de 1967 criou os Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, inicialmente formados, cada, com 10% da arrecadação do imposto de renda e 10% da arrecadação do imposto sobre produtos indus-

trializados (art. 26). Contrariando, todavia, regra de boa administração, além de princípio federalista, obrigou cada Estado e cada Município a aplicar 50%, pelo menos, da parte que lhe cabia do Fundo de Participação, em despesa de capital, como se em todos fossem iguais as prioridades (art. 26, § 2º).

A Constituição de 1967 alterou a partilha dos chamados impostos únicos, atribuindo aos Estados, Distrito Federal e Municípios: 40% do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos; 60% do imposto sobre energia elétrica; e 90% do imposto sobre minerais (art. 28).

A competência para instituir imposto novo passou exclusivamente para a União, com a Constituição de 1967, concentrando ainda mais todo o produto (art. 19, § 6º).

Confirmou na competência das três pessoas constitucionais a cobrança de taxas pela prestação de serviços públicos e lhes acrescentou as taxas pelo exercício do poder de polícia (art. 19, II). Preservou, igualmente, para a União, os Estados e os Municípios, a competência para arrecadar contribuição de melhoria dos proprietários de imóveis valorizados pelas obras públicas (art. 19, item III).

## 7. Constituição outorgada de 1969

Sob a formal denominação de Emenda nº 1, de 17-10-69 — e com desatendimento aos preceitos que a Constituição de 1967 estabelecia para ser emendada (arts. 50 a 52) —, o Triunvirato Militar que assumiu o Governo em face de irreversibilidade da doença do Presidente Arthur da Costa e Silva, na verdade decretou nova Constituição para o País.

No tocante aos tributos, manteve a discriminação agasalhada pela Constituição de 1967, atribuindo à União os mais produtivos impostos e também sua maior quantidade.

O imposto sobre propriedade de veículos automotores, que a União vinha cobrando sob o impróprio nome de taxa rodoviária única — inconstitucional por não conter prestações de serviço específico e divisível e inconstitucional por não caber taxa única se houver serviços rodoviários prestados por Municípios, por Estados ou pela União —, foi transferido aos Estados pela Emenda nº 27, de 1965.

Em favor da União, introduziu uma contribuição para intervenção no domínio econômico, muito nebulosa mas com conotações de um imposto camuflado (art. 21, § 2º, item I).

Igualmente em benefício da União, explicitou tributos que vinham sendo cobrados há muitos anos, com vinculação da receita, nominando-os de contribuições tendo em vista o interesse da previdência social ou de categorias profissionais (art. 21, § 2º, item I). Nas denominadas contri-

buições para a previdência social existe um grupo de autênticos impostos indiretos, rotulados como "Cotas de Previdência", compreendendo: 3,6% do imposto de importação; 10% da renda bruta da Loteria Esportiva Federal; 14% do valor da venda dos bilhetes da Loteria Federal; 6% sobre o preço ex-refinaria da gasolina tipo "A"; e 3% do movimento global das apostas hípcas. O produto dessa receita é transferido pela União ao Sistema Nacional de Previdência Social, para cobrir parte de sua obrigação no custeio. Há ainda a contribuição do empregador, para ele um autêntico imposto transladado no preço, já que nada tem a receber do Estado em contraprestação; e a contribuição do segurado, outro tributo que pode ser considerado uma taxa, porquanto vinculada a serviços e benefícios específicos, ao tributado e a seus dependentes. Além disso, a cobrança de contribuição de previdência não é competência privativa da União; malgrado a Constituição Federal venha silenciando a respeito, os Estados possuem regimes próprios para a seguridade social de seus funcionários e para o custeio cobram, legitimamente, taxas dos segurados.

As chamadas contribuições no interesse de categorias profissionais são de duas espécies. Uma espécie engloba as imposições sobre profissionais liberais e autônomos em favor das respectivas autarquias de fiscalização profissional. Outra espécie refere-se às imposições sobre os mesmos profissionais e os empregados e empregadores, em benefício dos sindicatos, sendo esse imposto inerente ao peleguismo sindical herdado do fascismo e do sistema corporativista importados pelo Estado Novo. Ambas as espécies de imposições, porém, apresentam os característicos inerentes aos impostos: prestação pecuniária compulsória que não constitui sanção de ato ilícito e que tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (Código Tributário Nacional, arts. 3º e 16).

Com referência à partilha do produto de imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados, a Constituição de 1969 diminuiu de 20% para 12% as partes destinadas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, destinando apenas 5% para o Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, estes acrescidos; 5% para o Fundo de Participação dos Municípios; e 2% para o Fundo Especial, comum aos Estados e Municípios (art. 25). Além disso, ditatorialmente estabeleceu que a entrega das quotas estaduais e municipais dependesse da aprovação de programas com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo federal (art. 25, § 1º, alínea e). A precariedade financeira dos Estados e Municípios exigiu sucessivas majorações das parcelas destinadas aos mencionados Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, através das Emendas à Constituição nº 5/75 e 27/85, esta fixando 14% para o Fundo dos Estados, 17% para o Fundo dos Municípios e 2% para o Fundo Comum.

No que concerne aos chamados impostos únicos, a Constituição de 1969 reitera a partilha estabelecida pela Carta de 1967 (art. 26).

Deve ser enquadrada no exercício da competência para instituir imposto novo — preservado para a União pela Constituição de 1969 (art. 21, § 1º) — a criação do imposto sobre bens supérfluos, de 20% sobre o preço final, pela Lei nº 6.950, de 4-11-81, art. 1º. Esse tributo já nasceu sem possibilidade de ser aplicado, devido à dificuldade em delimitar as mercadorias supérfluas, dentro de cada espécie, e face à inconstitucional cumulatividade com o IPI e o ICM. Daí ter o Poder Executivo utilizado um subterfúgio para aparentar o cumprimento da lei, imputando um adicional a algumas alíquotas do IPI.

Com o objetivo de atenuar a penúria dos Municípios, a Emenda nº 17/80 mandou que os Estados redistribuíssem aqueles 50% do produto do imposto sobre transmissão de bens imóveis, partilha que o Anteprojeto da Comissão Arinos quer suprimir (art. 136, I, e §§ 1º e 2º, e art. 142).

## II. ARTIFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO GOVERNO FEDERAL

Importa conhecer o que vem significando — em grandezas monetárias e relativas — a distribuição dos impostos entre a União, os Estados e os Municípios.

O pesquisador precisa acautelar-se contra os erros e as omissões que o Governo Federal passou a cometer na classificação e no registro de sua receita tributária, após a desastrosa extinção da Contadoria Geral da República, em 1967.

Os artifícios usados pela União, na intitulação e na escrituração dos tributos que lança e arrecada, vêm subestimando a real carga tributária e prejudicando os Estados e Municípios em parcelas significativas das transferências a que eles têm direito por determinações constitucionais, além de o controle passar a ser incompleto com relação a receitas creditadas diretamente a gestores de alguns programas federais.

Daí laborar inevitavelmente em erro qualquer pessoa que, apressada ou confiantemente, aceitar a classificação e os valores apresentados nos Orçamentos da União (que além dos aludidos artifícios têm inserido subestimativas de 30% a 50% ou mais), e mesmo os valores reconhecidos nos Balanços da União, assim como nas consolidações que se baseiam nas mesmas informações, como a publicação *Receita e Despesa da União, dos Estados e Municípios*, da Secretaria de Economia e Finanças e o *Boletim Mensal do Banco Central* (este com todos os dados desencontrados face ao Balanço da União).

Para exemplificar, de imediato, omissões na receita declarada de impostos, basta mencionar que a União arrecadou, em 1983, do imposto sobre propriedade territorial rural, a quantia de Cr\$ 14.518.670 mil, conforme reconhece a citada publicação da Secretaria de Economia e Finanças, volume XXVIII — *Receita e Despesa da União, dos Estados e Municípios* (p. 13). Todavia, o Balanço da União daquele ano só registra

Cr\$ 580.495,00, tanto na arrecadação bruta quanto líquida (fls. 1 e 7). Isso porque quase totalidade transitou pelo INCRA que, de resto, omitiu-se na cobrança de Cr\$ 59.312.623 mil, que significou 80,34% do valor lançado naquele mesmo exercício, no montante de Cr\$ 73.827.014 mil. Porém, as mais significativas omissões na receita de impostos materializam-se na errônea classificação em contribuições econômicas e sociais, sequer incluídas na receita tributária, como se fossem contribuições voluntárias ou doações particulares!

Por outro lado, da receita da União convém excluir aquela resultante de tributos de competência dos Estados e Municípios, cobrados pelo Distrito Federal e pelos Territórios, porquanto a receita destes entes federais, num estudo comparativo, precisa ser integrada à dos Estados.

As deformações afirmadas exigem que sejam analisadas e reclassificadas as contas do Balanço Financeiro da União, bem assim complementadas com receitas que nele não figuram, como o citado imposto sobre a *propriedade territorial rural*, apesar de o produto deste pertencer aos Municípios, ao lado de outros impostos cuja receita a Constituição manda partilhar mas que figuram no Balanço.

A dissecação e o reordenamento de receitas devem ser norteados pelo conceito diferenciado de cada espécie de tributo, ensinado pela ciência das finanças e assentado como norma jurídica pelo Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25-10-66. Nesse sentido torna-se oportuno transcrever as seguintes disposições daquele Código, que deve ser obedecido pela União, pelos Estados e pelos Municípios, bem como pelos sujeitos passivos:

*“Art. 3º – Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”*

*“Art. 4º – A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:*

*I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;*

*II – a destinação legal do produto de sua arrecadação.”*

*“Art. 5º – Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria.”*

*“Art. 16 – Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”*

“Art. 77 — As *taxas* cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.”

.....

“Art. 81 — A *contribuição de melhoria* cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.” (A Emenda nº 23, de 1983, ao alterar a redação do item II do art. 18 da Constituição de 1969, substituiu “imóveis valorizados” por “imóveis beneficiados” por obras públicas e suprimiu o limite individual para o tributo.)

Por conseguinte, *tributo* é qualquer imposição pecuniária pelo Estado e que não seja punição de ato ilícito. Esse tributo será um *imposto* quando a obrigação de pagar independe de alguma atividade específica em benefício de pessoa tributada (chamada de sujeito passivo ou, com menor propriedade, de contribuinte, porque o substantivo deveria subentender voluntariedade para ajudar, colaborar, cooperar, dar ou fornecer). Será uma *taxa* quando há uma relação de atividade estatal específica à pessoa tributada, seja mediante a prestação ou disponibilidade, a ela, de serviço público divisível, seja mediante a regulação da prática de ato ou abstenção de fato em que a pessoa tributada tem interesse (arts. 78 e 79 do CTN). O tributo será *contribuição de melhoria* quando destinado a custear obra pública que cause valorização em bem imóvel de pessoa tributada.

É fundamental que a pessoa interessada no problema não se deixe envolver em sofismas nem submeter-se à palavra oficial, pois então será difícil sair do cipoal das intitulações tributárias. Tributos antigamente denominados claramente de impostos, como o sindical, passaram a ser chamados de contribuições. Embora existam imposições peculiares, como as de previdência social, que se aproximam de prêmios de seguro compulsório, e malgrado a antidemocrática Constituição de 1969 tenha explicitado, só para a União, em seu art. 21, § 2º, item I, competência para instituir “contribuições tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais” — ignorando inclusive a prática e a necessidade de os Estados exigirem contribuições de segurados de seus sistemas previdenciários —, as características concretas de cada imposição revelarão se se trata, efetivamente, de nova espécie de tributo ou se, ao contrário, não passa de disfarçado imposto, taxa ou contribuição de melhoria. As invocadas “contribuições de

intervenção no domínio econômico” dificilmente deixarão de conter os requisitos próprios do imposto, o mais antigo dos tributos, cobrado simplesmente em razão da soberania do Estado ou do titular do poder, para o que nunca faltaram pretextos. A inexistência, em imposições tão nebulosas e abrangentes, de características distintas dos impostos, impediria a delimitação entre os tributos e criaria, para a União, um poder tributário sem limites.

Na solução desse choque de interesses financeiros emerge a genialidade da regra contida no transcrito art. 4º do CTN, a qual, para a qualificação do tributo, acertadamente manda desprezar a denominação e demais características formais, assim como a destinação do produto da arrecadação.

### III. RECEITA DE IMPOSTOS VERDADEIROS DA UNIÃO

Quatro documentos oficiais são divulgados pelo Governo Federal com informações de sua receita: o *Balanco Financeiro da União*, mais completo e preciso porque contrapõe aos créditos da arrecadação os débitos dos agentes arrecadadores e se estriba nos respectivos comprovantes; o *Anuário Econômico-Fiscal da Secretaria da Receita Federal*; o *Boletim Mensal do Banco Central*, volume 22, que informa os fluxos acumulados da Receita Orçamentária; e a publicação *Finanças do Brasil*, volume XXVIII — *Receita e Despesa da União, dos Estados e Municípios*, editada pela Secretaria de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda com base nos balanços contábeis daquelas pessoas constitucionais.

Tendo em vista que o principal objetivo deste trabalho consiste na mensuração da atual distribuição dos impostos entre a União, os Estados e os Municípios — em grandezas monetárias e relativas —, torna-se necessário coligir e comparar dados pertinentes a um mesmo exercício fiscal.

A consolidação mais recente dos tributos arrecadados pela União, pelos Estados e pelos Municípios, refere-se ao ano de 1983, encontrando-se na mencionada publicação da Secretaria de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda, editada em 1986. Dessa publicação será extraída a receita de impostos dos Estados (inclusive do Distrito Federal e dos Territórios) e dos Municípios. Todavia, em razão de não conter as receitas das denominadas “Contribuições Sociais e Econômicas” e outras imposições federais, e também não apresentar análise das taxas, a recomposição da Receita Tributária da União será feita com base no respectivo Balanço Financeiro, também de 1983, com a suplementação da arrecadação do imposto sobre propriedade territorial rural, omitida no Balanço da União mas informada na mencionada publicação da Secretaria de Economia e Finanças.

Os Quadros n.ºs 1, 2 e 3 (no final deste trabalho) apresentam, analiticamente, a verdadeira Receita Tributária da União, no ano de 1983,

por espécie de tributo, cujo montante é resumido a seguir, em valores históricos de Cr\$ 1.000,00:

<b>IMPOSTOS ASSIM CLASSIFICADOS</b>		
(Quadro nº 1)		8.481.409.445
<hr/>		
<b>IMPOSTOS DISFARÇADOS SOB OS SEGUINTES TÍTULOS (Quadro nº 2)</b>		
Contribuições Econômicas	1.348.841.808	
Contribuições Sociais	1.051.644.371	
Taxas	321.272.608	
Transferências Correntes	83.056.672	
Receitas Correntes Diversas	14.920.083	
Receita de Serviços	877.284	2.820.612.826
		<hr/>
<b>TOTAL DOS IMPOSTOS</b>		<b>11.302.022.271</b>
<b>TAXAS (Quadro nº 3)</b>		<b>45.849.507</b>
<b>CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA (Quadro nº 3)</b>		<b>313</b>
		<hr/>
<b>TOTAL DA RECEITA DE TRIBUTOS DA UNIÃO</b>		<b>11.347.872.091</b>

A reconciliação dessa Receita Tributária Efetiva da União com seu Balanço Financeiro de 1983 é apresentada no Quadro nº 4.

Para se formar um juízo independente sobre a irrealidade da classificação oficial da arrecadação impositiva da União, veja-se, no seguinte resumo, como é apresentada pelo Balanço da União, pelo Banco Central e pela Secretaria de Economia e Finanças; a divergência de valores entre as três fontes federais; e a comparação do que chamam de Receita Tributária em relação com a Receita Tributária retificada neste trabalho, tudo para o ano de 1983 e em milhões de cruzeiros (para ganhar espaço, com o que desaparece a insignificante receita de contribuição de melhoria, de apenas Cr\$ 313.224,00):

Espécie de Tributo	Balanço	BC	SEF	Retificada
Impostos	8.469.403	7.468.465	8.483.921	11.302.022
Taxas	367.288	319.526	367.288	45.850
Contribuição de melhoria	-	-	-	-
<b>Receita Tributária</b>	<b>8.836.691</b>	<b>7.787.991</b>	<b>8.851.209</b>	<b>11.347.872</b>

<i>Espécie de Tributo</i>	<i>Balanco</i>	<i>BC</i>	<i>SEF</i>	<i>Retificada</i>
Omissão da Receita Tributária	2.511.181	3.559.881	2.496.663	—
Contrib. Económ. e Sociais	2.400.486	—	—	—
Transf. Correntes da União para o PIN e PROTERRA	83.057	—	—	—
Rec. Correntes Diversas Quota s/Renda de Loter.	14.920	—	—	—
Receita de Serviços Tarifa de Faróis	877	—	—	—
Adic. s/Petróleo e Deriv.	—	107.176	—	—
Receita para PIN	—	214.451	—	—
Receita para PROTERRA	—	142.963	—	—
Receita para FINSOCIAL	—	608.578	—	—
Contrib. s/Consumo Açúcar e Alcool	—	148.412	—	—
Quota Salário-Educação	—	225.373	—	—
Contrib. s/Exportação de Café e Cacau	—	423.343	—	—
Quota de Previdência	—	126.124	—	—
<i>Receita Impositiva</i>	<i>11.336.031</i>	<i>9.784.411</i>	<i>8.851.209</i>	<i>11.347.872</i>
<i>Complemento P/Retificada</i>	<i>11.841</i>	<i>1.563.461</i>	<i>2.496.663</i>	<i>—</i>

Pode-se esclarecer de logo que a omissão apresentada na Receita Tributária do Balanço da União refere-se às imposições acima quantificadas, após a Receita Tributária, no valor de Cr\$ 2.499.340 milhões, mais o complemento final de Cr\$ 11.841 milhões, sendo que este corresponde à receita omitida do imposto territorial rural, de Cr\$ 14.518 milhões menos os impostos dos Territórios, de Cr\$ 2.511 milhões, e as taxas do Distrito Federal, de Cr\$ 166 milhões, ambos excluídos da Receita da União neste trabalho.

A falta apresentada na Receita Tributária pelo Banco Central foi em parte identificada nas imposições também explicitadas após a soma daquela, de Cr\$ 1.996.420 milhões, colocadas pela autarquia sob o título de "Outras Receitas" (não tributárias!) e que figuram no Balanço da União sob a classificação de "Contribuições Econômicas e Sociais" (também não tributárias!), em quantias diferentes, como pode ser conferido no Quadro nº 3. O complemento final de Cr\$ 1.563.461 milhões, de receita impositiva, refere-se, em parte, às diferenças apresentadas em cada tributo, enquanto que o complemento deve estar compreendido na rubrica "Diversos", daquelas "Outras Receitas", para a qual o Banco Central informa um ingresso de Cr\$ 4.428.265 milhões (p. 311 do boletim mencionado).

Quanto à omissão indicada para a Receita Tributária informada pela Secretaria de Economia e Finanças, de Cr\$ 2.496.663 milhões, sua publicação nada permite esclarecer, porquanto simplesmente exclui da Receita de Tributos as imposições classificadas sob as denominações de contribuições e demais especificadas no Quadro nº 3. Entretanto, acertadamente incluiu na receita de impostos o complemento do imposto sobre propriedade territorial rural, retificando a receita correspondente de apenas Cr\$ 581 mil, apresentada no Balanço da União, para a arrecadação efetiva, de Cr\$ 14.518.670 mil, apesar de indicar, erroneamente, como fonte, aquela peça contábil, quando a informação deve ter sido obtida no INCRA.

Com referência ao imposto sobre circulação de mercadorias, o principal tributo dos Estados, a única consolidação confiável da receita é a publicação mencionada da Secretaria de Economia e Finanças, porque cita como fonte os balanços de cada Unidade da Federação. Totalmente discordantes com essas informações são os dados do também citado *Boletim Mensal do Banco Central*, a ponto de atribuir à região Nordeste arrecadação superior ao triplo da receita da região sudeste e quase dez vezes a arrecadação da região sul (pp. 321 e 322, Boletim de janeiro-fevereiro de 1966).

#### IV. RECEITA DE IMPOSTOS DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS

Segundo o mencionado volume XXVIII de *Finanças do Brasil*, editado pela Secretaria de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda (pp. 13, 24 e 25), a arrecadação dos impostos estaduais e municipais foi a seguinte no ano de 1983, em milhares de cruzeiros:

ESTADOS, inclusive Distrito Federal e Territórios:

Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICM	5.452.004.050
Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – IPTI	128.953.264
<b>TOTAL DOS IMPOSTOS ESTADUAIS</b>	<b>5.580.957.314</b>

## MUNICÍPIOS, inclusive Distrito Federal e Territórios:

Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS	388.389.297
Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU	238.893.529
<b>TOTAL DOS IMPOSTOS MUNICIPAIS</b>	<b>627.282.826</b>

## V. AVALIAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS IMPOSTOS

Conforme exposto nos itens III e IV, a receita de impostos, no ano de 1983, teve a seguinte distribuição, em grandezas monetárias e termos relativos:

PESSOA TRIBUTANTE	Cr\$ 1.000,00	%
UNIÃO (impostos federais)	11.302.022.271	64,55
ESTADOS + DISTRITO FEDERAL + TERRITÓRIOS (impostos estaduais)	5.580.957.314	31,87
MUNICÍPIOS + DISTRITO FEDERAL + TERRITÓRIOS (impostos municipais)	627.282.826	3,58
<b>T O T A L</b>	<b>17.510.262.411</b>	<b>100,00</b>

Ocorre que a Constituição de 1969 (arts. 25 e 26), com suas Emendas nº 5/75 e 17/80, estabelecia, para o ano de 1983, que a União transferisse aos Estados e Municípios 23% do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados, 60% do imposto sobre energia elétrica, 40% do imposto sobre lubrificantes e combustíveis e 90% do imposto sobre minerais; mais, aos Municípios, 100% do imposto sobre propriedade territorial rural. As Emendas nº 23/83 e 27/85 viriam aumentar os percentuais para os exercícios subseqüentes.

Desde a Constituição de 1967 (art. 24, § 7º) os Estados, por sua vez, são obrigados a transferir aos Municípios 20% do imposto sobre circulação de mercadorias, disposição que na Constituição de 1969 encontra-se sob art. 23, § 8º. E na conformidade da Emenda nº 17, de 1980, os Estados ficaram também obrigados a transferir aos Municípios 50% do imposto sobre transmissão de bens imóveis, aditando o § 10 ao art. 23 da Constituição de 1969.

O Quadro nº 5 apresenta a recomposição da receita de impostos, após essas transferências constitucionais, calculadas globalmente sobre as receitas escrituradas pela União e pelos Estados às contas dos impostos mencionados. Após referidas transferências constitucionais, a apropriação do

produto dos impostos federais, estaduais e municipais apresenta a seguinte partilha, para o ano de 1983, ainda em milhares de cruzeiros (Quadro nº 5):

PESSOA TRIBUTANTE	Cr\$ 1.000,00	%
UNIÃO (impostos federais)	9.508.822.781	54,30
ESTADOS + DISTRITO FEDERAL + TERRITÓRIOS (impostos estaduais mais transferências federais e menos transferências estaduais)	5.315.420.282	30,36
MUNICÍPIOS + DISTRITO FEDERAL + TERRITÓRIOS (impostos municipais mais transferências da União e dos Estados)	2.686.019.348	15,34
Total da Receita Efetiva de Impostos	17.510.262.411	100,00

Verifica-se que, por influência das partilhas constitucionais, a participação da União diminuiu de 64,55% para 54,30%, a participação dos Estados decresceu de 31,87% para 30,36%, enquanto que a participação dos Municípios elevou-se de apenas 3,58% para 15,34%.

## VI. TRANSFERÊNCIAS SONEGADAS AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS

Vê-se no Quadro nº 2 que em 1983 o Governo Federal contabilizou 30 impostos camuflados sob as classificações de Contribuições Econômicas e Sociais, Taxas, Transferências Correntes (da União para si mesma), Receitas Correntes Diversas e Receita de Serviços. Naquelas "Contribuições Econômicas e Sociais", encontram-se pelo menos seis receitas que deveriam ter sido partilhadas com os Estados e Municípios, no montante de Cr\$ 1.301.849.387 mil, porque na verdade são: imposto de renda e IPI ocultos na Contribuição para Investimento Social (Finsocial); imposto de renda de pessoas jurídicas destinado diretamente ao PIN e ao PRO-TERRA; imposto sobre combustíveis e lubrificantes manipulado nos preços de venda; imposto sobre produtos industrializados encoberto nas contribuições sobre consumo de açúcar e álcool; e imposto sobre produtos industrializados cobrado sob o título de selo especial de controle.

Além disso, o Governo Federal prejudicou os Municípios ao omitir-se na cobrança de 80,34% do imposto sobre propriedade rural lançado em 1983, de Cr\$ 73.827.014 mil, cujo produto pertence integralmente às Prefeituras.

A errônea classificação desses impostos disfarçados em receitas não tributárias, e o descumprimento de dever federal na cobrança do imposto territorial rural, significam sonegação de transferências aos Estados e Municípios, pelo Governo Federal. O Quadro nº 6 especifica essas receitas de impostos e faz a partilha determinada pela Constituição, sendo resumidas a seguir as transferências sonegadas, de 1983, em valores históricos e atualizados:

---

*Destinatários* Cr\$ 1.000 em 1983 X Variação OTN = Cr\$ 1.000 em 1986

---

<i>Estados</i>	159.177.526	X	17,045.649	=	2.713.284.236
----------------	-------------	---	------------	---	---------------

---

<i>Municípios</i>	218.490.149	X	17,045.649	=	3.724.306.389
-------------------	-------------	---	------------	---	---------------

---

<i>Total</i>	377.667.675	X	17,045.649	=	6.437.590.625
--------------	-------------	---	------------	---	---------------

---

Obviamente, artifícios semelhantes foram cometidos em anos anteriores e seguintes, o que poderá ser apurado mediante análise dos Balanços Financeiros da União.

Essas ilegais apropriações de dinheiros não transferidos aos Estados e Municípios, assim como a renúncia de imposto territorial rural em detrimento dos Municípios, efetivaram-se, pelo visto, com a complacência ou por incapacidade do Tribunal de Contas da União. Apesar de um tribunal ser, por definição, um órgão julgador, ao TCU foi conferida atribuição para calcular as quotas-partes pertencentes a cada Estado e Município nos Fundos de Participação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados (CF, art. 25, § 2º), bem como para fiscalizar a entrega das demais quotas-partes de recursos tributários arrecadados pela União (DI. 1.805/80, art. 4º). Investido em toda essa autoridade, o TCU, *data venia*, deveria estar atento à errônea classificação de receitas impositivas, principalmente face à inexistência deplorável de uma Contadoria da República, à qual competiriam tarefas dessa espécie.

## VII. ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE CONSTITUIÇÃO

### 1. Anteprojeto da Comissão Arinos

A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais foi criada pelo Presidente José Sarney com a finalidade de preparar um anteprojeto de Constituição. Instalou-se em 3 de setembro de 1985, com o discurso do Chefe do Poder Executivo, que designou para presidir a comissão o jurista e político Afonso Arinos de Melo Franco e a compôs por mais 48

peçoas, que ostentam os seguintes títulos profissionais, sendo que algumas acumulam mais de uma especialidade:

Jurista	26
Empresário	5
Sociólogo	4
Jornalista	3
Economista	2
Sacerdote	2
Cientista Político	1
Médico	1
Engenheiro	1
Escritor	1
Professor	1
Dirigentes Sindicais de Empregados	1

Quer pela forma de escolha dos membros da citada Comissão, quer pela qualificação profissional dos mesmos, verifica-se ausência de representatividade do órgão, principalmente porque excluída a maioria das categorias dos trabalhadores e dos profissionais liberais.

Com referência à distribuição e à competência tributária, a Proposta da Comissão Arinos não oferece aperfeiçoamentos. Ao contrário, agrava a antifederativa concentração tributária na União, como se verá a seguir.

O anteprojeto, exteriorizando ausência de análise crítica, repete para o Governo Federal os impostos que a Constituição antidemocrática de 1969 lhe atribui e substitui, desastrosamente, o eficaz imposto sobre produtos industrializados (art. 137):

- imposto sobre importação;
- imposto sobre exportação;
- imposto sobre propriedade territorial rural (apesar da má administração pelo Governo Federal de 1967 a 1985, além do que confisca 20% do produto, que presentemente é todo destinado aos Municípios);
- imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (aditando detalhe impróprio para uma Constituição, de que o fato gerador coincidirá com o término do exercício financeiro da União);
- imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos e valores mobiliários;
- imposto sobre serviços de comunicações que, pela sua natureza ou extensão, se desenvolvam ou terminem em mais de um Estado (portanto sobre comunicações interestaduais);

— imposto sobre serviços de transportes rodoviários que, pela sua natureza ou extensão, se desenvolvam ou terminem em mais de um Estado (por conseguinte sobre transportes rodoviários interestaduais, em conflito com a proibição constitucional de estabelecer limitações ao tráfego de pessoas, seus bens ou mercadorias por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, reiterada sob art. 135, II, bem como em favorecimento dos transportes aéreos, ferroviários e aquáticos);

— imposto (único) sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto que incidiria apenas uma vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência, sobre elas, de qualquer outro tributo, excetuado apenas, quanto aos combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos, o imposto sobre vendas a varejo, aditado para os Municípios;

— imposto (único) sobre extração, circulação, distribuição ou consumo dos minerais do País que forem enumerados em lei, imposto que incidirá apenas uma vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência, sobre elas, de qualquer outro tributo;

— imposto extraordinário de guerra externa, o qual à semelhança das Constituições de 1946, 1967 e 1969, incidiria sobre fenômenos já compreendidos ou não na competência tributária da União e deveria ser suprimido gradativamente após cessadas as causas de sua criação.

No lugar do IPI, prevê para a União o imposto sobre consumos especiais, o qual incidiria sobre produtos a serem enumerados em lei complementar, com alíquotas graduadas em função da essencialidade dos produtos e também não cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante correspondente às anteriores (art. 137, item V e § 1º). Pelo visto, não há vantagem na troca.

Acrescenta à competência da União o imposto sobre propriedade de bens móveis de caráter suntuário, mas de logo excluindo da incidência os bens que chama de valor cultural, artístico ou religioso, definidos em lei complementar (art. 137, item XI). Do produto, 40% seriam dos Estados e 30% dos Municípios (art. 141 e art. 142, VI). Além de privilegiar da incidência especuladores e comerciantes de quadros e outras obras artísticas, culturais ou religiosas, assim como proprietários de imóveis suntuários, aludido imposto seria antioperacional e antieconômico, em face da circunstância de que mesmo bens móveis de semelhante funcionalidade podem ou não revestir suntuosidade, como trajes, mobílias, luminárias, objetos de decoração, automóveis, barcos, aviões etc. A experiência já foi tentada pela Lei nº 6.950, de 4-11-81, art. 1º, que instituiu o imposto sobre bens supérfluos, de 20% sobre o preço final, com o objetivo de cobrir o déficit da Previdência Social. Em razão do fato de que seriam supérfluas todas as mercadorias não essenciais e perante o impedimento

constitucional de cumular as incidências com o ICM e o IPI, esse imposto na verdade não está sendo exigido, tendo-se limitado o Poder Executivo a adotar um subterfúgio de majorar o IPI sobre alguns produtos industrializados.

Adita, outrossim, à competência da União um imposto disfarçado que intitula investimento compulsório, previsto para fazer face ao custeio de obras que a União (sempre só o Governo Federal é favorecido!) declare prioritárias e afirme que não possa ser atendido por dotações orçamentárias ou recursos obtidos mediante emissão de títulos da dívida pública de livre colocação no mercado (art. 134, § 12). Esse tributo seria um retrocesso histórico para a Idade Média, pois imposição semelhante era feita pelos senhores feudais sobre os servos da gleba, para construção de castelos, pontes e estradas, sob o simples argumento de necessidade. A natureza de verdadeiro imposto evidencia-se na soberana exigência pelo Estado, sem correspondência de serviços públicos, divisíveis ou não, aos pagantes. A espécie impositiva em nada é desfigurada pela promessa, contida no Anteprojeto, de que "A lei garantirá a liquidez desses investimentos" (art. 134, § 12), de resto garantia utópica, porque nenhuma lei encerra requisitos que assegurem a liquidez de qualquer investimento.

Como impostos camuflados e vinculados, o Anteprojeto da Comissão Arinos ainda repete, para a União, a imprecisa contribuição por intervenção no domínio econômico (acrescida pela Constituição de 1969); substitui a contribuição de interesse de categorias profissionais pela contribuição para custeio de encargos corporativos, abarcando, certamente, um imposto para fiscalização profissional, apropriado pelas autarquias federais com tal competência, e o antigo imposto sindical, pago compulsoriamente em benefício dos sindicatos dependentes do Ministério do Trabalho; menciona a contribuição para custeio dos encargos previdenciários; e adiciona a contribuição para custeio de outras formas assistenciais (art. 134, III, alíneas b e c e §§ 3º e 7º).

O Anteprojeto da Comissão Arinos não especifica em que consiste a contribuição para custeio dos encargos previdenciários, podendo abarcar a variedade em vigor: conjunto de impostos denominados "quotas de Previdência", cujo produto se destina a cumprir responsabilidade da União na cobertura das despesas de administração do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social; a contribuição paga coercitivamente pelos empregadores em geral; e a contribuição paga compulsoriamente pelos empregados e demais segurados da Previdência oficial federal.

O Anteprojeto da Comissão Arinos ainda confirma — só em favor da União — a competência para instituir empréstimos compulsórios (art. 135, § 11). Surgiram na Constituição de 1967 para casos excepcionais definidos em lei complementar (art. 19, § 4º). A Constituição de 1960, repetitiva em diversos pontos, fez idêntica previsão no art. 18, § 3º, ao mesmo tempo em que, no art. 21, § 2º, item II, renova a competência da União

para instituir empréstimos compulsórios nos casos especiais definidos em lei complementar, aditando que a eles aplicar-se-ão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário. Essas redações duplicadas facilitaram sofismas, especialmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de que a Constituição autorizaria dois grupos de empréstimos compulsórios embora ambos dependentes de lei complementar: os empréstimos especiais, sujeitos às regências inerentes aos tributos; e os empréstimos excepcionais, não limitados por regras disciplinadoras do poder de tributar. A proposta da Comissão Arinos estabelece como causa dos empréstimos compulsórios a necessidade de "fazer face aos encargos decorrentes de calamidade pública que exija auxílio ou providências federais, impossíveis de atender com os recursos orçamentários disponíveis", argumento sempre invocável (art. 134, § 11). Adita, por certo em razão dos abusos que o Governo Federal vem cometendo, que "a devolução do empréstimo compulsório será efetuada em dinheiro, cujo montante corresponderá ao seu poder aquisitivo real, em prazo não superior a cinco anos, contados da data de sua instituição, permitida, mediante opção do contribuinte, automática compensação de valor a ser devolvido com qualquer débito seu para com a União" (art. 134, § 11). Ainda estabelece, à semelhança da Constituição de 1969, que aos empréstimos compulsórios aplicam-se as disposições constitucionais e de leis complementares sobre matéria tributária, ressalvando a partilha da receita (art. 134, § 13).

Torna-se oportuno lembrar que o Código Tributário Nacional — que é anterior à Constituição de 1967 — permite que a União institua empréstimos compulsórios nos seguintes casos, que qualificou de excepcionais (Lei nº 5.172, de 25-10-66, art. 15):

I — guerra externa, ou sua iminência (hipótese que as Constituições de 1946, 1967 e 1969 evocam para a cobrança de impostos extraordinários);

II — calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis (hipótese invocada pelo Anteprojeto da Comissão Arinos); e

III — conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo (hipótese não explicitada em nenhuma Constituição nem presumida pelo Anteprojeto da Comissão Arinos).

No que concerne aos *impostos novos*, a Proposta da Comissão Arinos reverte a competência para a União e os Estados, concorrentemente, como era nas Constituições de 1891, 1934, 1946 (art. 140). Sendo decretados pelos Estados, 40% do produto seriam destinados aos Municípios, e se forem decretados pela União, 30% do produto iriam ao Fundo de Participação dos Estados e 30%, para o Fundo de Participação dos Municípios (art. 142, III, e art. 144).

Para os *Estados*, o Anteprojeto da Comissão Arinos confirma (art. 138):

I — o imposto sobre circulação de mercadorias (apesar de ter-se revelado de difícil administração, principalmente no que se refere às operações interestaduais, verdadeiras ou fictícias);

II — o imposto sobre aquisição (ato jurídico adotado em vez da transmissão), a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; e

III — o imposto sobre propriedade de veículos automotores, vedando a instituição de impostos ou taxas sobre a respectiva utilização (imposto transferido aos Estados pela Emenda nº 27/85, no lugar do simulado imposto cobrado através do nome de taxa rodoviária única; mas enquanto a Emenda nº 27 divide o produto entre o Estado e os Municípios, em partes iguais, a Proposta da Comissão Arinos retém toda a receita com os Estados, conforme o art. 138, V e art. 142).

O Anteprojeto da Comissão Arinos estabelece para os Estados o imposto sobre doações e transmissões *causa mortis* de quaisquer bens ou valores (art. 138-II). O tributo pertencia aos Estados nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, todavia com a denominação mais apropriada de "imposto sobre transmissão de propriedade *causa mortis*". As doações em vida incluíam os presentes, cujo controle seria de custo superior à receita, enquanto que as doações *causa mortis* seriam legados e, como tal, já estariam nas transmissões. Quanto aos valores, estão contidos nos bens. Além disso os bens imóveis já estariam atingidos pelo imposto sobre aquisição a qualquer título. Por outro lado, esse imposto sobre heranças e legados será de difícil administração pelos Estados, porque não dispõem de cadastro de bens de pessoas físicas, ao contrário da União.

A mesma Proposta acrescenta para os Estados o imposto sobre transporte rodoviário intermunicipal, que não ultrapasse os limites do Estado (art. 138-IV). Cabe também aqui lembrar que, tradicionalmente, as Constituições federais vêm proibindo a limitação ao tráfego de pessoas ou mercadorias por meio de tributos, o que também faz o Anteprojeto sob exame (com acréscimo explicitado dos bens das pessoas) (art. 135, II). Apesar da inconciliabilidade constitucional, o Anteprojeto Arinos mantém o imposto federal sobre o transporte interestadual e autoriza o imposto estadual sobre o transporte intermunicipal, além do que discriminando contra o transporte rodoviário!

Para os *Municípios*, o Anteprojeto da Comissão Arinos repete (art. 139):

I — o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, estabelecendo que a alíquota será progressiva nos termos da lei

complementar — sem especificar se municipal, estadual ou federal — em função do número de imóveis do mesmo contribuinte e do tempo decorrido sem utilização socialmente adequada no caso de imóveis construídos (art. 139, I e § 2º);

II — o imposto sobre serviços de qualquer natureza, ressaltando expressamente os serviços incluídos na competência tributária da União ou dos Estados e os serviços “que não constituam fase necessária da produção de bens ou de atividade tributada pelo imposto sobre transporte rodoviário interestadual e intermunicipal”.

Acrescenta para os Municípios:

I — imposto sobre vendas a varejo, atribuindo a fixação de alíquota máxima à lei complementar, sem esclarecer se federal, estadual, ou municipal, e deixando de dirimir o conflito com ICM, estadual, e o imposto sobre consumos especiais, federal (art. 139, III e § 1º);

II — imposto sobre locação de bens móveis e arrendamento mercantil (art. 139-IV), atingindo incidências desarmônicas, pois alcançaria bens móveis na locação e bens móveis e imóveis no arrendamento mercantil;

III — contribuição para custeio de obras ou serviços resultantes do uso do solo urbano, que não poderá ter fato gerador nem base de cálculo próprio de tributos federais e estaduais (admitindo, por exclusão, municipais!) e que seria regulado por lei complementar, sem explicitar se municipal, estadual ou federal, parecendo, de resto, que o tributo teria conotações de taxa (art. 134, III, alínea d e § 3º).

No que diz respeito à participação de uma pessoa constitucional na receita de imposto decretado por outra, o Anteprojeto da Comissão Arinos adota as seguintes distribuições:

I — aos Estados e aos Municípios, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza incidente na fonte, sobre rendimentos pagos por eles e suas autarquias, a qualquer título (art. 141, 1ª parte, e art. 142, I), o que representa uma ampliação das retenções, de vez que as Constituições de 1967 e 1969 limitam a apropriação ao imposto retido sobre rendimentos do trabalho e de títulos de suas dívidas públicas e sem incluir as autarquias (arts. 24, § 1º, 25, § 1º, alínea b; e arts. 23, § 1º, 24, § 2º);

II — aos Estados e Municípios, respectivamente 40% e 30% do imposto sobre a propriedade de bens móveis suntuários, que

introduz na competência da União (art. 141, segunda parte e art. 142-VI);

III – aos Municípios, 80% do imposto sobre a propriedade territorial rural, incidente sobre imóveis situados em seu território (art. 142-II), pretendendo legalizar a retenção inconstitucional de 20% que o INCRA efetuava e que o Supremo Tribunal Federal cancelou;

IV – aos Municípios, 40% do produto de impostos novos instituídos pelos Estados (art. 142-III) ou 30% através do Fundo de Participação dos Municípios, da arrecadação de impostos novos decretados pela União (art. 140), sendo de notar que pela Constituição de 1946 os Municípios recebiam sempre 40% (art. 21), o que fora suprimido pelas Constituições de 1967 e 1969;

V – aos Estados, através do seu Fundo de Participação, 30% do produto de impostos novos instituídos pela União (art. 144), enquanto que pela Constituição de 1946 os Estados ficavam com 40% (art. 21) ao contrário das Constituições de 1967 e 1969, que concentraram toda receita na União (art. 19, § 6º, e art. 21, § 1º);

VI – aos Municípios, 50% do produto do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários, salvo quando a União destinar a receita à formação de reserva monetária ou de capital, para financiamento de programas de desenvolvimento econômico (arts. 142-IV e 145-V), ressalva que provavelmente nulificará a participação, tornando-a inexistente como na Constituição de 1969;

VII – aos Municípios, 20% do produto do imposto sobre circulação de mercadorias, incidente nas operações realizadas nos seus territórios (art. 142-V), como já estabelece a Constituição de 1969 (art. 23, § 8º);

VIII – do produto do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre consumos especiais, a União destinaria 14% ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, 17% ao Fundo de Participação dos Municípios, 2% ao Fundo de Participação Especial, comum aos Estados e Municípios, e 1% a um novo Fundo de Participação das Regiões Metropolitanas, sendo reportada só para o último fundo forma disposta em lei complementar (art. 143); os percentuais de participação são iguais aos estabelecidos pela Emenda nº 27/85 para o imposto de renda e o imposto sobre produtos industrializados, salvo quanto à parcela acrescida para as Regiões Metropolitanas;

IX – do produto do imposto (único) sobre lubrificantes e combustíveis, bem como dos seus adicionais e outros gravames

federais, assim como do imposto (único) sobre energia elétrica, a União destinaria 60% aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 145, I e II), conforme, aliás, vigorava na Constituição de 1946 (art. 15, § 2º) e foi restabelecido pela Emenda nº 23/83 quanto aos lubrificantes e combustíveis;

X — do produto do imposto (único) sobre minerais do País, continuariam sendo destinados 90% aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 145, III), conforme já vigora desde a Constituição de 1967 (art. 28, III);

XI — do produto do imposto sobre transporte rodoviário interestadual, a União destinaria 50% aos Estados e ao Distrito Federal e 20% aos Municípios (art. 145, IV), partilha igual à feita pela Emenda nº 27/85.

No que concerne à competência cumulativa dos Municípios, dos Estados e da União, o Anteprojeto da Comissão Arinos mantém as taxas de prestação de serviços públicos, explicitados desde a Constituição de 1934 e as taxas de poder de polícia, previstas expressamente nas Constituições de 1967 e 1969, agrupando ambas as espécies sob o título errôneo de taxas remuneratórias de despesas (*sic*) com atividades específicas e divisíveis (art. 134, II). Confirma, semelhantemente, a contribuição de melhoria, referida a partir da Constituição de 1946 (art. 134, III, "a"). Introduz, outrossim, a contribuição para eliminação ou controle de atividade poluente — que viria a ser um imposto ou uma taxa — de competência concorrente, de forma que a contribuição federal excluiria a estadual e a municipal idênticas, e a estadual excluiria a municipal idêntica, convindo, quiçá, inverter a preferência (art. 134, III, e § 7º, *in fine*); além disso, essa contribuição não poderia ter fato gerador nem base de cálculo próprios de tributos federais e municipais (gênero que a proposta menciona, e não impostos), admitindo logicamente, por exclusão, que pudesse usar fato gerador e base de cálculo próprio de outro tributo estadual (art. 134, § 3º).

## 2. Anteprojeto de Fábio Konder Comparato

Proposta de Constituição de Fábio Konder Comparato atribuiu à lei complementar a divisão dos impostos, ao lado do estabelecimento de normas gerais de direito tributário (art. 71). A distribuição fora da Constituição tem a vantagem de facilitar adaptações no tempo, principalmente depois que estabeleceu-se *quorum* de maioria absoluta para certas leis chamadas complementares.

Mas preocupou-se em assegurar o poder de tributar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como é imanente a uma Federação (art. 70).

Fez questão de proteger os cidadãos e as empresas, repetindo a norma de que "nenhum tributo será instituído ou aumentado sem que a lei o

estabeleça, nem cobrado, em cada exercício financeiro, sem prévia e específica autorização orçamentária”, mas, perigosamente, admitiu “exceções especificamente previstas em lei complementar” (art. 72). Fortaleceu também a exigência de decretação da lei antes do início do exercício fiscal ao dispor: “Em relação a tributos, cuja base de cálculo se refere a fatos anteriores ao exercício de lançamento, a lei que os institui, altera sua base de cálculo ou aumenta a alíquota deve ser anterior à ocorrência de tais fatos” (art. 72, parágrafo único). Todavia, por exclusão, abre brecha para a exegese pela admissibilidade de decretação, no próprio ano em curso, de tributo cuja base de cálculo se refira a fato concomitante ao exercício em que ocorra o lançamento.

Seguindo princípios das Constituições anteriores — sem, contudo, repetir todos —, o Anteprojeto Comparato também veda “a qualquer dos componentes da Federação” (art. 73):

I — estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos inter-regionais, interestaduais ou intermunicipais, ou criar diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino no território nacional, (ou que deveria impedir os impostos sobre transportes);

II — instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros (regra em vigor mas violada com o PASEP); e

III — criar distinções de incidência tributária, em razão de cargo ou função pública federal, estadual ou municipal, do contribuinte (regra nova em texto constitucional brasileiro, a qual, todavia, não tolheria as privilegiadas isenções do imposto de renda a ocupantes de mandatos eletivos, magistrados e militares, desde que abrangendo os da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

Reproduz, ainda, uma das proibições que a Constituição de 1969 estabelece em seu art. 20, item I, embora mudando a redação da parte final, ao “vedar à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional, ou que implique distinção ou preferência quanto à localização de pessoas, bens ou serviços” (art. 74).

### 3. *Anteprojeto da Ordem e do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*

A “Proposta de Constituição Democrática para o Brasil”, elaborada pela Seção do Rio Grande do Sul da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL e pelo INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL, data de 3 de outubro de 1981.

O Sistema Tributário é tratado sob os artigos 93 e 103, compreendendo a Seção III do Capítulo I, dedicado à "Divisão Federativa do Poder".

No que diz respeito à regência tributária, algumas inovações são feitas pelo Anteprojeto da OAB-RS. Seguindo generalizado comodismo, reproduz, quase literalmente, sob os artigos 93, 95, 96, 97, 98 e 99, os preceitos contidos nos artigos 18, 19 e 20 da Constituição de 1969, assim como a concentradora apropriação de receitas em favor da União, repetindo os impostos existentes, inclusive os disfuncionais e os conflitantes com outras disposições constitucionais.

Restaura o art. 202 da Constituição de 1946, ao dispor que "os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte e a essencialidade dos bens sobre que incidirem" (art. 94). O preceito é juridicamente inócuo e peca pela generalização. O primeiro inconveniente da regra consiste em ter colocado no mesmo plano os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, inclusive tributos camuflados sob vários nomes, contrariando pelo menos os pressupostos das taxas, condicionadas que são à prestação ou à disponibilidade de serviços públicos específicos e divisíveis em benefício do contribuinte. Em segundo lugar, a exigência de "caráter pessoal" encerra expressão muito vaga, podendo ser interpretada desde a identificação pessoal do contribuinte até a formalização de lançamento anual sobre ele. Em terceiro lugar, em quase todos os tributos não há possibilidade de fazer a incidência pessoal em razão da posse de riqueza ou do auferimento de rendimentos ou da aquisição de bens e serviços, essenciais ou não, mesmo para os chamados impostos indiretos, incidentes sobre a produção, a venda, a circulação e o consumo. A questão não está condicionada à possibilidade da tributação pessoal mas, prioritariamente, à técnica para produção de receitas, envolvendo problemas de custos e benefícios para a arrecadação e a fiscalização. Finalmente preceito de tal espécie não encerra conteúdo coercitivo que permita a decretação judicial de inconstitucionalidade de tributações que desatendessem aos requisitos estabelecidos.

Ao repetir a vedação cumulativa à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para a instituição de imposto, estabelecida no art. 19 da Constituição de 1969, acrescentou nas imunidades tributárias "as relações entre as cooperativas e os seus associados" (art. 98, item III, alínea e).

Similarmente, ao reproduzir a proibição contida no art. 20 da Constituição de 1969, para que a União venha "instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou implique distinção ou preferência em relação a qualquer Estado ou Município em prejuízo de outro", aditou a ressalva "para compensar diferenças regionais, na forma de lei complementar" (art. 99, item I). Exceção dessa natureza sequer deveria ser cogitada perante a dificuldade de se medir o alcance das diferenças

regionais, inevitáveis em qualquer país de dimensões continentais, mesmo porque diferenças acentuadas também há entre Municípios de Estados prósperos.

Reitera a competência instituidora da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para (art. 93, correspondente ao art. 18 da Constituição de 1969):

I — taxas, arrecadadas em razão do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

II — contribuição de melhoria, incidente sobre imóveis valorizados por obras públicas.

Quanto aos *impostos*, confirma na competência da União quase todos os absorvidos por ela, antifederativamente, na Constituição de 1969 (art. 100, item I, do Anteprojeto da OAB — RS), quais sejam:

I — imposto sobre importação de produtos estrangeiros;

II — imposto sobre exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III — imposto sobre rendas e proventos de qualquer natureza, todavia suprimindo a ressalva "para a ajuda de custo e as diárias pagas pelos cofres públicos" e acrescentando requisitos de que a incidência sobre os ganhos de capital seja em progressividade superior à incidência sobre os rendimentos de trabalho;

IV — imposto sobre produtos industrializados;

V — imposto sobre operações de crédito e câmbio, omitindo as operações de seguro e as relativas a título ou valores mobiliários;

VI — imposto sobre serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal (apesar de manter a proibição à limitação do tráfego de pessoas ou mercadorias por meio de tributos);

VII — imposto sobre produção, importação, distribuição (que a Constituição de 1967 substituiu por circulação) ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, omitindo similar tributação sobre os minerais do País;

VIII — imposto sobre o patrimônio voluptuário das pessoas físicas, o qual vem corresponder ao imposto sobre bens superfluos, instituído pela Lei n.º 6.950, de 4-11-81, e ao imposto sobre

propriedade de bens móveis de caráter suntuário, previsto no Anteprojeto da Comissão Arinos, tendo em comum, todos os três, o puro preconceito, a dificuldade de especificar, sem favorecimentos, os bens a serem atingidos pela incidência, o alto custo do controle fiscal e a inconstitucional cumulatividade com outros impostos;

IX — imposto extraordinário sobre guerra externa (art. 100, item 7);

X — empréstimo compulsório na iminência ou no caso de guerra externa (art. 100, item 7).

O bom senso faz-se sentir no Anteprojeto da OAB-RS ao devolver à competência dos Estados o imposto sobre propriedade territorial rural (art. 101, item 1, inciso IV), pois o Governo Federal fracassou totalmente na cobrança desse tributo que se arrogara. Todavia, melhor ficaria com os Municípios, ao lado do imposto sobre imóveis urbanos.

Renova, ainda, na competência da União, a instituição de “contribuições para a manutenção da previdência e assistência social e profissional”, incluindo aí verdadeiros impostos pagos pelos empregadores, o imposto sindical pago pelos trabalhadores e o imposto sobre fiscalização de profissionais liberais e autônomos. Esqueceu, todavia, que os Estados também cobram contribuições de previdência social para os regimes próprios de seus funcionários.

Salutarmente, o Anteprojeto da OAB-RS suprime a ditatorial faculdade do Poder Executivo federal para alterar alíquotas ou bases de cálculo de impostos, abolindo também as nebulosas contribuições federais para intervenção no domínio econômico.

A participação na arrecadação federal, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, é estabelecida em 20% do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados, mais 40% do imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e 60% do imposto sobre energia elétrica (art. 100, item 3, e art. 103, item 1). Esses quantitativos já estão superados pelos atualmente em vigor.

Para os Estados, mantém a principal fonte tributária dos mesmos, através do disfuncional imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, todavia aditando o diferimento ao primeiro adquirente do imposto que seria devido pelo pequeno produtor (art. 101, item I, inciso III). E restabelece na competência dos Estados os seguintes impostos que lhes haviam sido adjudicados na Constituição de 1946:

I — imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à

sua aquisição (bens imóveis que as Constituições de 1967 e 1969 passaram a submeter a igual tributação em qualquer causa de transmissão, todavia excluindo da incidência a incorporação ao patrimônio de pessoas jurídicas ou sua desincorporação, isenção esta acolhida pelo anteprojeto embora não concedida na Constituição de 1946);

II — imposto sobre transmissão *causa mortis* de bens móveis, imóveis e valores mobiliários (estes já compreendidos nos primeiros, segundo o Código Civil), explicitando requisito para incidência progressiva, obediente ao valor do monte e à ordem de vocação hereditária, e à imunidade para os bens de pequeno valor e o imóvel de residência da família (imposto que as Constituições de 1967 e 1969 suprimiram com relação aos bens móveis);

III — imposto sobre propriedade territorial rural, aditando que deverá ser progressivo, em razão do valor da terra, e regressivo, em função da produtividade, e ampliando a imunidade de 20 para 100 hectares, quando a terra seja cultivada, só ou com sua família, por proprietário que não possua outro imóvel.

Restaura para os Estados a competência para instituir outros impostos, desde que não tenham base de cálculo ou fato gerador idênticos aos da competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 101, item 7).

Repete, da Constituição outorgada em 1969 (art. 23, § 6º), disposição antifederativa e disfuncional de que as isenções do ICM só possam ser concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios celebrados pelo Poder Executivo dos Estados, acrescentando a ratificação pela Assembléia Legislativa de cada um (art. 101, item 5).

Melhora, entretanto, as finanças dos Municípios, ao majorar sua participação de 20 para 40% na arrecadação do ICM (art. 101, item 6).

No que concerne aos impostos dos *Municípios*, mantém a limitação feita nas Constituições de 1967 e 1969, atribuindo-lhes apenas (art. 102):

I — imposto sobre propriedade predial e territorial urbana; e

II — imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

Estabelece ainda o Anteprojeto da OAB-RS que a União deverá, sempre que houver interesse por parte dos Estados ou do Distrito Federal, confiar-lhes a arrecadação dos impostos sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e sobre energia elétrica (art. 103, item 3). Parece que isso é matéria de convênio.

#### 4. Proposta do Partido Comunista Brasileiro

A Proposta do PCB, publicada em março de 1966 pela Editora Novos Rumos, praticamente extingue a Federação, embora afirme, sob o Tema 186, que "O Brasil é uma República Federativa, constituída sob regime representativo, pela união indissolúvel dos 25 Estados e do Distrito Federal".

Isso porque suprime o poder dos Estados e dos Municípios para criar impostos, restringindo a competência tributária dessas pessoas federadas à instituição, apenas, das duas espécies menos expressivas de tributos (Tema 163):

I – taxas, arrecadadas em razão do poder de polícia ou pela utilização de serviços específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

II – contribuição de melhoria, incidente sobre imóveis valorizados por obras públicas.

Todos os impostos são reservados à competência exclusiva da União, com a seguinte especificação (Tema 171):

I – imposto sobre importação de produtos estrangeiros,

II – imposto sobre exportação de produtos nacionais ou nacionalizados;

III – imposto sobre rendas, operações financeiras (na verdade sobre rendimentos dessas operações) e proventos de qualquer natureza, com incidência sobre os ganhos de capital e de patrimônio voluptuário das pessoas físicas em progressividade superior à incidência sobre os rendimentos do trabalho;

IV – imposto sobre propriedade, acentuando-se a incidência sobre as heranças (omitidos os legados) e o patrimônio voluptuário de qualquer natureza, englobando:

a) transmissão *inter vivos* de bens imóveis por natureza e cessão (deve ser acessão) física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição;

b) transmissão *causa mortis* de bens móveis, imóveis e valores imobiliários (ou mobiliários?), com incidência progressiva obediente ao valor do monte e à ordem de vocação hereditária, imunes os bens e o imóvel de residência familiar único quando de pequenos valores (*sic*);

c) propriedade predial e territorial urbana, o primeiro progredindo em relação à área e valor da edificação, e o segundo em relação à área, valor e ao período de tempo não edificado;

d) propriedade territorial rural, que será progressivo em relação ao valor da terra, e regressivo em função da sua produtividade, e não incidirá sobre glebas rurais não excedentes a cem hectares, quando as cultive, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel;

V – imposto sobre o uso e consumo de bens e serviços, com incidência de natureza seletiva sobre os bens (portanto sem seletividade sobre serviços!), progredindo na razão tributo/rendimento denominador objeto do imposto de renda (!) a favor dos bens de trabalho, essenciais no consumo das faixas de renda mais baixas da população, englobando:

a) operações de industrialização e circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes, bem como prestação de serviços de qualquer natureza (portanto os atuais IPI, ICM e ISS);

b) produção, importação, distribuição ou consumo de minerais, lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos, de (ou e?) energia elétrica (os atuais impostos únicos);

c) serviços de transporte e comunicações (apesar de no Tema 167, item II, repetir a proibição de limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais); e

d) operações de crédito, câmbio, seguros e valores mobiliários.

Tendo optado, essa Proposta para a Constituinte, pela concentração dos impostos na União, não se justifica a discriminação em texto constitucional. Pelo mesmo motivo, tem menos sentido, ainda, a repetição da regra em vigor de que “lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário; disporá sobre os conflitos de competência nessa matéria entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar” (Tema 165).

Apesar de suprimir a competência impositiva dos Estados, ilogicamente reitera a antifederativa disposição em vigor, sujeitando a concessão ou a revogação de isenções do ICM a convênios celebrados com o Poder Executivo e ratificados pelo Poder Legislativo dos Estados (Tema 174).

Preserva ainda na competência impositiva da União:

I – contribuições para a manutenção da previdência e assistência social e para atender ao interesse de categoria profissional (Tema 175), aceitando aí, por ausência de explicitação, impostos camuflados sob as denominações de “quotas de previdência”, “contribuições de empregador”, “contribuições para fiscalização profissional”, “contribuições sindicais” e outras;

II — empréstimo compulsório e impostos extraordinários, ambos na iminência ou no caso de guerra externa (Tema 176), restringindo, pois, a hipótese do mútuo obrigatório.

Para a administração dos impostos, a Proposta do PCB preconiza um monstruoso Conselho Nacional de Tributação, com atribuições para baixar as normas e instruções sobre o lançamento, fiscalização e recolhimento dos impostos em todo o território nacional, para as agências arrecadoras da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Tema 177). Malgrado preveja representação paritária dos três níveis de governo, na composição de citado Conselho Nacional de Tributação (Tema 177), identifica-se como órgão tipicamente ditatorial e antifederativo, podendo-se antever sua prepotência sobre os Estados e Municípios, sua ineficiência operacional e sua corruptibilidade intrínseca, como sói ocorrer no centralismo governamental. Concentrando na União o poder de decretar impostos, a Proposta do PCB manda distribuir o produto da arrecadação, destinando 50% ao Fundo Federal, pertencente ao Tesouro Nacional, 30% ao Fundo de Participação dos Estados e 20% ao Fundo de Participação dos Municípios (Tema 179).

As grandes vantagens da divisão dos impostos entre a União, os Estados e os Municípios consistem na garantia de real autonomia a cada ente constitucional e, no plano administrativo, na responsabilidade de cada qual pela criação, fiscalização e arrecadação de impostos que lhes foram distribuídos, o que supre falhas de uns sobre outros, em benefício de todos.

A Proposta do PCB, na parte do Sistema Tributário, embasou-se, perceptivelmente, no Anteprojeto da OAB-RS, a ponto de reproduzir desta, literalmente e na mesma ordem sequencial, as seguintes regências: Tema 163 do art. 93; Tema 164 do art. 94; Tema 165 do art. 95; Tema 166 do art. 96; Temas 167, 168 e 169 do art. 98; e Tema 170 do art. 99.

Por causa da centralização de todos os impostos na União — no que conflita substancialmente com o Anteprojeto da OAB-RS —, a Proposta do PCB apresenta algumas alterações, sem inovar, todavia, as espécies de impostos e outras disposições, apresentando as seguintes correspondências entre os dois anteprojetos: Tema 171 com art. 100, item 1 (impostos federais), art. 101, item 1 (impostos estaduais) e art. 102 (impostos municipais); Tema 172, com art. 100, item 2; Tema 103 com art. 101, item 3; Tema 174 com art. 101, item 5 (apesar da descabida repetição de concessão de isenções por Estados); Tema 175 com art. 100, item 5 (com acréscimo de vedação para cobrança de contribuições previdenciárias dos aposentados e pensionistas); Tema 176, com art. 100, item 7; Tema 178 com art. 100, item 3, art. 101, item 6, e art. 103, item 3 (referentes à partilha tributária, em que a generaliza e altera percentuais); Tema 179 com art. 100, item 2 (introduzindo apenas a exigência de ponderação no cálculo da distribuição da arrecadação tributária, inocuamente, já que não explicita os pesos); Tema 180 com art. 100, item 4 (com acréscimo da previsão dos prazos para

a distribuição dos fundos de participação); Tema 181 com art. 103, item 3 (trocando apenas "artigo" por "capítulo" ao aludir à distribuição, de que tratam, a rigor, apenas os Temas 178 e 179 e não o capítulo); Tema 182 com art. 97, 1ª parte (relativamente aos impostos do Distrito Federal, coerentemente substituindo-os por "quotas" já que todos os impostos seriam da União, mas incoerentemente deixando de referir-se aos Territórios).

As inovações significativas — e desastrosas política e administrativa-mente — consistem precisamente na concentração de todos os impostos na União (Tema 101) e, conseqüentemente, na criação de um poderoso e anti-federativo Conselho Nacional de Tributação (Tema 177) mais a partilha da arrecadação de todos os impostos entre um Fundo Federal (50%), um Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal (30%) e um Fundo de Participação dos Municípios (20%), em proporção ainda concentradora. Procedentemente, adaptou para o plano federal, sob o Tema 183, a disposição contida no § 8º, *in fine*, do art. 23 da Constituição, específica ao ICM, determinando que as parcelas pertencentes aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios sejam creditadas em contas especiais em estabelecimentos oficiais de crédito, na forma e nos prazos fixados em lei complementar (a Constituição explicita lei federal, o que está implícito, embora os Estados também possam instituir lei complementar).

Em conseqüência da supressão do poder tributário dos Estados e dos Municípios, a Proposta do PCB deixou de reproduzir, da Proposta da OAB-RS: o art. 99, item III, correspondente a igual item do art. 20 da Constituição de 1969, o qual veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino; o art. 101, item 2, que estabelece a qual Estado compete o imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis (regência que a Proposta da OAB-RS copiou do art. 23, § 2º, da Constituição de 1969); e o art. 101, item 7, em que a Proposta da OAB-RS restaura para os Estados (e o Distrito Federal) a faculdade de instituir outros impostos, desde que não tenham base de cálculo ou fato gerador idênticos aos da competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Coerentemente, a Proposta do PCB também deixa de repetir o item 6 do art. 100 da Proposta da OAB-RS, que por sua vez é reprodução literal do § 4º do art. 21 da Constituição de 1969, que prevê que a lei possa destinar a receita do imposto sobre exportação e do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e valores mobiliários para a formação de reservas monetárias ou de capital para financiamento de programas de desenvolvimento econômico. Na verdade, essa faculdade erige-se em excessiva orçamentária, porquanto no Orçamento Fiscal é que devem ser destinados todos os recursos financeiros, salvo quanto aos impostos vinculados.

Afora o exposto, a Proposta do PCB acrescenta, procedentemente, os sindicatos na imunidade tributária, inovando tanto a Proposta da OAB-RS (art. 98, inciso III) quanto a Constituição de 1969 (art. 19, inciso III).

## VIII. SUGESTÕES PARA A REFORMA TRIBUTÁRIA

*Preliminarmente, deve ser enfatizado que uma Constituição Nacional deveria ser um estatuto suprapartidário, que possa, no maior consenso possível, absorver princípios básicos aceitáveis pelas diversas correntes políticas no tempo, e não diretrizes de um partido com hegemonia no momento. No que diz respeito ao conteúdo da Carta constitucional, a preteridade aconselha concisão razoável e a eficácia recomenda coercitividade imanente aos preceitos, a fim de que o Poder Judiciário possa invalidar leis e atos incompatíveis com as regras constitucionais.*

No que concerne ao Sistema Tributário, cabe enaltecer a flexibilidade contida no Anteprojeto de Constituição de FABIO KONDER COMPARATO, ao transferir à lei complementar a discriminação de tributos entre a União, os Estados e os Municípios. Essa alternativa facilitaria a redistribuição, a complementação e a supressão de impostos em face do efetivo comportamento da arrecadação, das transformações econômicas, das inovações tecnológicas e das mudanças políticas, sem necessidade de emendar a Constituição. Além disso, é impossível prever todos os impostos que, potencialmente, poderiam ser criados na dinâmica da economia e na multiplicidade de negócios propiciados no regime de livre iniciativa.

Porém, a seguirem nossa tradição republicana, os Constituintes de 1987 talvez se inclinem por uma rígida distribuição de impostos na Carta federal, com vistas a garantir fontes de receitas coercitivas a cada nível de governo, apesar de os acontecimentos históricos de 1966 a 1979 terem evidenciado a precariedade da segurança constitucional, mediante o atropelamento, pelo Executivo federal, da autonomia financeira, legislativa e política dos Estados e dos Municípios.

A preferência por uma especificação de impostos na Constituição Federal torna a distribuição mais difícil e cautelosa, porquanto será necessário antever alguns impostos que possam nem vir a ser instituídos formalmente, assim como será preciso reger a hipótese de criação e partilha de impostos não previstos.

Qualquer tributo precisa ser produtivo como instrumento de receita, simples em suas incidências, quanto possível, fiscalizável a baixo custo, razoavelmente suportável a fim de desestimular a sonegação ou a revolta, cômodo em sua forma de pagamento e controlável em seus efeitos econômicos e sociais.

*Esse conjunto de requisitos da eficácia tributária exige uma variedade de tributos e, principalmente, uma multiplicidade de impostos, ao invés do utópico imposto único.*

Numa Federação torna-se necessário, ainda, que os impostos sejam estrategicamente divididos entre o Poder Central e os Poderes estaduais e locais, tanto com vistas à produção de recursos adequados às funções

estatais atribuídas a cada nível quanto para a complementação recíproca dos controles fiscais. Para tanto, é benéfica a existência de impostos que recaiam sobre estágios diversos das atividades de produção, comércio e consumo, preferencialmente divididos na competência instituidora e administrativa, com o que haverá oposição de controles em pelo menos duas pontas.

As Constituições Federais de 1967 e 1969 passaram a concentrar na União 12 impostos ostensivos mais os impostos novos e os empréstimos compulsórios, deixando um resíduo de apenas 2 impostos para os Estados e outros 2 para os Municípios. Na Constituição de 1946 a União detinha 7 impostos e dividia com os Estados os impostos novos, enquanto que os Estados possuíam 6 impostos exclusivos e os Municípios outros 5.

Além dessa distribuição, formal, o Governo da República se arrogou 30 impostos disfarçados, sob os mais variados títulos mas, principalmente, sob a denominação de "Contribuições Econômicas e Sociais", impostos que aumentaram a receita dessa espécie em 33% no ano de 1983.

Essa estrutura de impostos deu à União o domínio de 85% do produto correspondente, aos Estados 32% e aos Municípios menos de 4%. Após as transferências constitucionais, a concentração diminuiu um pouco, ficando a União com quase 55%, os Estados com pouco mais de 30% e os Municípios atingindo 15%, em 1983.

Para os anos de 1984 e seguintes decresceu algo, e gradativamente, citada concentração da receita de impostos, em consequência da elevação das participações dos Estados e dos Municípios em impostos federais, assim como da transferência aos Estados do imposto sobre propriedade de veículos automotores (embora 45% do produto da substituída TRU também fossem partilhados entre os Estados), tudo determinado pelas Emendas nºs 23/83 e 27/85, resultando nos seguintes percentuais a transferência dos impostos federais, para os anos mencionados:

IMPOSTO SOBRE	1983	1984	1985	1986	1987	1988
Renda	23	28	32	33	33	33
Produtos industrializados	23	28	32	33	33	33
Lubrificantes e combustíveis	40	44	48	52	56	60
Energia elétrica (1946 = 60%)	60	60	60	60	60	60
Minerais (1967 = 90%)	90	90	90	90	90	90
Transportes rodoviários	—	—	—	70	70	70
Propriedade veículos automotores	—	—	—	100	100	100

Embora seja quase impossível suprimir repasses de recursos pelo Governo Federal aos Estados e Municípios, num país de dimensões con-

tinenciais e com naturais disparidades regionais, o princípio federativo exige que, tanto quanto possível, cada pessoa constitucional disponha de competência tributária compatível com a autonomia necessária. A participação dos Estados e Municípios em fundos de impostos federais tende a colocá-los na dependência financeira do Governo federal, ao mesmo tempo que desestimula os Governos estaduais e municipais a explorar as potencialidades tributárias de seus espaços geo-econômicos, protegendo-se dos desgastes eleitorais que a tributação normalmente causa; além desses inconvenientes abre oportunidades para extorsões administrativas para liberação de recursos, conforme denunciaram alguns Prefeitos no encontro que tiveram em Brasília de 23 a 25-3-87, no auditório do Senado.

Logicamente, o valor da distribuição dos impostos é mutável com alterações nas alíquotas, modificações nas partilhas, introdução de impostos novos e maior presença fiscalizadora.

A restauração da Federação brasileira, nesse quadro institucional, impede a adoção da discriminação tributária contida no Anteprojeto de Constituição da Comissão Arinos, porquanto agrava a concentração de impostos na União, ao reiterar para ela os previstos na Constituição de 1969, inclusive os impostos disfarçados sob os títulos de contribuições para intervenção no domínio econômico e de empréstimo compulsório. Substitui, sem vantagens, o imposto sobre produtos industrializados pelo imposto sobre consumos especiais e o imposto sobre bens supérfluos (criado pelo art. 1º da Lei nº 6.950/81 sem previsão constitucional) pelo imposto sobre propriedade de bens móveis de caráter suntuário. Além disso, aditou à competência da União mais três impostos disfarçados sob as denominações de contribuição para custeio de outras formas assistenciais, contribuição para eliminação ou controle de atividade poluente e investimento compulsório. Não tomou conhecimento, porém, dos impostos camuflados pelo Governo federal fora da receita tributária.

A Proposta de Constituição da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul também se revela inadequada à Federação, pois repete, comodamente, os impostos que a Constituição de 1969 distribuiu à União, com os atenuantes de devolver aos Estados o imposto territorial rural, de restabelecer para os Estados o imposto sobre transmissão de propriedade *causa mortis* e de atribuir-lhes os impostos novos. Confirma para os Municípios apenas os dois impostos que a Carta de 1969 lhes deixou.

A Proposta do PCB é a pior das quatro, ao centralizar todos os impostos na União, embora prometendo partilhar o produto da receita com 50% ao Tesouro Nacional, 30% aos Estados e 20% aos Municípios.

Em harmonia com a doutrina e o Código Tributário Nacional — desprezados os enxertos ditatoriais —, e mesmo como diretriz preventiva de controvérsias administrativas e demandas judiciais, convém que a Constituição mantenha a classificação dos tributos nas três espécies: impostos, taxas e contribuições de melhoria. E na distribuição tributária

é imperioso que respeite os princípios federativos e atenda às características de cada imposto, sendo aconselhável, ainda, levar em conta a tradição brasileira.

Dentro dessa orientação maior, há que preservar a competência cumulativa da União, dos Estados e dos Municípios para a imposição de taxas e de contribuições de melhoria.

Quanto aos impostos, embora não seja incompatível com uma República Federativa a total liberdade e até a superposição impositiva, bastando lembrar essa prática nos Estados Unidos da América, a tradição brasileira assentou a exclusividade de cada imposto a uma ou a outra pessoa tributante, mesmo com referência a impostos novos, cuja competência ora era deferida aos Estados (Constituição de 1937), ora à União (Constituições de 1967 e 1969), ora era concorrente, mas com a arrecadação atribuída aos Estados, com partilha do produto (Constituição de 1934), ou com prevalência do imposto federal e também com divisão da receita (Constituição de 1946).

Segundo essa diretiva, nossa sugestão apropriaria para a União os seguintes impostos, nos quais lhe é aditado o imposto sobre heranças e legados e são oficializados alguns dos impostos disfarçados sob vários títulos, com desprezo ao destino ou à vinculação da receita:

#### IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO

Seria despojado da despicienda explicitação dos produtos estrangeiros, cuja limitação aparecerá nas incidências.

#### IMPOSTO SOBRE RENDA

Suprimindo a desnecessária menção aos "proventos de qualquer natureza", mesmo porque inúmeros rendimentos não vêm sendo tributados, apesar da autorizada exegese de PONTES DE MIRANDA, contrária a qualquer exclusão não contemplada na Carta Federal. Na receita correspondente devem entrar as parcelas destacadas pelo Governo ao PIN e ao Proterra, na forma dos Decretos-Leis nºs 1.106/70 e 1.179/71.

#### IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Continuaria como está, com exclusão dos produtos que seriam submetidos ao novel imposto sobre microempresas.

#### IMPOSTO SOBRE CRÉDITO, CÂMBIO, SEGURO E VALORES MOBILIÁRIOS

Seria simplificado o título e eliminada a referência aos títulos, pois implícitos nos valores mobiliários.

## IMPOSTO SOBRE TELECOMUNICAÇÕES INTERESTADUAIS E INTERNACIONAIS

Acolhe a exclusão, proposta pela Comissão Arinos, das comunicações intra-estaduais, e restringe a absurda veleidade do Código Tributário Nacional de tributar a transmissão e o recebimento, por qualquer processo, de mensagens escritas, faladas ou visuais, desde que extramunicipais, considerando, ainda, que o usuário já paga tarifas de correio, telégrafo, telefonia, rádio e outros meios de comunicação.

## IMPOSTO SOBRE LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS OU GASOSOS

Seria individualizado cada imposto único, suprimida a explicitação dos fatos geradores e reunidas as tributações cumulativas na produção e no consumo (absorvendo o imposto disfarçado em contribuição econômica sobre o preço no varejo).

## IMPOSTO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA

Também destacado dos demais impostos únicos.

## IMPOSTO DE GUERRA EXTERNA

Mantido para as hipóteses de conflito militar ou sua iminência.

## IMPOSTO PARA SEGURO SOCIAL

Abarcaria as incidências da denominada quota de previdência (Decretos-Leis 1.505/76 e 1.556/77, além do art. 135 do Decreto 77.077/76), mais a contribuição do empregador, sendo classificável nas taxas a contribuição do segurado.

## IMPOSTO PARA EDUCAÇÃO

Corresponde à impropriamente denominada "contribuição do salário-educação", instituída pela Lei nº 4.440/64, se mantida.

## IMPOSTO PARA MELHORAMENTO DOS PORTOS

Substitui a taxa de igual nome, criada pelo Decreto-Lei nº 8.311/45 e reformulada pela Lei nº 3.421/58.

## IMPOSTO SOBRE FARÓIS

Sucedo a tarifa de utilização de faróis, de que trata o Decreto-Lei nº 1.023/69, embora o tributo possa até ser eliminado face à baixa produção financeira.

## IMPOSTO PARA FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS

Oficializa o tributo cobrado sob o título de "anuidades" pelas autarquias federais de fiscalização profissional.

## IMPOSTO SOBRE HERANÇAS E LEGADOS

Corresponde ao antigo imposto sobre transmissão de propriedade *causa mortis*, atribuído aos Estados pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946, todavia sem significado financeiro nem efeito social. A COMISSÃO ARINOS e a OAB-RS propõem a recriação do tributo na competência dos Estados, onde estava até a Constituição de 1946. Parece-nos, todavia, que tributação dessa espécie deveria guardar uniformidade nacional, além do que só a Fazenda Federal tem tradição no cadastro de bens de pessoas físicas.

## IMPOSTOS OUTROS (em concorrência com os Estados e Municípios)

*Seriam transferidos da competência da União os seguintes impostos:*

### IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO

Este tributo voltaria aos Estados, como continua sendo nos EUA e foi no Brasil até 1966, sob o principal fundamento de que autoridades federais poderiam causar irreparável dano à economia de alguns Estados e a suas finanças públicas, além de beneficiar só a União, tributando seus produtos típicos destinados ao comércio exterior.

### IMPOSTO SOBRE MINERAIS

Este tributo seria transferido aos Municípios, em que jazem as riquezas minerais, e que vêm sendo sugados em suas potencialidades tributárias sob o argumento generalizado de uniformização de preços e impostos. Da incidência sobre os minerais, eles recebem uma pequena parte dos 90% da arrecadação feita pela Secretaria da Receita Federal, dividida entre todos os Estados, o Distrito Federal e todos os Municípios, a partir de 1967, embora antes a partilha tenha sido de 60%. Os Municípios são, contudo, as pessoas constitucionais que precisam dramaticamente de reforço em suas combatidas finanças.

### IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL

Seria transferido aos Municípios este imposto que a Constituição de 1967 retirou dos Estados, prometendo o produto aos Municípios, sob o argumento de que os proprietários

rurais teriam demasiada influência local para se eximirem da tributação e que, além disso, o imposto seria usado para promover uma reforma agrária.

Entretanto, os fatos demonstraram — como seria previsível *porque materializa vício inerente à centralização* — um crescente descumprimento da lei pelo Executivo Federal, deixando de cobrar a maior parte do imposto lançado, principalmente o devido por 19 empresas rurais, 238 latifúndios por dimensão e 2.741 latifúndios por exploração, que ocupavam uma área de 70,5 milhões de hectares e deviam 49,5 bilhões de cruzeiros, vencidos até 1980, a preços da época (*Gazeta Mercantil*, de 1-11-85, p. 14).

O Senador BENEDITO FERREIRA, em seu discurso publicado em 6-6-85, no *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, pp. 1.656 a 1.666, denunciou e demonstrou a pequena cobrança do ITR durante os anos de 1966 a 1983. Com base nos lançamentos e nos percentuais de arrecadação lá mencionados, calculamos as percentagens dos créditos tributários não cobrados, o valor correspondente em cruzeiros da época, os índices de correção para dezembro de 1986 e a atualização daqueles créditos não cobrados, para essa última data. A quantificação está no Quadro nº 7, onde se verifica que a péssima administração pelo Governo Federal, do ITR, lesou os Municípios em mais de 10 bilhões e 535 milhões de cruzados, sendo que o inadimplemento médio, nesses 18 anos, foi superior a 78% dos créditos tributários lançados pelo INCRA. Nada disso foi percebido pelo Tribunal de Contas da União.

Perante tão desastrosa realidade, só podemos atribuir à desinformação da COMISSÃO ARINOS e do PCB o fato de suas propostas manterem com a União o imposto sobre propriedade territorial rural. Na verdade, basta o simples cotejo quantitativo das dezenas de milhares de Prefeitos e Vereadores com as poucas centenas de autoridades federais incumbidas do ITR, para inferir que o risco de submissão ou corruptibilidade a proprietários rurais é incomparavelmente maior na órbita da União e a custo certamente muito inferior. Por outro lado, as Prefeituras é que precisam organizar cadastro dos imóveis existentes em seus territórios, sejam urbanos ou rurais, além do que as autoridades e as populações locais são as pessoas que mais de perto sentem a necessidade do uso racional do solo, tanto para moradia quanto para produção. De resto, a tributação progressiva de terras inaproveitadas não se confunde com reforma agrária, que implica desapropriação, para dividir ou mesmo juntar propriedades.

Especificados os impostos que permaneceriam na competência da União, ou que a ela se agregariam, assim como aqueles que seriam trasladados aos Estados e Municípios, seriam *suprimidos os demais cobrados atualmente pelo Governo Federal*, sob título ostensivo ou disfarçado, e que identificamos nos seguintes:

### IMPOSTO SOBRE TRANSPORTES EXTRAMUNICIPAIS

Este tributo, colide com a tradicional proibição constitucional de limitar o tráfego de pessoas e cargas por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais (CF de 1891, art. 11, item 1º; CF de 1934, art. 17, IX; CF de 1937, art. 25; CF de 1946, art. 27; CF de 1967, art. 20, II; e CF de 1969, art. 19, II). Face à vedação constitucional, só pode haver imposto sobre transportes a nível municipal.

Além desse conflito constitucional, o Governo Federal restringiu o fato gerador apenas ao transporte rodoviário, prejudicando os viajantes de menores posses e onerando as cargas destinadas às cidades mais interioranas.

O imposto sobre transportes não merece sobreviver, apesar de a Emenda nº 27/85 ter determinado a partilha de sua receita entre a União (30%), os Estados, o Distrito Federal e os Territórios (50%) e os Municípios (20%).

### IMPOSTO SOBRE COMUNICAÇÕES

Seria transformado em imposto sobre telecomunicações interestaduais e internacionais. Cabe registrar que nenhum imposto sobre comunicações é previsto na Proposta de Reforma do Código Tributário da Comissão Especial do Senado.

### IMPOSTO SOBRE BENS SUPERFLUOS

Foi criado pela Lei nº 6.950/81, art. 1º, com alíquota de 20% sobre o preço final, visando a cobrir o déficit da Previdência Social. Todavia, revelou-se antieconômico e de ilimitada abrangência, porquanto atingiria todos os bens não necessários. Demais, conflita com a base de cálculo do ICM e do IPI.

### EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

O mútuo é contratual por definição. A compulsoriedade erige a prestação em imposto, na abalizada opinião do constitucionalista norte-americano EDWARD S. CORWIN.

A Constituição de 1969 não explicita as hipóteses em que a União (e por que só ela?) pode cobrar empréstimo compulsório, invocando, desarticuladamente, casos excepcionais

(art. 18, § 3º) e casos especiais (art. 21, § 2º, II). Nessa colcha de retalhos, com regências duplicadas em diversos pontos, a douta Procuradoria-Central da Fazenda Nacional foi sofismar diferença entre os requisitos a atender. O CTN especifica os casos excepcionais (art. 15): guerra externa, ou sua iminência; calamidade pública que exija auxílio federal impossível de atender com os recursos orçamentários disponíveis; e conjuntura que exija a absorção temporária de poder aquisitivo. Para a hipótese de guerra, já está previsto imposto extraordinário. A falta de recursos financeiros sempre pode ser até demonstrada. A exigência de absorção temporária de poder aquisitivo pode ser defendida e contestada em diversas conjunturas e vem deixando a população à mercê de autoridades do Banco Central; no lugar do empréstimo seria preferível criar estímulos à poupança e ao investimento, ao invés de propiciar mais recursos para o desperdício governamental, em outros consumos até perdulários. Mas a prevalecer a hipótese de calamidade pública, melhor facultar um imposto específico, até por razões de custo administrativo.

### CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Não passa de camuflado imposto. Quase todos os impostos configuram intervenção estatal na economia e atividades laboriosas.

### CONTRIBUIÇÃO DE INTERESSE DE CATEGORIAS PROFISSIONAIS

Sob este rótulo, a Constituição de 1989 encobre o fascista imposto sindical, que gerou o peleguismo sindical e a politicagem de dirigentes de associações de classe, onerando todos os integrantes desta à sua revelia e impedindo a liberdade de organização dos trabalhadores e empresários. A contribuição para entidades de classe, numa democracia, há de ser decidida *interna corporis*.

### CONTRIBUIÇÃO PARA INVESTIMENTO SOCIAL (FINSOCIAL)

Imposto disfarçado que, inconstitucionalmente, usa fatos geradores idênticos aos do imposto de renda, do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre circulação de mercadorias (Decreto-Lei nº 1.940/82). Além disso, a fiscalização da aplicação da receita ficou diluída, porque sob gestão do BNDES, sem cumprimento dos preceitos reguladores da despesa pública.

## COTA-PARTE DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Não dá sequer para entender como receita do imposto sindical ficou com a Fazenda Nacional.

## CONTRIBUIÇÃO PARA DESENVOLVIMENTO DO ENSINO MARÍTIMO

Não parece ter sentido criar imposições específicas para cada um dos ramos do ensino, em qualquer grau. A prevalecer, a receita integraria o imposto para educação.

## CONTRIBUIÇÃO PARA O ENSINO AEROVIAÁRIO

Se tivesse fundamento tal especialização impositiva, o ensino para outros fins científicos ou técnicos também deveria merecer impostos próprios.

## CONTRIBUIÇÕES PARA O PIS E O PASEP

O Programa de Integração Social — destinado a empregados — é custeado por uma parte do imposto de renda pago pelas pessoas jurídicas, mais um camuflado imposto sobre o faturamento das empresas, portanto inconstitucionalmente cumulativo ao IPI, ICM e ISS (Leis Complementares n.º 7/70, 17/73, 19/74 e 28/75). Quanto ao objetivo, não promoveu a integração social dos trabalhadores, mas sim recursos baratos para empréstimos a algumas empresas favorecidas, através da Caixa Econômica Federal. Demais, sua gestão por empresa pública viola o art. 142, parágrafo único, do CTN, que exige administração vinculada.

O Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público é custeado por uma alocação da receita corrente da União, mais um imposto camuflado sobre as receitas correntes dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, com infringência ao art. 19, item III, alínea a, da Constituição de 1969, e à partilha referente aos fundos de participação determinada pelos arts. 25 e 26 da mesma Carta, mais, ainda, outro imposto camuflado sobre a receita orçamentária das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista (na verdade de capital misto) e fundações públicas (Leis Complementares n.º 8/70, 19/74 e 28/75). No mérito, é irrelevante o valor atribuído a cada servidor a título de patrimônio.

Pelos motivos expostos, merecem extinção o PIS e o PASEP, entregando o dinheiro arrecadado aos beneficiários: os empregados celetistas e os funcionários públicos.

## CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE SAÚDE

A insignificância do valor arrecadado não justifica a existência.

## CONTRIBUIÇÃO INDUSTRIAL RURAL

Igualmente sem expressão financeira.

## CONTRIBUIÇÃO SOBRE PROPRIEDADE RURAL

Além de a receita ser desprezível, encerra tributação paralela ao imposto sobre propriedade territorial rural.

## CONTRIBUIÇÃO PARA O PROGRAMA DE ENSINO DE 1º GRAU

Receita insignificante.

## OUTRAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

A receita de todas elas somou em 1983 apenas .....  
Cr\$ 5.589.000,00. Além disso, suas incidências são nebulosas.

## TAXA PARA ORGANIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO MERCADO DA BORRACHA

Além de não ter sido organizado o mercado da borracha, justificaria incidência similar sobre outros produtos.

## COTAS DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE EXPORTAÇÃO

Incidências paralelas ao imposto de exportação, para o café e o cacau. Além de inconstitucionais, não se justificam tributariamente, quer permaneça o imposto de exportação com a União, quer reverta aos Estados.

Encobrem manipulações impositivas pela Administração federal, tanto que pelo Decreto-Lei nº 2.295, de 21-11-86, o Presidente da República concedeu isenção formal do imposto sobre exportação para as vendas de café ao exterior (art. 1º), para restabelecer, simultaneamente, a incidência da quota de contribuição instituída pela Instrução nº 205/61 da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, com as alterações feitas pelo diploma legal, entre as quais a destinação da receita ao Fundo de Defesa da Economia Cafeeira (arts. 2º a 8º).

## SOBRETARIFAS DE TELECOMUNICAÇÕES

Seriam absorvidas pelo imposto sobre telecomunicações interestaduais e internacionais.

## CONTRIBUIÇÃO SOBRE CONSUMO DO AÇÚCAR

É tributação paralela ao IPI e ao ICM, inconstitucionalmente, devendo ser absorvido pelo primeiro.

## CONTRIBUIÇÃO SOBRE CONSUMO DE ALCOOL

Também tem como fato gerador o mesmo do IPI e do ICM.

## CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL SOBRE TARIFAS DE PAS-SAGENS AÉREAS DOMÉSTICAS

Se fosse adicional às tarifas, a receita seria da empresa privada de transporte.

## CONTRIBUIÇÃO ADICIONAL SOBRE TARIFAS DE TRANS-PORTE AERÉO DOMÉSTICO

Apresenta a mesma anomalia aduzida para o item precedente.

## TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE TELECOMUNICAÇÕES

Seria absorvida pelo imposto sobre telecomunicações interes-taduais e internacionais.

## OUTRAS CONTRIBUIÇÕES ECONÔMICAS

Não explicitadas no Balanço da União.

*Os Estados teriam competência para decretar os seguintes impostos:*

## IMPOSTO SOBRE EXPORTAÇÃO

Seria suprimida, na Constituição, a explicitação supérflua de que a exportação é para o estrangeiro e que os produtos devem ser nacionais ou nacionalizados.

Reverteria da União, como era nas Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946, pelos motivos já apresentados quando fundamentada a retirada da competência federal.

## IMPOSTO SOBRE CONSUMO DE MERCADORIAS

Substituiria o mal intitulado e antioperacional imposto sobre circulação de mercadorias. A dificuldade da administração do ICM exigiu um antifederativo órgão interestadual junto ao Ministério da Fazenda e mesmo assim continua facilmente sonegável, especialmente criando fictícios créditos referentes a simuladas compras de fornecedores situados em outros Estados. Demais, circulação retrata movimento físico, não operação econômica, sendo artificial o objeto atribuído à base tributável.

Oportuno registrar que cidadãos e autoridades dos EUA já se anteciparam contrariamente à hipótese de instituição do imposto sobre valor agregado, usado na Europa e que serviu

de inspiração ao sistema de créditos do IPI e do ICM, por considerá-lo incompatível com o sistema federativo.

A vantagem do imposto sobre consumo consiste em que é devido no Estado em que se verificar o consumo da mercadoria, deixando nele o encargo tributário e atendendo ao princípio da capacidade contributiva. Para a cobrança, a técnica mais produtiva e segura consiste em tributações autônomas, mediante alíquota pequena em cada venda, ou uma incidência apenas final no consumo, com alíquota moderada. As vendas interestaduais seriam imunes por definição, assim como as vendas ao exterior; quanto a estas, o Estado poderia dispor do imposto sobre exportação para se compensar da perda da receita.

### IMPOSTO SOBRE PATRIMÔNIO LÍQUIDO DAS EMPRESAS

Este é o único imposto novo proposto pela Comissão Especial sobre Reforma Tributária do SENADO. Por isso, está sendo introduzido aqui, aumentando a potencialidade tributária dos Estados.

### IMPOSTOS OUTROS

A competência para impostos não previstos seria concorrente com a União e os Municípios, conforme já foi exposto ao tratar da competência da União.

Quantitativamente, os Estados teriam poucos impostos. Porém, o imposto sobre consumo seria o grande produtor de receita, apesar da destinação de 20% aos Municípios. Deveria ser muito produtivo também o imposto sobre patrimônio líquido das empresas.

Os Estados perderiam os seguintes impostos:

### IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

Este disfuncionável e burlável tributo seria substituído pelo imposto sobre consumo de mercadorias, mas justo por ficar no Estado em que ocorrer o consumo, e melhor administrável, tanto pela fiscalização de campo quanto a nível normativo.

### IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS A QUALQUER TÍTULO

Com a restauração do imposto sobre transmissão de propriedade *causa mortis*, passaria à União a incidência sobre bens móveis e imóveis nas heranças e legados.

Para os Municípios seria transferida a imposição nas transferências entre vivos, mediante o antigo imposto atribuído aos Estados pelas Constituições de 1934, 1937 e 1946. Realmente,

as Prefeituras são os entes governamentais mais indicados para a tributação imobiliária, pois já possuem cadastro para incidência do IPTU. Na hipótese de não vingar o imposto sobre heranças e legados, os Municípios deveriam receber também competência para tributar as transmissões de imóveis *causa mortis*.

## IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

Criado pela Emenda nº 27/85, com partilha do produto entre Estados e Municípios, substituiu a falsa taxa rodoviária única, regulada pelos Decretos-Leis nºs 999/69, 1.242/72, 1.271/73, 1.691/79, 1.835/80, 2.068/83 e pela Lei nº 5.841/72.

As Prefeituras precisam de recursos crescentes para administrar os variados problemas causados pela circulação dos veículos, principalmente nas cidades grandes.

Não há necessidade de ser igual o ônus tributário, pois os custos municipais também são diferentes.

A competência tributária aos Municípios não impede que os Estados se incumbam do cadastro geral e controlem o tráfego.

Quanto aos Municípios, são os entes estatais que mais serviços deveriam prestar à população e mais obras deveriam realizar no interesse das comunidades citadinas e rurais. Para tanto, é imprescindível transferir-lhes alguns impostos e facultar-lhes a instituição de outros, inclusive examinando a conveniência, sem preconceitos, de restaurar impostos anteriormente existentes e reformulando os que apresentem incoerências com os fatos geradores ou as bases de cálculo.

O imposto sobre serviços de qualquer natureza surgiu na Constituição de 1967, substituindo o imposto sobre indústrias e profissões, o imposto sobre diversões públicas e o imposto sobre licenças. Todavia, muitos erros havia já em sua previsão, no Código Tributário Nacional, decretado em 25 de outubro de 1966, a ponto de ter sido necessário ab-rogar totalmente a seção correspondente, remanescendo erros, contudo, mesmo após a reformulação.

A dificuldade principal do imposto sobre serviços de qualquer natureza reside na imprecisão e multiplicidade de significados do substantivo que representa o objeto das incidências, motivo pelo qual os serviços tributáveis foram limitados por uma lista especificativa, invalidando o alcance afirmado na Constituição, no Código Tributário e na lei em vigor.

As impropriedades exigiram sucessivas alterações na regência do imposto: logo no início, em 14-11-66, pelo Decreto-Lei nº 28; em seguida,

a 8-12-66, pelo Ato Complementar nº 27; pela terceira vez, em 30-1-67, pelo Ato Complementar nº 34; um mês após, em 28-2-67, pelo Ato Complementar nº 35; pela quinta vez, em 13-3-67, pelo Ato Complementar nº 36; em 31-12-68, substancialmente, pelo Decreto-Lei nº 406, que passou a regular a matéria em seus artigos 8º a 12, enquanto em seu art. 13 revogou todas as disposições sobre o assunto no Código Tributário Nacional; todavia, o próprio Decreto-Lei nº 406 foi alterado pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 834, de 8-9-69, e pelo art. 1º da Lei Complementar nº 22, de 9-12-74.

Apesar de as Constituições de 1967 e 1969 (art. 24, II, em ambas) excluir da incidência apenas os serviços não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados — ressalva em que são enquadáveis apenas os impostos federais sobre transportes e comunicações —, a lista de serviços, baixada com o Decreto-Lei nº 406/68 e reformulada pelo Decreto-Lei nº 834/69, fez por sua conta outras exclusões. v. g.:

Item 15) Administração de bens ou negócios, inclusive consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens, quando sob responsabilidade de entidades financeiras (aqui provavelmente ressalvados também o serviço de cobrança de títulos por bancos e a administração de fundos mútuos ou carteiras individuais de ações, ouro e demais valores, sendo discriminatoriamente sujeita ao imposto a receita de administração quando prestada por corretoras e outras empresas excluídas do sistema financeiro);

Item 19) Execução de construção civil, obras hidráulicas e outras semelhantes, quando por conta própria, pois a lista só prevê a incidência quando executada por administração, empreitada ou subempreitada, contratos que subentendem feitura por conta de terceiros, cabendo ainda lembrar que a execução de obras de arquitetura e engenharia integra a indústria de construção civil, em que a empresa utiliza produtos intermediários e produtos finais de outros setores, em processo produtivo semelhante ao da indústria montadora de veículos, revelando-se, assim, muito forçado, enquadrar qualquer dessas espécies no setor de serviços;

Item 37) Depósitos em bancos e outras entidades financeiras, inclusive, pois, o depósito de dinheiro em conta-corrente e a guarda de valores em cofre de aluguel, apesar de essas atividades não serem objeto de tributação federal nem estadual e deversem estar submetidos à incidência de depósitos de qualquer natureza, quando feitos em empresas excluídas do sistema financeiro;

Item 43) Pintura de imóveis em geral e de objetos destinados a comercialização ou industrialização (pois a lista só tributa a pintura de objetos que tenham diferente destino);

Item 45) Serviços de alfaiates, modistas e costureiros, prestados a comerciantes ou industriais, quando o material seja fornecido por estes (pois a lista só tributa a hipótese de serviço ao usuário final);

Item 47) Beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, acondicionamento e operações similares, quando prestados a empresas comerciais ou industriais (pois a lista só tributa tais serviços em objetos não destinados a comercialização ou industrialização);

Item 48) Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos fornecidos pelo usuário final, quando este seja empresa concessionária de energia elétrica, discriminando, ainda, contra empresas de outros serviços públicos, apesar de a Constituição submeter até as empresas estatais às normas aplicáveis sobre empresas privadas, excepcionando do regime tributário exclusivamente as empresas públicas que explorem atividade monopolizada pelo Estado (art. 170, §§ 2º e 3º);

Item 52) Locação de bens imóveis, ao restringir a incidência aos bens móveis, ao contrário da previsão inicial do CTN (art. 71, § 1º, II), apesar de a locação de bens não configurar prestação de serviços mas sim cessão, pelo proprietário, de coisa fungível, para uso e gozo do locatário, mediante certa retribuição;

Item 59) Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos quaisquer, quando os serviços forem prestados por entidades financeiras, sociedades distribuidoras de títulos e valores e sociedades de corretores, regularmente autorizadas a funcionar (parecendo que a exceção feita pela lista tenha maior alcance do que os serviços remanescentes à tributação, além de se configurar um privilégio para as empresas isentas do imposto).

Além dessas isenções implícitas nas ressalvas expressas nas incidências, existem ainda isenções referentes a serviços não listados, dentre os quais merecem destaque os prestados por restaurantes, cujos preços são fixados em função da qualidade e diversidade dos serviços prestados, ao prepararem e servirem comidas e bebidas para consumo no local, atividade que não se pode confundir com a venda de alimentos preparados e acondicionados.

Por outro lado, a lista de serviços inclui como tal o florestamento e o reflorestamento (item 55), atividade produtiva que consiste em plantar árvores para formação de florestas e, portanto, integrante da agricultura, salvo melhor conhecimento.

A lista, ao absorver nos serviços as diversões públicas (item 28), exageradamente incluiu no entretenimento do usuário as exposições com cobrança de ingresso (as quais podem ser artísticas, científicas, comerciais, industriais, de gado etc., as primeiras de conteúdo cultural mas todas de fins econômicos, para venda de produtos expostos; os recitais (em que os assistentes procuram a cultura literária e musical); e a execução e o fornecimento de música (cujo alcance supera em muito a simples diversão pública, mesmo porque a transmissão à distância será fruída individualmente na maioria das vezes).

Quanto aos profissionais liberais e autônomos, e suas sociedades, o Decreto-Lei nº 406/68 na verdade tributa o exercício das profissões como era no substituído imposto sobre indústrias e profissões, ao impedir a incidência sobre o preço dos serviços, determinando o cálculo "por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração" (art. 9º, §§ 1º e 3º). Portanto, preste ou não algum serviço, o profissional é tributado em quantia fixa, pelo simples fato de estar estabelecido, enquanto o fato gerador do imposto sobre serviços é a prestação de serviço (art. 8º).

Verifica-se, ainda, contradição na incidência sobre execução de construção civil, de obras hidráulicas e semelhantes (item 19), assim como sobre conservação e reparação de edifícios, estradas, pontes e congêneres (item 20). É que esses itens excepcionam da incidência só as mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local de sua prestação, enquanto que o § 2º do art. 9º manda deduzir do preço o valor de todos os materiais fornecidos pelo prestador dos serviços (alínea a).

Apesar da nebulosidade implícita nos serviços de qualquer natureza, torna-se difícil encontrar um imposto sucedâneo que cubra a variedade de atividades econômicas atualmente tributáveis.

Todavia, o bom senso aconselha ajustar a denominação em função dos efetivos fatos geradores, das exclusões impostas pelas imunidades constitucionais e das limitações implícitas na finalidade lucrativa do sujeito passivo, escolhido pela própria lei reguladora. Seria o imposto sobre profissões e sobre serviços empresariais, ou dois impostos distintos. A lista de serviços é matéria de lei comum.

Necessário se torna, contudo, que sejam excluídos da lista de incidência atos que não configurem prestação de serviços, erigindo impostos específicos se for desejada a tributação sobre locação e arrendamento, sobre construção civil (que não é objeto de incidência do IPI nem do ICM), sobre florestamento etc.

Recomendável, outrossim, que sejam incluídos serviços importantes não previstos, como de restaurantes, e sejam escoimadas as privilegiadas isenções contidas nas ressalvas da lista de incidências.

Tecidas essas considerações específicas ao vigente imposto sobre serviços de qualquer natureza, e as apresentadas quando abordados os impostos federais e estaduais, nossa sugestão consiste em *distribuir aos Municípios* os seguintes impostos:

Imposto sobre Profissões

Imposto sobre Serviços Empresariais

Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana

Imposto sobre Propriedade Territorial Rural

Imposto sobre Transmissão de Propriedade Imobiliária *Inter Vivos*  
Seria estendido à transmissão *causa mortis* se não for previsto  
o imposto sobre heranças e legados.

Imposto sobre Lucro Imobiliário

Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores

Imposto sobre Minerais

Imposto sobre Receita Bruta das Microempresas

Este excluiria outros impostos municipais, estaduais e federais,  
o que diminuiria as obrigações escriturais, documentais e  
tributárias das microempresas, aliviando ainda os Governos  
federal e estaduais de controles antieconômicos.

Imposto sobre Locação e Arrendamento

Imposto sobre Construção Civil

Impostos Outros (em concorrência com a União e os Estados)

Nessa estrutura de impostos municipais, estamos acolhendo a redistribuição defendida pelo experiente e persistente Colega OLAVO NERY CORSATTO, quanto ao imposto sobre propriedade territorial rural, ao imposto sobre transmissão de bens imóveis, ao imposto sobre lucro imobiliário, ao imposto sobre propriedade de veículos automotores, ao imposto sobre receita bruta das microempresas e ao imposto sobre locação. Da Proposta da COMISSÃO ARINOS está sendo aproveitado o imposto sobre locação e arrendamento, embora ela restrinja a locação aos bens móveis e o arrendamento só aos de natureza mercantil, alcançando neste caso móveis e imóveis. Já o imposto sobre receita bruta das microempresas cobriria parte do imposto sobre vendas a varejo, também proposto pela COMISSÃO ARINOS.

O Quadro nº 8 apresenta, em visão de conjunto, a distribuição dos impostos feita pelas sete Constituições Brasileiras, pelos Anteprojetos de Constituição da COMISSÃO ARINOS, da OAB-RS e do PCB, mais a sugestão deste trabalho.

O Quadro nº 9 sintetiza a sugestão deste articulista para a discriminação dos impostos na Federação brasileira, sem prejuízo da partilha em vigor, que ainda poderia ser aumentada.

## BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. *VI Curso de Especialização em Direito Tributário*. São Paulo, Resenha Tributária, 1978.

BALEEIRO, Alomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1956.

CÂMARA DOS DEPUTADOS — Comissão de Finanças — *Anais do Simpósio Sobre o Sistema Tributário Nacional* — 1982.

- COMISSÃO AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — *Anteprojeto de Constituição* — *Diário Oficial da União*, de 26-9-86, nº 185, Suplemento.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil: Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*. São Paulo. Editora Brasiliense, 1986.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*. Prefácio, tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro, Jorge Azhar Editor, 1986.
- FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4ª edição, São Paulo. Resenha Tributária/IBET, 1977.
- FERREIRA, Senador Benedito. *Imposto sobre Propriedade Territorial Rural — Discurso — Diário do Congresso Nacional, Seção II, de 6-6-85, pp. 1.656 a 1.666.*
- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS — Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda — *Reforma Tributária Nacional*. Publicação nº 17 — 1966.
- MARTINS & outros, Ives Gandra da Silva. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, nº 2, Contribuições Especiais e Fundo PIS/PASEP. São Paulo, Centro de Estudos de Extensão Universitária e Editora Resenha Tributária, 1977.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA — Banco Central — *Boletim Mensal*, Volume 22, nºs 1-2, Receita Orçamentária do Tesouro Nacional, pp. 308/23.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA — Secretaria Central de Controle Interno — *Balanco Financeiro da União — Exercício de 1983.*
- MINISTÉRIO DA FAZENDA — Secretaria de Economia e Finanças — Volume XXVIII — *Receita e Despesa da União, dos Estados e Municípios — Exercício de 1983.*
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973 — Tomo II (artigos 8º a 31).
- ORDEM DOS ADVOGADOS E INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO RIO GRANDE DO SUL. *Proposta de Constituição Democrática para o Brasil*. Porto Alegre-RS, 1981.
- PARTIDO COMUNISTA BRASILEIRO. *Constituição Nova para o Brasil, Proposta para a Constituinte*. São Paulo, Edições Novos Rumos, 1986.
- SENADO FEDERAL — Subsecretaria de Edições Técnicas. *Constituições do Brasil*. Brasília, 1986.
- SENADO FEDERAL — Subsecretaria de Edições Técnicas. *Anteprojeto Constitucional* (Quadro comparativo entre o Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais e o texto constitucional vigente) Brasília, 1986.
- SCHÜLER, Harry Conrado. *A Contribuição Social do Decreto-Lei nº 1.940/82. CEFIR — Revista do Imposto de Renda*, nº 183, out. 1982.
- Providência Social Brasileira, Regimes Geral, Rural e do Funcionário Federal*. São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1980.
- SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. 2ª edição, Rio de Janeiro, Edições Financelras S.A.

QUADRO N.º 1

RECEITA LÍQUIDA DE IMPOSTOS ASSIM CLASSIFICADOS DA UNIÃO  
(Arrecadação menos devoluções) — ANO DE 1983

<i>Espécie</i>	<i>Cr\$ 1.000,00</i>	
Imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza	4.044.178.406	
Imposto sobre produtos industrializados	2.299.752.961	
Imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos ou valores mobiliários	785.416.484	
Imposto sobre importação	490.038.165	
Imposto único sobre energia elétrica	271.172.756	
Imposto sobre exportação	212.626.220	
Imposto único sobre lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos:		
A esse título	171.892.993	
Adicional não explicitado	20.462.498	192.356.491
Imposto único sobre minerais		88.811.951
Imposto sobre serviços de transportes rodoviários intermunicipais e interestaduais de pessoas e cargas		82.277.364
Imposto sobre propriedade territorial rural		
Balanço da União	580	
Balanço do Incra	14.518.090	14.518.670
Impostos extraordinários		
(Não explicitado o objeto da tributação, apesar de a Constituição Federal, art. 22, só prever impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa)		
		261.977
<b>SOMA DOS IMPOSTOS DECLARADOS</b>		<b>8.481.409.445</b>

Fontes: Balanço Financeiro da União

Boletim da Secretaria de Economia e Finanças do Ministério da Fazenda (quanto ao ITR) — Volume XXVIII.

Pesquisador: HARRY CONRADO SCHULER

QUADRO N.º 2

RECEITA LÍQUIDA DE IMPOSTOS DISFARÇADOS DA UNIÃO —  
ANO DE 1983

(Sob vários títulos, mencionados neste demonstrativo entre parênteses, não computados outros omitidos no Balanço da União, como os destinados ao PIS, ao PASEP, às autarquias de fiscalização profissional, aos sindicatos etc.)

<i>Espécie</i>	<i>Cr\$ 1.000,00</i>
1. Classificados em Contribuições Econômicas	1.348.841.808
Imposto de renda de pessoas jurídicas (contribuição) destacado ao Programa de Integração Social e ao Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e do Nordeste	

(o Banco Central incluiu na receita, acertadamente, a transferência do próprio Tesouro Nacional, adiante mencionada, informando o montante de Cr\$ 357.414 milhões):

ao PIN	157.929.843	
Ao PROTERRA	105.029.001	262.958.844

Imposto (cotas de contribuição) sobre exportação (de café e cacau)		531.855.371
Imposto (sobretarifas) de telecomunicações		234.813.016
Imposto sobre produtos industrializados (contribuição sobre consumo) de açúcar, inclusive adicional não especificado		149.002.664
Imposto sobre produtos industrializados (contribuição sobre consumo) de álcool		8.413.628
Imposto sobre combustíveis e lubrificantes, cobrado nos preços tabelados, sob os seguintes títulos (classificado pelo Banco Central como adicional sobre petróleo e derivados, no montante de Cr\$ 107.176 milhões):		
Cota-parte da margem de revenda de combustíveis	32.515.171	
Cota-parte do valor do petróleo bruto de produção nacional	29.848.631	
Cota-parte do preço realizado de combustíveis automotivos derivados do petróleo	27.181.772	
Cota-parte do preço realizado de combustíveis e lubrificantes de aviação	15.813.019	
Cota-parte do preço realizado de combustíveis automotivos	5.992.543	
Diferença do preço da gasolina automotiva e do álcool	4	111.351.140
Imposto sobre produtos industrializados (selo especial de controle), apropriado ao Programa de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização da SRF		17.867.702
Imposto sobre importação (contribuição) de lojas francas, entrepostos aduaneiros e depósitos alfandegados, apropriado ao mesmo programa do selo de controle		840.075
Imposto (taxa) para organização e regulamentação do mercado da borracha		16.214.602
Imposto (contribuição adicional sobre tarifas) de passagens aéreas domésticas		8.002.489
Imposto (contribuição adicional sobre tarifas) de transporte aéreo doméstico		5.906.723
Imposto (contribuição) sobre apostas de competições hípcas (uma das imposições da chamada cota de previdência, mas cuja receita não foi nela escriturada)		1.048.311
Impostos outros não especificados (outras contribuições econômicas)		1.769.043

---

2. *Classificados em Contribuições Sociais* 1.061.644.371

Imposto de renda, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre circulação de mercadorias (contribuição) para investimento social — Finsocial, para aplicação pelo BNDES	670.200.537
Imposto para educação (contribuição do salário-educação)	225.379.202

Impostos para custeio administrativo da Previdência Social (contribuição da cota de previdência, a qual, segundo a lei impositiva, deveria corresponder a 3,8% do imposto de importação, 10% sobre a renda bruta da Loteria Esportiva Federal, 14% sobre o valor da venda dos bilhetes da Loteria Federal, 6% sobre o preço ex-refinaria da gasolina tipo A e 3% sobre o movimento das apostas hípicas)	132.851.674
Imposto sindical (cota-parte de contribuição sindical)	15.959.117
Imposto (contribuição) para desenvolvimento do ensino profissional marítimo	4.027.034
Imposto (contribuição) para o ensino aeroviário	3.217.760
Imposto (contribuição) para o Fundo de Saúde	1.779
Imposto (contribuição) industrial rural	1.647
Imposto (contribuição) sobre propriedade rural (paralelo ao ITR — imposto territorial)	14
Imposto (contribuição) para o Programa de Ensino de 1º Grau — FNDE	18
Impostos outros para fins sociais (outras contribuições sociais)	5.569
<hr/>	
<b>3. Classificados em Taxas</b>	<b>321.272.608</b>
Imposto sobre Propriedade de veículos automotores (taxa rodoviária única)	242.102.695
Imposto (taxa) de melhoramento de portos	75.491.062
Imposto (taxa) de fiscalização de telecomunicações	3.678.821
<hr/>	
<b>4. Classificados em Transferências Correntes da União (para o próprio Tesouro Nacional);</b>	<b>83.056.672</b>
Imposto de renda de pessoas jurídicas, destinado pela Administração aos seguintes programas:	
PIN = 60%	49.834.003
PROTERRA = 40%	33.222.669
	83.056.672
<hr/>	
<b>5. Classificados em Receitas Correntes Diversas</b>	<b>14.920.063</b>
Imposto (cota-parte) sobre renda de Loterias Federais (provavelmente correspondente às incidências sobre a renda bruta da Loteria Esportiva e a venda dos bilhetes da Loteria Federal, da denominada Cota de Previdência, onde, todavia, a receita não foi incluída)	14.920.063
<hr/>	
<b>6. Classificados em Receita de Serviços</b>	<b>877.284</b>
Imposto (tarifa) de utilização de faróis	877.284
<hr/>	
<b>7. SOMA DOS IMPOSTOS DISPARÇADOS (1+2+3+4+5+6)</b>	<b>2.820.612.826</b>

Fonte: Balanço Financeiro da União de 1983

Boletim Mensal do Banco Central do Brasil — Volume 22 — nºs 1-2

Pesquisador: HARRY CONRADO SCHULER

QUADRO N.º 3

RECEITA LÍQUIDA DE TAXAS DA UNIÃO — ANO DE 1983

<i>Espécie</i>	<i>Cr\$ 1.000</i>
Pensões militares	23.419.529
Montepio civil	181.370
Custas judiciais (exceto do Distrito Federal)	4.592.127
Taxa de classificação de produtos vegetais	6.318.945
Taxa de inspeção sanitária da indústria de produtos de origem animal	2.380.673
Taxa de inspeção, fiscalização de produção e comercialização de sementes e mudas	347.596
Taxa de inspeção e fiscalização de produção e comercialização de fertilizantes e corretivos ind. e biof.	165.572
Taxa de inspeção e fiscalização de bebidas	137.829
Taxa de inspeção e fiscalização de produtos destinados à alimentação animal	73.030
Taxa de fiscalização de produtos de uso veterinário	51.647
Taxa de fiscalização de produtos fitossanitários	40.866
Taxa de fiscalização de produtos controlados pelo Ministério do Exército	530
Taxas de migração	3.181.563
Emolumentos consulares	1.183.928
Emolumentos da Consolidação das Leis do Trabalho	244.084
Taxa para certidão de quitação da CLT	4.946
Emolumentos sobre inscrição e averbação de cédula de crédito industrial	45.462
Emolumentos sobre inscrição e averbação de cédula de crédito de exportação	339
Emolumentos de mineração	722
Taxa de exploração de loterias	2.130.763
Taxa militar	837.054
Taxa de distribuição de prêmios (p/presença fiscal?)	510.697
Taxa de registro e licenciamento de instalações de beneficiamento de algodão plan. tex.	235
<b>SOMA DAS TAXAS</b>	<b>45.849.507</b>

RECEITA LÍQUIDA DE CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA DA UNIÃO  
— ANO DE 1983

Contribuição de melhoria	313
--------------------------	-----

*Fonte:* Balanço Financeiro da União de 1983

*Pesquisador:* HARRY CONRADO SCHULER

**QUADRO N.º 4**

**RECEITA TRIBUTÁRIA EFETIVA DA UNIÃO — ANO DE 1983**

<i>Componentes</i>	<i>Cr\$ 1.000,00</i>
Impostos assim classificados (Quadro n.º 1)	8.481.409.445
Impostos disfarçados (Quadro n.º 2)	2.820.612.826
<b>TOTAL DOS IMPOSTOS</b>	<b>11.302.022.271</b>
Taxas (Quadro n.º 3)	45.849.507
Contribuição de melhoria (Quadro n.º 3)	313
<b>TOTAL DA RECEITA TRIBUTÁRIA CONTABILIZADA</b>	<b>11.347.872.091</b>

**RECONCILIAÇÃO COM O BALANÇO FINANCEIRO DA UNIÃO DE 1983**

Receita tributária assim declarada		8.836.691.236
Mais: Imposto territorial rural cobrado através do INCRA	14.518.090	
Contribuições econômicas	1.348.841.808	
Contribuições sociais	1.051.644.371	
Transferências correntes (para o PIN e o Proterra)	83.056.672	
Receitas correntes diversas de loterias federais	14.920.083	
Receita de serviços da tarifa de utilização de faróis	877.284	2.513.858.308
<b>Menos: Impostos dos Territórios</b>		
ICM	2.493.023	
ITBI	8.121	2.511.143
<b>Taxas do Distrito Federal</b>		
Custas Justiça	117.850	
Emolumentos Justiça	28.489	
Taxa judiciária	16.645	
Taxa Junta Comercial	3.253	
Emolumentos Junta Comercial	33	166.310
<b>TOTAL DA RECEITA TRIBUTÁRIA CONTABILIZADA</b>		<b>11.347.872.091</b>

Obs.: Não computados os tributos omitidos no Balanço da União e do INCRA, como os impostos destinados ao PIS, ao PASEP, às autarquias de fiscalização profissional, aos sindicatos etc.

Pesquisador: HARRY CONRADO SCHULER

**QUADRO N.º 5**

RECEITA DE IMPOSTOS DA UNIÃO, DOS ESTADOS (mais Distrito Federal e Territórios) E DOS MUNICÍPIOS APÓS AS TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS — ANO DE 1983 — EM Cr\$ 1.000,00

Histórico	União	Estados	Municípios	Total
1. ARRECAÇÃO LÍQUIDA (exclui devoluções)	11.302.022.271	5.580.957.314	627.282.826	17.510.262.411
2. TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA UNIÃO AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS (apenas sobre a receita escriturada nas respectivas contas):	(1.793.199.490)	889.340.410	903.859.080	—
Imposto de renda = 23% × Cr\$ 4.044.178.406	(930.161.033)	465.080.516	465.080.517	—
Imp. s/prod. ind. = 23% × Cr\$ 2.299.752.961	(528.943.181)	264.471.591	264.471.590	—
Imp. s/energia elétr. = 60% × Cr\$ 271.172.756	(162.703.654)	81.351.827	81.351.827	—
Imp. s/lubrif. e comb. = 40% × Cr\$ 192.355.491	(76.942.196)	38.471.098	38.471.098	—
Imp. s/minerais = 90% × Cr\$ 88.811.851	(79.930.756)	39.965.378	39.965.378	—
Imp. territorial rural = 100% aos Municípios	(14.518.670)	—	14.518.670	—
3. TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS AOS MUNICÍPIOS (incluindo o Distrito Federal e os Territórios na arrecadação e na partilha, como se também distribuíssem às respectivas cidades, e considerando só a receita escriturada nos títulos)	—	(1.154.877.442)	1.154.877.442	—
Imp. s/circ. mercadorias = 20% × Cr\$ 5.452.004.050	—	(1.090.400.810)	1.090.400.810	—
Imp. s/circ. mercadorias = 20% × Cr\$ 5.452.004.050	—	(64.478.632)	64.478.632	—
4. TOTAL DAS TRANSFERÊNCIAS (2 + 3)	(1.793.199.490)	(265.537.032)	2.058.736.522	—
5. TOTAL DA RECEITA EFETIVA DE IMPOSTOS (1 + 4)	9.508.822.781	5.315.420.282	2.686.019.348	17.510.262.411
6. PARTICIPAÇÃO NA RECEITA EFETIVA DE IMPOSTOS — %	54,30	30,36	15,34	100,00

Fontes: Balanço Financeiro da União de 1983 (Receita Federal)

Secretaria de Economia e Finanças do MF — Volume XXVIII (Receitas dos Estados e Municípios)

Constituição Federal de 1969 e Emendas n.º 5/75, 17/80, 23/83 e 27/85

Código Tributário Nacional — Lei nº 5.172, de 25-10-66, e alterações.

Pesquisador: HARRY CONRADO SCHÜLER

QUADRO N.º 6

TRANSFERÊNCIAS SONEGADAS AOS ESTADOS (inclusive Distrito Federal e Territórios) E AOS MUNICÍPIOS, PELO GOVERNO FEDERAL, NO ANO DE 1983 — EM Cr\$ 1.000,00 ou Cr\$ 1,00

Imposto disfarçado/Destinatários	Estados	Municípios	Total
Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados arrecadado sob a denominação de contribuição para investimento social: 23% x Cr\$ 670.200.537	77.073.062	77.073.062	154.146.124
Imposto de Renda de Pessoas Jurídicas destinado diretamente ao PIN e ao PRO-TERRA sob os títulos de contribuições econômicas (Cr\$ 262.956.844) e transferências da União (Cr\$ 83.056.872): 23% x Cr\$ 346.013.516	39.791.554	39.791.554	79.583.108
Imposto sobre Produtos Industrializados arrecadado sob o título de contribuição sobre consumo de açúcar: 23% x Cr\$ 148.002.664	17.020.306	17.020.306	34.040.612
Imposto sobre Lubrificantes e Combustíveis Líquidos ou Gasosos arrecadado sob as denominações de cotas-partes de preços: 40% x Cr\$ 111.351.140	22.270.228	22.270.228	44.540.456
Imposto sobre Produtos Industrializados arrecadado sob o título de selo especial de controle: 23% x Cr\$ 17.967.702	2.054.786	2.054.786	4.109.572
Imposto sobre Produtos Industrializados arrecadado sob a denominação de contribuição sobre consumo de álcool: 23% x Cr\$ 8.419.828	987.590	987.590	1.935.180
Imposto sobre Propriedade Territorial Rural lançado mas não cobrado, pertencente aos Municípios: 80,34% x Cr\$ 73.827.014	—	59.312.623	59.312.623
<b>TOTAL A PREÇOS DE 1983</b>	<b>159.177.526</b>	<b>218.490.149</b>	<b>377.667.675</b>
Varição da OTN = dez 86 : dez 83 = Cr\$ 119,49 (pro-rata) : Cr\$ 7,01	17.045.649	17.045.649	17.045.649
<b>TOTAL A PREÇOS DE 1986 (Total de 1983 x Variação da OTN)</b>	<b>2.713.284.236</b>	<b>3.724.306.389</b>	<b>6.437.590.625</b>

Obs.: A Irregularidade quantificada neste quadro também foi praticada em anos anteriores e posteriores a 1983.

Fontes: Balanço Financeiro da União de 1983 e DCN, Seção II, de 6-8-85, pp. 1656/66 (JTR).

Pesquisador: HARRY CONRADO SCHULER.

QUADRO N.º 7

IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL NÃO COBRADO  
PELO INCRA (Governo Federal) E, DESSA FORMA, SONEGADO AOS  
MUNICÍPIOS — 1966 A 1983

Ano	Lançado Cr\$ 1.000,00	Crédito não cobrado		Variação da OTN	Crédito Atualizado Cr\$ 1,00 p/déz 86
		%	Cr\$ 1.000,00		
1966	42.266	39,10	16.526	5.266,197	87.029.203
1967	92.909	59,30	55.095	4.278,605	235.454.267
1968	124.867	70,65	86.219	3.418,884	301.608.939
1969	166.292	71,84	119.464	2.894,838	344.634.785
1970	229.234	75,60	173.301	2.411,990	418.000.047
1971	220.426	67,50	146.788	1.966,266	292.585.900
1972	90.815	48,50	44.045	1.706,295	75.110.187
1973	220.133	29,59	65.137	1.511,193	98.435.114
1974	255.932	52,03	133.161	1.133,574	150.948.323
1975	641.269	61,90	396.946	912,625	362.262.396
1976	438.317	49,03	214.907	666,016	142.916.477
1977	558.993	33,56	187.598	511,209	95.901.811
1978	752.269	31,06	233.655	375,236	87.675.674
1979	1.791.854	32,16	576.260	254,934	146.908.329
1980	16.034.115	78,42	11.789.753	169,082	1.993.435.013
1981	42.500.846	82,56	35.089.698	86,456	3.033.628.513
1982	50.438.620	75,19	37.924.798	43,717	1.657.958.410
1983	73.827.014	80,34	59.312.623	17,039	1.010.568.417
<b>TOTAL</b>	<b>187.426.171</b>	<b>78,20</b>	<b>146.568.974</b>	<b>71,878</b>	<b>10.535.031.805</b>

Fonte: Senador Benedito Ferreira (e INCRA)

Discurso publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, de 6-6-85, pp. 1656 a 1666

Pesquisador: HARRY CONRADO SCHULER





QUADRO N.º 8

DISTRIBUIÇÃO DE TRIBUTOS ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS E OS MUNICÍPIOS (U, E ou M)  
NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL E PROPOSTAS PARA A CONSTITUINTE

TRIBUTOS	CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS						PROPOSTAS			
	1891	1934	1937	1946	1967	1969	ARINOS	OAB-RS	PCB	SCHULER
Imposto sobre atos, negócios e instrumentos (das respectivas competências)		UE	UE	UEM						
Impostos outros (não previstos)	UE	UE	E	UE	U	U	UE	E		UEM
Empréstimos compulsórios					U	U	U	U	U	
Contribuição de melhoria				UEM	UEM	UEM	UEM	UEM	UEM	UEM
Contribuição para custeio da Previdência Social				U	U	U	U	U	U	
Imposto para seguro social (das empresas e dos empregadores)										U
Contribuição para custeio de encargos corporativos							U			
Imposto para fiscalização de profissões regulamentadas										U
Contribuição para custeio de outras formas assistenciais							U			U
Imposto para educação (ex-salário educação)					U	U				U
Imposto para melhoramento de portos (ex-taxa)					U	U				
Imposto de faróis (ex-tarifa)					U	U				
Imposto sindical			U	U						
Contribuição sindical					U	U				
Contribuição de interesse de categorias profissionais						U				
Contribuição para assistência profissional								U		
Contribuição para intervenção no domínio econômico						U	U			
Contribuição para eliminação ou controle de atividade poluente							UEM			
Contribuição para custeio de obras ou serviços resultantes do uso do solo urbano							M			
Investimentos compulsórios							U			
Direitos de entrada, saída e estadia de navios (e de aeronaves a partir de 1934)	U	U	U							

QUADRO N.º 2

DISTRIBUIÇÃO DE TRIBUTOS ENTRE A UNIÃO, OS ESTADOS E OS MUNICÍPIOS (U, E ou M)  
NAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL E PROPOSTAS PARA A CONSTITUINTE

TRIBUTOS	CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS						PROPOSTAS			
	1891	1934	1937	1946	1967	1989	ARINOS	OAB-RS	PCB	SCHULER
Taxas de selo (são formas de pagamento do tributo)	U E									
Taxas de correios e telégrafos (são tarifas)	U E	U	U							
Taxas de prestação de serviços públicos		U E M	U E M	U E M	U E M	U E M	U E M	U E M	U E M	U E M
Taxas de poder de polícia					U E M	U E M	U E M	U E M	U E M	U E M
Contribuição para investimento social (Finsocial)						U				
Contribuição para desenvolvimento do ensino marítimo						U				
Contribuição para o ensino aeroviário						U				
Contribuição para o PIS e o PASEP						U				
Contribuição para o Fundo de Saúde						U				
Contribuição industrial rural						U				
Contribuição sobre propriedade rural						U				
Contribuição para o PIN e PROTERRA (é IR-PJ)						U				
Contribuição para o Programa de Ensino de 1.º Grau						U				
Taxa para organização e regulamentação do mercado da borracha						U				
Cotas de contribuição sobre exportação (do café e do cacau)				U		U				
Sobretarifas de telecomunicações (imposto)					U	U				
Contribuição sobre consumo de açúcar (é IPI)						U				
Contribuição sobre consumo de álcool (é IPI)						U				
Contribuição adicional sobre tarifas de passagens aéreas domésticas						U				
Contribuição adic. onal sobre tarifas de transporte aéreo doméstico						U				
Taxa de fiscalização de telecomunicações (imposto)						U				

Pesquisador: HARRY CONRADO SCHÜLER

## QUADRO N.º 9

### SUGESTÃO PARA REDISTRIBUIÇÃO DOS IMPOSTOS

1. **Para a UNIAO** (absorvendo inclusive alguns disfarçados):

Imposto sobre importação

Imposto sobre renda

Imposto sobre produtos industrializados

Imposto sobre crédito, câmbio, seguro e valores mobiliários

Imposto sobre telecomunicações interestaduais e internacionais

Imposto sobre lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos

Imposto sobre energia elétrica

Imposto sobre heranças e legados

Imposto de guerra externa

Imposto para seguro social (sobre empresas e empregadores)

Imposto para educação (ex-salário educação)

Imposto para melhoramento dos portos (ex-taxa)

Imposto de faróis (ex-tarifa)

Imposto para fiscalização de profissões regulamentadas (ex-anuidades cobradas pelas respectivas autarquias federais)

Impostos outros (em concorrência com os Estados e Municípios)

2. **Para os ESTADOS:**

Imposto sobre exportação (revertido às UF, como nos EUA)

Imposto sobre consumo de mercadorias (substituindo o ICM, que é antifederativo e facilmente sonegável)

Imposto sobre patrimônio líquido de empresas

Impostos outros (em concorrência com a União e os Municípios)

3. **Para os MUNICÍPIOS:**

Imposto sobre profissões (restabelecendo-o para os liberais e autônomos, dobrando o ISS)

Imposto sobre serviços empresariais (restringindo o ISS)

Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana

Imposto sobre propriedade territorial rural

Imposto sobre transmissão de propriedade imobiliária "inter vivos" (e também em "causa mortis" se não for discriminado o imposto sobre heranças e legados)

Imposto sobre lucro imobiliário

Imposto sobre propriedade de veículos automotores

Imposto sobre minerais

Imposto sobre receita bruta das microempresas (único)

Imposto sobre locação e arrendamento

Imposto sobre construção civil

Impostos outros (em concorrência com a União e os Estados)

Pesquisador: Harry Conrado Schüller

# A moeda nacional e a Constituinte

LETÁCIO JANSEN  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

### Introdução

PRIMEIRA PARTE — Aspectos Jurídicos da Moeda:  
1.1 — O nominalismo; 1.2 — A unidade monetária; 1.3 — A emissão: 1.3.1 — Disciplina constitucional da emissão; 1.3.2 — A emissão como manifestação da soberania nacional; 1.3.3 — A emissão da moeda e o direito internacional; 1.4 — Validade e eficácia da moeda; 1.5 — Validade das obrigações diante da nova moeda; 1.6 — A moeda como norma jurídica.

SEGUNDA PARTE — Correção Monetária e Plano Cruzado: 2.1 — O valorismo; 2.2 — O Plano Cruzado; 2.3 — A desindexação da economia.

TERCEIRA PARTE — Perspectivas atuais: conclusões.

## INTRODUÇÃO

A situação criada com o movimento empresarial militar de 1964 transformou o Brasil num excelente campo de observação dos fenômenos monetários.

Com o largo emprego, pelo Governo, da ORTN — Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional — nas funções de moeda —, tornou-se necessário distinguir o dinheiro das outras unidades de conta, e dos demais créditos, já que para se entender o que se passava não bastava definir a moeda, como ainda o fazem os economistas, em razão apenas de suas funções.

A ORTN tornou-se a “medida e a reserva de valor”, e a moeda nacional permaneceu como meio manual de pagamento. Nessa função restrita e subalterna, o cruzeiro confundia-se com os títulos de crédito dos quais era necessário diferenciá-lo teoricamente.

O caos financeiro, que o Plano Cruzado acabou agravando, implantou-se no País de modo tão profundo, que as pessoas passaram a lutar

não por sua moeda nacional, mas por índices, situação de perplexidade que exigiu, como exige, uma resposta jurídica às questões monetárias.

## PRIMEIRA PARTE — ASPECTOS JURÍDICOS DA MOEDA

### 1.1 — O nominalismo

“A civilização do século XIX se firmava em quatro instituições. A primeira era o sistema de equilíbrio de poder que, durante um século, impediu a ocorrência de qualquer guerra prolongada e devastadora entre as grandes potências. A segunda era o padrão internacional do ouro que simbolizava uma organização única na economia mundial. A terceira era o mercado auto-regulável, que produziu um bem-estar material sem precedentes. A quarta era o Estado liberal.” (KARL POLANYI — *A Grande Transformação*)

Aos dois princípios jurídico-econômicos do elenco acima — o padrão-ouro e o mercado auto-regulável — acrescentamos um terceiro: o **princípio nominalista**.

Foi o nominalismo que, aliado ao padrão-ouro nas relações financeiras internacionais, propiciou ao século XIX uma estabilidade, até então nunca vista, da ordem econômica interna, protegendo o mercado das alterações monetárias tão freqüentemente condenadas pela burguesia nos séculos anteriores. Enquanto preconizava um rígido nominalismo no plano das relações jurídico-econômicas internas, a burguesia esmerava-se em preservar o ouro, no plano externo, como padrão internacional. Para compatibilizar esses dois princípios os governos mantinham parcialmente em circulação (ou guardavam em depósito como lastro) os metais preciosos.

O princípio nominalista estatui que, no momento do pagamento, deve ser respeitada a relação entre o montante nominal da moeda e o montante nominal que figura no ato jurídico, tal como estabelecida essa relação no momento da constituição do referido ato jurídico.

A **ratio** da manutenção da correspondência inicial entre essas somas numéricas é manifesta: como a emissão de moedas é da competência do Governo — (e não das pessoas) e a sua apropriação depende da atividade dessas mesmas pessoas —, o devedor deve assegurar-se, no momento da constituição da obrigação, da quantidade de moedas, ou de unidades monetárias de que vai necessitar para se liberar da obrigação, e da responsabilidade, no momento da sua solução. Se ele não tiver segurança jurídica quanto a esse número, corre o risco de não dispor, no momento da liquidação do débito, de dinheiro suficiente para pagá-lo, perdendo a condição de exercer o seu poder jurídico liberatório, sujeitando-se, com isso, às sanções usualmente violentas da ordem jurídica.

A grande importância teórica do nominalismo consiste em que foi ele que possibilitou desvendar-se a distinção entre o **conteúdo** da moeda e o seu **fundamento**. Com ele aprendemos que o fundamento da moeda não decorre do seu conteúdo, mas da autoridade política do governo que a emite.

Antes do nominalismo monetário vigia, no plano interno dos Estados, o princípio do valor intrínseco segundo o qual o fundamento da moeda ("vale") equivalia ao conteúdo ("pesa"). A moeda valia quanto pesava: não se diferenciavam, ainda, nitidamente, a unidade de peso do que viria a ser chamado mais tarde unidade monetária.

Com o nominalismo, modificou-se, por completo, tal concepção da ordem monetária, a qual passou a ser encarada como um sistema dinâmico, em que a aplicação da moeda era, ao mesmo tempo, a sua criação.

Assim, quando as pessoas (sejam as partes, num negócio jurídico; o Juiz numa sentença condenatória pecuniária; o agente do fisco, num lançamento tributário; ou a empresa, numa demonstração financeira, aprovada pelos órgãos societários) fixam uma quantia, estão aplicando a unidade monetária (que é o fundamento do preço, do **quantum** da condenação, do montante do lançamento ou do balanço) e, ao mesmo tempo, estão criando um novo conteúdo, que é a soma que passa a caracterizar monetariamente aquele ato jurídico.

A relevância prática do emprego dessa teoria logo se tornou perceptível: a quantidade física dos metais existentes num determinado momento limitava o desenvolvimento das atividades econômicas, sendo a ordem monetária, sob o metalismo, um sistema estático; com o nominalismo esses limites foram superados, primeiro através da moeda fiduciária (vinculada a um certo lastro), depois com o curso forçado da moeda-papel e, finalmente, com a generalização do uso do papel-moeda.

## 1.2 — A unidade monetária

O desenvolvimento do capitalismo, propiciado em grande parte pelo nominalismo, e o emprego cada vez mais amplo da moeda fiduciária, do papel-moeda, dos títulos de crédito e das obrigações pecuniárias exigiram o aprimoramento do conceito de unidade monetária.

A unidade monetária não se destina, como é óbvio, a possibilitar a contagem das peças monetárias. Para apurar a quantidade física de tais peças não é necessário utilizar a noção de unidade monetária: basta uma contagem mecânica.

O que a unidade monetária permite é o **cálculo** do crédito em termos monetários, e, por isso, muitos autores designam-na de unidade de conta.

Quando se pensa na unidade monetária como unidade de conta, porém, é freqüente confundirem-se os conceitos de fundamento e de conteúdo da moeda, que o nominalismo separou. Da mesma forma como a unidade de peso serviria para apurar a massa do metal, a unidade de conta possibilitaria medir o conteúdo da moeda, já agora em termos de poder aquisitivo. Na verdade, porém, a unidade de conta capaz de medir o poder aquisitivo da moeda (e dos créditos em geral) não é a unidade monetária, mas uma outra unidade, não monetária, que mede a variação dos índices de preços (tipo IPC, INPC, UPC, ORTN, OTN etc.). Voltaremos a essa questão mais adiante.

A noção de unidade monetária foi formulada pela primeira vez por HARTMANN, em 1888, numa observação incidental, sob a designação de **unidade de metal** ("metaleninheit"). Mais tarde, foi retomada por KNAPP, em 1905, com a denominação de **unidade de valor** ("werteinheit").

Em 1924, em seu **Das Geld**, NUSSBAUM desenvolveu a noção de unidade monetária, que ele chamou de **unidade ideal**.

Importa acentuar, do ponto de vista jurídico, a **relação** que a unidade monetária permite que se estabeleça entre a moeda e o montante do crédito e do débito; ou, mais exatamente, entre o Estado, a pessoa do credor e a pessoa do devedor. A moeda **preside** a relação jurídica entre o devedor e o credor, na medida em que ela assegura uma **unidade** a tal relação.

A circunstância de a moeda ser **emitida** — e não apenas pressuposta —, como as demais unidades, possibilita a sua apropriação concreta pelas pessoas. Esse dado, aliado ao fato de que a unidade monetária não corresponde a qualquer padrão físico real, tem tornado difícil, ao longo do tempo, a compreensão do seu significado, do que continuaremos a tratar a seguir, a partir do estudo de um fenômeno que lhe é peculiar: a emissão.

### 1.3 — A emissão

Emitir moeda, significa, em primeiro lugar, editar — ou decretar — a moeda nacional: no caso do Brasil, editar cruzados.

Além de criar a moeda, uma certa quantidade limitada de moedas (que se denomina "meio circulante"), a emissão consiste em colocar nas mãos das pessoas — distribuindo-as com mais ou menos justiça — as cártulas que legitimam quem as detém a exercer um poder jurídico de extrema importância, chamado **poder liberatório**.

O poder liberatório se exerce através do **processo** mais simples que a imaginação humana pôde conceber: a mera transferência do dinheiro de mãos. Se encararmos o exercício desse poder do ponto

de vista do direito processual, podemos dizer que a relação angular assume, com a aplicação da moeda, uma nova configuração: ao invés de o autor (em geral o credor, segundo o direito material) exercer o seu direito público subjetivo de ação contra o Estado, para que este, aplicando a norma, condene o réu (em geral o devedor do direito material) a uma prestação; o Estado já coloca, previamente, em mãos do autor (agora, em geral, o devedor) a moeda, para que este, pela simples transferência dela de mãos, exerça o seu direito público subjetivo de liberar-se da obrigação.

Esse poder jurídico — que libera o devedor da sanção (e que não deixa de ser, ele também, uma sanção) — não se pode exercer em todas as circunstâncias, senão naquelas em que a ordem jurídica prevê sanções de caráter patrimonial (e não penas contra a vida, a liberdade, ou os direitos políticos).

O significado do poder liberatório torna-se mais compreensível se o pensarmos em conjunto com o conceito de obrigação. A obrigação, nos tempos primitivos, vinculava o corpo do obrigado. Essa ligação da pessoa do devedor ao credor atuava, num primeiro momento, como uma garantia do resultado pretendido: o corpo e a conduta do obrigado, embora ele não fosse um escravo, estavam à disposição do titular ativo da obrigação, para o fim previsto no ato jurídico. Era o débito (cujo reflexo constitui o crédito, visto este, pela doutrina tradicional, como um direito subjetivo).

Caso o obrigado não cumprisse o estipulado, configurava-se a sua responsabilidade, que o tornava passível de uma sanção contra a sua vida ou a sua liberdade. Caracterizada a responsabilidade do devedor, o credor tinha, contra ele, uma ação da qual resultava a aplicação de uma sanção. Tal ação é hoje claramente conceituada como um poder jurídico autônomo da parte, que se exerce perante o Estado.

Ao poder jurídico que a ordem jurídica conferia ao credor de agir sobre a pessoa do devedor correspondia o poder jurídico, em sentido contrário, que a ordem jurídica atribuía ao devedor de exibir e transferir de mãos a moeda e, com isso, eximir-se da responsabilidade, e liberar-se da obrigação. A transferência de mãos da moeda — esse simples gesto —, desde os tempos de Roma, já consistia, como ocorre ainda atualmente, no exercício, pelo devedor, de um poder jurídico: na síntese de uma ação, de uma execução e de uma sanção.

### 1.3 — A disciplina constitucional da emissão

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, dispõe:

“Art. 8º — Compete à União:

.....  
IX — emitir moeda.”

Em termos semelhantes, estatua a Constituição de 24 de janeiro de 1967:

**“Art. 8º — Compete à União:**

**VIII — emitir moeda.”**

A Constituição de 18 de setembro de 1946, por sua vez, rezava:

**“Art. 5º — Compete à União:**

**VIII — cunhar e emitir moeda e instituir bancos de emissão.”**

A matéria vinha disciplinada na Constituição de 10 de novembro de 1937 da seguinte forma:

**“Art. 16 — Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:**

**VI — as finanças federais, as questões de moeda, de crédito, de bolsa e de banco;**

**IX — os pesos e medidas, os modelos, o título e a garantia dos metais preciosos.”**

Quanto à Constituição de 16 de julho de 1934, ela dispunha:

**“Art. 5º — Compete privativamente à União:**

**XII — fixar o sistema monetário, cunhar e emitir moeda, instituir banco de emissão.”**

Por sua vez, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, assim preceituava:

**“Art. 7º —**

**§ 1º — Também compete privativamente à União:**

**1º) A instituição de bancos emissores.”**

**“Art. 34 — Compete privativamente ao Congresso Nacional:**

7º) determinar o peso, o valor, a inscrição, o tipo e a denominação das moedas;

8º) criar bancos de emissão, legislar sobre ela e tribu-tá-la.”

“**Art. 66** — É defeso aos Estados:

.....  
2º) rejeitar a moeda ou a emissão bancária em circula-ção por ato do Governo Federal.”

Por último, a questão era regida, nos termos seguintes, pela Constituição de 25 de março de 1824:

“**Art. 15** — É da atribuição da Assembléia Geral:

.....  
17 — determinar o peso, valor, inscrição, tipo e deno-minação das moedas assim como o padrão dos pesos e me-didas.”

O Projeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais prevê a emissão nos seguintes termos:

“**Art. 72** — Compete à União Federal:

.....  
X — emitir moeda.”

A emissão é regulada a nível constitucional dentre outras pelas seguintes Cartas:

“**Constituição Americana**

Artigo 1º

Seção 8ª

Compete ao Congresso .....

Cunhar moeda, regular o valor deste e da moeda estran-geira e fixar o padrão dos pesos e medidas;”

“**Constituição Espanhola, de 27-12-78**

Artigo 149

1. O Estado tem competência exclusiva sobre as seguin-tes matérias:

.....  
11ª — Sistema monetário: divisas, câmbio e conversibi-lidade; bases da ordenação do crédito, banco e seguros.”

“**Constituição da URSS, de 7-10-1972**

**Art. 73** — Compete à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, através dos seus órgãos superiores do poder e da administração do Estado:

6 — elaborar e aprovar o orçamento do Estado unificado da URSS e aprovar o balanço da sua execução; dirigir o sistema unificado da moeda e de crédito; estabelecer os impostos e receitas que integram o orçamento de Estado da URSS; definir a política de preços e de remuneração do trabalho.”

“**Constituição da França**, de 4-10-58

**Art. 34** — A lei é votada pelo Parlamento.

A lei estabelece os regulamentos referentes:

.....

— à base, à taxa e às modalidades de arrecadação de impostos de todo tipo; ao sistema de emissão da moeda.”

“**Constituição da República de Cuba**, de 24-2-1976

**Art. 73** — São atribuições da Assembléia Nacional do Poder Popular:

.....

g) deliberar sobre o sistema monetário e creditício.”

“**Constituição da República Portuguesa**, segundo texto da Lei Constitucional nº 1/82, de 30-9-82

**Art. 105**

2. O Banco de Portugal, como banco central, tem o direito exclusivo da emissão da moeda e, de acordo com o plano e as diretrizes do Governo, colabora na execução das políticas monetária e financeira.”

### 1.3.2 — **A emissão da moeda como manifestação da soberania nacional**

A moeda, a que se referem as normas constitucionais, é a **moeda nacional**, por oposição à moeda estrangeira. Um dos atributos da soberania nacional é a emissão da moeda. Cada Estado soberano emite uma moeda, uma **unidade monetária**, distinta da unidade monetária dos outros Estados soberanos, como é o caso do cruzado, entre nós, do dólar, nos Estados Unidos da América, do rublo na União Soviética, do austral na Argentina, e assim sucessivamente.

Um Estado soberano não pode criar a moeda de outro Estado soberano: assim, os Estados Unidos não podem produzir cruzados, como o Brasil não pode instituir dólares. E as pessoas sujeitas ao domínio de validade de cada moeda nacional não podem recusar recebê-la, pelo montante nominal nela impresso.

Cogitando-se de uma unidade monetária — e não de uma pluralidade monetária —, a cada um dos Estados nacionais não cabe emitir senão uma moeda.

### 1.3.3 — A emissão da moeda e o direito internacional

Competindo à Lei, por força da Constituição, disciplinar a moeda, esta é chamada também, por isso, de **moeda legal**. Não se confundem, porém, os conceitos de **moeda nacional** e **moeda legal**. Na moeda legal, obedecidas as normas do direito internacional, pode incluir-se a moeda estrangeira.

Como vimos, cada Estado tem a sua moeda. Porém, do mesmo modo que a Lei nacional pode ter vigência em outro País — segundo as regras do direito internacional privado —, a moeda de um Estado pode valer em outro Estado. Ao transpor as fronteiras do Estado que emitiu, a moeda sofre, juridicamente, significativa transformação. Ela que, no plano interno, é todo-poderosa, fora do domínio territorial de vigência da ordem jurídica respectiva, despe-se de tais características, e passa a subordinar-se à soberania de outro Estado.

Até a edição do Decreto nº 23.501, de 1933, que decretou o curso forçado do mil-réis papel, o § 1º do art. 974 do Código Civil permitia que o pagamento em dinheiro fosse feito em espécies de moeda estrangeira. Hoje, em certos negócios jurídicos também podem ter curso legal no País moedas estrangeiras, que, nesses negócios jurídicos, embora não sendo moeda nacional, são moeda legal. A moeda legal, em qualquer caso, deverá estar sempre subordinada à moeda nacional, à unidade monetária nacional, ao cruzado.

Cumpra salientar, ainda, que não existe uma moeda mundial. Assim como não há um Estado internacional, não se pode falar numa moeda universal. As Constituições e as moedas são fenômenos nacionais, que pressupõem uma ordem jurídica centralizada, em que o monopólio da coerção esteja nas mãos de um Governo, que não existe internacionalmente.

### 1.4 — Validade e eficácia da moeda

Referência à validade da moeda não é novidade. Admite-se, correntemente, que a validade da moeda depende de sua conformidade com as normas constitucionais e legais que disciplinam a sua emissão e circulação. Uma moeda falsa não é válida. Uma cédula desmonetizada perde a sua validade. Uma moeda estrangeira pode não ter vigência no País considerado. Uma moeda revogada não tem mais validade, etc.

A doutrina nominalista atribui muita importância à validade da moeda. São de KNAPP, na sua **Teoria Estatal da Moeda**, escrita em 1905, as seguintes afirmações:

“A moeda é uma criação do direito, e pode subsistir, inclusive, sem metais monetários, e a razão fundamental é

que a unidade monetária se define não tecnicamente, mas juridicamente.

A questão do valor da moeda é secundária: uma só questão importa, e é sua validade (*Geltung*, por oposição à *Wert*), quer dizer, o poder liberatório que lhe dá o Estado, ou seja, aquilo a que a moeda dá direito em virtude de lei."

Além de se cogitar da validade da moeda, há que se tratar, também, de sua eficácia, o que o nominalismo, todavia, não fez. Destinando-se a uma aplicação real, na sociedade, a moeda pode ter mais, ou menos, eficácia. Tal variação da eficácia da moeda se manifesta, desde logo, aliás, claramente, pela exigência de maior ou menor quantidade de cédulas para o exercício do poder liberatório.

A eficácia da moeda pode ser razoavelmente aferida através da técnica dos números índices. Sabe-se que quanto maior a inflação (apurada segundo a variação dos níveis de preço) menor a eficácia da moeda nacional.

Embora com a inflação a moeda nacional veja reduzida sua eficácia, mantém ela imutável a sua validade, salvo no caso de perda total da eficácia (nas hiperinflações, por exemplo), quando os governos acabam compelidos a revogar a moeda anterior, substituindo-a por uma nova unidade monetária, o que aconteceu com o Plano Cruzado de fevereiro de 1986.

O limite da eficácia da moeda nacional é atingido, assim, quando ela perde, por inteiro, o seu poder liberatório; e os créditos nela expressos vêm reduzido a nada o seu poder aquisitivo.

Enquanto o Estado não proclama a vigência de nova unidade monetária, os créditos costumam ser expressos em moeda estrangeira, ou em unidades de conta que, embora veladamente, vão encontrar seu fundamento na moeda estrangeira (como aconteceu nitidamente no caso do Brasil nas vésperas do Plano Cruzado, com a ORTN).

### 1.5 — A validade das obrigações diante da nova moeda

Quando ocorre, como entre nós ocorreu, uma reforma monetária, o meio circulante é substituído (isto é, a moeda é substituída), mas as obrigações monetárias anteriores e os seus efeitos subsistem até que sejam liquidados pela nova moeda. Ou seja, a revogação da moeda não extingue as obrigações nem os seus efeitos. A nova moeda (pelo princípio do "rekurrenter Anschluss") busca seu fundamento na antiga unidade monetária. E as antigas obrigações, que tinham como fundamento a antiga moeda, continuam mantendo a sua designação na moeda revogada, até que desapareçam liquidadas pela nova moeda. Como o fundamento tanto dessas antigas obrigações como da moeda nova historicamente é o mesmo — a antiga moeda — a nova moeda (ou, o que dá no mesmo, os novos meios de pagamento) serve para liquidar as antigas obrigações, respeitadas a norma de conversão.

Assim, no caso brasileiro, quando o mil-réis foi transformado em cruzeiro, as obrigações anteriores a 1º de novembro de 1942, expressas em mil-réis, passaram a ser líquidáveis em igual montante de meios de pagamentos expressos em cruzeiros: um débito de 100 mil réis passou a ser pagável em 100 cruzeiros.

Quando o cruzeiro, por sua vez, transformou-se em cruzeiro novo, os débitos anteriores a 13 de fevereiro de 1967 passaram a ser liquidados por uma quantia mil vezes menor do que a que seria antes necessária para pagar a mesma obrigação: um crédito de 100 mil cruzeiros passou a ser líquidável por 100 cruzeiros novos.

Com a substituição do novo cruzeiro pelo cruzado, todos os créditos em cruzeiro, a partir de 28 de fevereiro de 1986, passaram a ser pagáveis por importância mil vezes inferior a que seria exigível para saldá-los até então: um débito de 100 mil cruzeiros quita-se, hoje, por 100 cruzados.

Ao mesmo tempo em que os débitos antigos, depois da reforma monetária, passam a ser pagáveis na nova unidade, em quantia definida pela lei, os créditos novos começam a ser expressos na nova moeda.

#### 1.6 — A moeda como norma jurídica

O leitor há de ter notado que, embora estejamos tratando da moeda, procuramos não utilizar, até agora, no texto, a palavra "valor". É que essa palavra é empregada, indistintamente, para significar tanto a validade como a eficácia da moeda. Por ela, outrossim, se designa tanto o fundamento como o conteúdo da moeda. Diz-se que a moeda é um valor, e **tem** um valor; e, nesse último caso, maior ou menor valor.

A noção de valor nominal é definida negativamente, como se tratando de um valor não real. Haveria, pois, segundo a muitos parece, um valor real, que é pensado usualmente como o conteúdo do valor nominal. E quando se admite que há um valor real, surge logo a tendência de se ver nesse conteúdo o verdadeiro fundamento do valor nominal.

A nosso ver, o nominalismo, que resolveu bem a questão do fundamento da moeda, não elucidou, adequadamente, o problema do conteúdo da moeda, embora tenha apontado a diferença entre ambos.

A questão do conteúdo da moeda foi estudada pelos economistas clássicos (especialmente ADAM SMITH e RICARDO), e também por MARX, que concluíram ser o trabalho humano o conteúdo da moeda. Também para nós o conteúdo da moeda é o trabalho, ou, como preferimos dizer, uma **conduta humana**.

O valor nominal destina-se a permitir a interpretação das condutas humanas reais, vinculadas a uma unidade monetária.

Tanto podemos descrever os fatos da realidade, como uma conduta humana, através de signos verbais, ou numéricos, ou simultaneamente, através de números e de palavras.

As somas monetárias, portanto, como as normas jurídicas, referem-se a condutas humanas. E como as normas jurídicas, esses montantes — que são valores nominais vinculados a uma unidade — constituem uma ordem normativa, hierarquizada, cuja função, como a da ordem jurídica, é de estimular condutas humanas consideradas socialmente úteis, e desestimular outras tidas como socialmente inúteis.

A exposição precedente nos leva a concluir, pois, que as moedas, enquanto valores nominais, são normas jurídicas, cujos conteúdos são condutas humanas, e cujo fundamento são a Constituição e as leis (também normas jurídicas).

## SEGUNDA PARTE — CORREÇÃO MONETARIA E PLANO CRUZADO

### 2.1 — O valorismo

A partir de 1964, a começar pelo Brasil, os países da América Latina, pressionados pelo poderio econômico norte-americano, passaram a utilizar-se, largamente, das doutrinas valoristas que vicejaram, em anos anteriores, na Europa e nos Estados Unidos, e às quais nos referiremos brevemente adiante.

Nas duas primeiras décadas do século XX, com a crise do padrão ouro, e do nominalismo, assumiram peculiar importância as chamadas **cláusulas de valor** ditas monetárias (tais como as cláusulas ouro, valor ouro, moeda estrangeira, valor moeda estrangeira) com as quais os credores pretenderam se precaver, especialmente nos contratos de longo prazo, contra o risco de depreciação das suas moedas nacionais, transferindo-o para os devedores. Na década de 30, no auge dos nacionalismos monetários, essas cláusulas foram tornadas legislativamente nulas em quase todos os países (dentre os quais os Estados Unidos e o Brasil e em toda Europa, à exceção da Inglaterra e Suíça).

Na Alemanha, além de os Tribunais acatarem a validade das cláusulas ouro, de caráter negocial, admitiram promover, mesmo sem essas cláusulas, valorizações judiciais de créditos, para compensar os efeitos nocivos, para os credores, da inflação crescente que se seguiu à guerra perdida. Além das valorizações contratuais, inaugurou o REICHSGERICHT a moda das valorizações judiciárias, que ficaram célebres pela sua designação original de **Aufwertung**, meticolosamente estudadas, nas famosas obras de NUSSBAUM, **Teoria do Dinheiro (Das Geld)** e **Derecho Monetario (Money in the Law)**.

A “correção monetária” alemã, como a brasileira, ao invés de permitir, como ingenuamente se esperava, uma convivência com a inflação, agravou-a, e a tal ponto que o sistema monetário do País sofreu estrondoso abalo, que repercutiu sobre os mercados financeiros

dos demais países, desembocando, afinal, como se sabe, no **crack** americano de 1929.

Na década de 1930 houve uma reação contra as valorizações contratuais, liderada pela Joint Resolution dos Estados Unidos, aqui seguida pelo Decreto nº 23.501, de 1933, que aboliu a cláusula ouro. Durante cerca de 20 anos perdurou esse nacionalismo monetário que, porém, foi minado de novo pelos valorismos, já não mais agora das cláusulas de valor ditas monetárias (ouro, valor ouro, moeda estrangeira, valor moeda estrangeira), mas das assim chamadas cláusulas econômicas, que tinham como referência o poder aquisitivo interno da moeda.

Começaram a florescer, na Europa Continental (especialmente na França e na Bélgica), as cláusulas escalares de número — índice. Na Itália, além dessas, uma forma de valorização judicial baseada na doutrina das Dívidas de Valor de ASCARELLI.

Tais doutrinas, das cláusulas de valor econômicas e das dívidas de valor, são a inspiração próxima da nossa “doutrina da correção monetária”, a qual, estimulada pelos próceres de 1964, logo tornou-se uma política de governo. Além das valorizações contratuais e judiciais, começou-se em 1964 no Brasil a era das valorizações “governamentais”, instaurando-se, ao fim de duas décadas, uma situação de indexação generalizada, jamais anteriormente vista na história.

Para acabar com o valorismo brasileiro, o Governo baixou o Plano Cruzado.

## 2.2. — O Plano Cruzado

Na ocasião em que editou o Plano Cruzado, o Governo defrontava-se com as seguintes alternativas: ou transformar, desde a origem, a ORTN em moeda; ou invalidar, desde a origem, a correção monetária.

A transformação da ORTN em moeda dependia da conversão de todas as obrigações em cruzeiro (inclusive salários) em ORTN, da estabilização da ORTN, e da criação de um meio circulante em ORTN.

Para a efetivação dessa conversão confrontar-se-ia o Governo com graves empecilhos político-econômicos, especialmente porque a conversão de todos os créditos (inclusive salários) em ORTN teria que ser feita desde a origem (isto é, remontar a julho de 1964, quando começaram algumas obrigações a se expressar nessa “unidade de conta”) e ser trazida, sucessivamente, até o momento da reforma monetária.

A outra alternativa seria a abolição da cláusula da correção monetária, à semelhança do que ocorrera, em 1933, com a decretação da nulidade da cláusula ouro, pelo Decreto nº 23.501. Com a supressão

da correção monetária, todas as obrigações, anteriormente vinculadas à ORTN, passariam a ser pagáveis pelo custo histórico em cruzeiro.

Diante dessas duas opções, o Governo procurou um caminho intermediário, de conciliação política:

a) transformou, normalmente, o cruzeiro em cruzado, estabelecendo uma relação de 1.000 por 1 entre ambos;

b) deflacionou algumas obrigações com correção monetária, ao longo de um ano, segundo uma tabela fixa;

c) determinou a atualização, até fevereiro de 1986, das obrigações com cláusula de correção monetária, prevendo sua conversão, **em seguida**, em cruzados;

d) promoveu a atualização de outras obrigações (aluguéis, salários, prestações de compra de alguns imóveis etc.) segundo a média dos seus poderes aquisitivos ("valores reais") num determinado período anterior;

e) deu à ORTN a designação de OTN, congelando o preço desta por um ano, na cotação de Cz\$ 106,40 (cento e seis cruzados e quarenta centavos), abrindo exceções para alguns reajustes, especialmente pelos índices IPC e MVR, em casos específicos.

Através dessas medidas, aliadas à intervenção declarada no domínio econômico, pelo congelamento de preços e salários, o Governo procurou atingir o seguinte e principal resultado prático: **converter a ORTN** (como se fosse moeda) em cruzado (estabilizando este na cotação daquela de fevereiro de 1986).

Quanto à conversão normal do cruzeiro em cruzado não há muito o que comentar. Disciplinam-na os artigos 1º e 2º e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, cuja redação é idêntica à do Decreto-Lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986. Esses dispositivos são muito semelhantes aos correspondentes dos anteriores Decreto-Lei nº 4.791, de 5 de outubro de 1942, que converteu o mil-réis em cruzeiro, e Decreto-Lei nº 1, de 13 de novembro de 1965, que transformou o cruzeiro em cruzeiro novo. Nesse ponto, o Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, resulta de uma simples adaptação das disposições dos decretos-leis que o precederam, impondo, anteriormente, modificações à moeda nacional.

Já no tocante à conversão das obrigações, o "pacote" seguiu critérios insólitos, divorciando-se das experiências precedentes. Nota-se, com efeito, que as normas da reforma relativas a conversão de obrigações, longe de constituírem simples consequência, para o futuro, da transformação do cruzeiro em cruzado, configuram elas também uma forma (embora disfarçada) de intervenção do Estado no domínio econômico, praticada para tentar resolver situações criadas no passado, pela generalização da correção monetária às obrigações.

O normal, numa reforma monetária, é que a lei cuide apenas do futuro das obrigações, dizendo, de modo sintético, que elas, a partir das reformas, deverão se expressar na nova moeda, tal como o fez, por exemplo, o Decreto-Lei nº 4.791, de 5 de outubro de 1942, que liquidou a questão num único artigo, dispondo:

“**Art. 11** — A partir de 1º de novembro de 1942, todos os atos e fatos relativos a dinheiro farão referência à nova moeda.”

Diferentemente desse anterior decreto-lei, o Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, tratou da conversão das obrigações em 19 dispositivos, distribuindo-os, assistematicamente, por seus diversos títulos.

Com essa multiplicidade de regras, o Governo visou contornar o dilema com que se defrontava, pretendendo superá-lo sem resolvê-lo, escamoteando a questão prévia que lhe competia solucionar.

A nosso ver, contudo, a quantidade de regras de conversão baixadas não impediu que, com a transformação do cruzeiro em cruzado e querendo ou não o Governo, tenha ocorrido a revogação das “unidades de conta” anteriores em cruzeiro.

Com efeito, se se pudessem interpretar as “unidades de conta” anteriores em Cr\$ (ORTN, UPC, MVR, UFERJ, UNIF etc.) como obrigações, essas “obrigações” poderiam subsistir, produzindo as conseqüências, até que viessem a ser extintas pela nova moeda.

Quais eram, porém, os **efeitos** dessas “unidades de conta”? Diferentemente das obrigações monetárias, em senso estrito, as “unidades de conta” do tipo ORTN, como é notório, tinham o único efeito de **corrigir** outras obrigações; de agir, em relação a essas obrigações, como “se fossem moeda”.

Ora, se depois da reforma monetária fosse admitida a permanência dessas “unidades de conta” expressas na moeda antiga, ocorreria que a moeda antiga continuaria a produzir efeitos diretamente sobre novas obrigações, aquelas que fossem corrigidas pelas antigas “unidades de conta”, o que importaria em tornar ineficaz a revogação da antiga moeda.

Não se pode, então, interpretar “unidades de conta” como obrigações monetárias, sobreviventes como as demais ao choque da reforma.

Nem se diga que a correção monetária seria efeito dos contratos e que, portanto, nessas condições em decorrência da regra da “força obrigatória”, resistiria à revogação da moeda.

Quando da decretação da nulidade da cláusula ouro, discutiu-se muito sobre a possibilidade jurídica de a nova lei sobrepujar-se aos contratos em curso e aplicar-se a eles desde logo para impor a nova unidade, tendo a doutrina e jurisprudência respondido afirmativamente a essa questão.

Pouco importa que a abolição da cláusula da correção monetária, desta feita, diferentemente do que ocorreu com a extinção da cláusula ouro, tenha se dado em surdina. Essa extinção, como vimos, era pressuposto lógico e jurídico inarredável da conversão do cruzeiro em cruzado e sua consequência necessária.

### 2.3 — A desindexação da economia

Embora tenha, na verdade, revogado todas as unidades de conta até então expressas em cruzeiros, o "Plano Cruzado 1" foi interpretado como tendo, apenas, "congelado" o preço da ORTN (como os demais preços) pelo período de um ano. Para a maioria das pessoas tudo se passou como se o "R" da ORTN tivesse entrado em hibernação para reaparecer, no calor da eventual inflação, reinserindo-se, então, entre o "O" e o "T" da OTN, para reajustar o seu montante, na proporção da perda do poder aquisitivo dos créditos em geral.

Não se configurou a previsão de inflação zero, que estava nas cogitações dos autores do Plano. Tentando impedir que o iminente descongelamento dos preços, e seu consequente aumento, por força dessa interpretação corrente, viesse a repercutir sobre o quantum dos atos e das obrigações, o Plano Cruzado 2 decretou, para valer a partir de março de 1987, a chamada desindexação da economia, desvinculando as valorizações dos créditos de um índice geral, oficialmente reconhecido.

O parágrafo único do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, dizia que, em 1º de março de 1987, proceder-se-ia ao "reajuste, para maior ou para menor, do valor da OTN em percentual igual à variação do IPC no período correspondente aos doze meses imediatamente anteriores". O Decreto-Lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986, em seu art. 1º, deu nova redação ao art. 6º, e seu parágrafo único, do Decreto-Lei nº 2.284 para determinar que, a partir de março de 1987, **"o critério de reajuste da OTN será fixado pelo Conselho Monetário Nacional"**.

No rompimento do vínculo que subordinava o reajuste da OTN à variação do IPC está a essência da denominada desindexação da economia, a que alude a ementa do Decreto-Lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986.

O critério da indexação da OTN não consistiria, mais, no respeito à variação do IPC; ele passou a ser **discricionário**, e, não mais vinculado, cabendo ao Conselho Monetário Nacional estabelecê-lo, sem qualquer condicionamento legal, podendo, inclusive, deixar de conceder o reajuste.

Na medida em que deixa de haver um indexador oficial da economia, a indexação perde, outrossim, a natureza **compulsória** que também a identificava, desfazendo-se o sistema de "esquizofrenia financeira" da velha República, o qual exigia a manutenção de verdadeiras opera-

ções internas de câmbio, que se processavam no âmbito do **open market brasileiro**, onde, através do artifício do emprego da ORTN como medida de valor, procedia-se à conversão dos meios de pagamento de um dia, numa quantidade maior de meios de pagamento desvalorizados do dia seguinte.

É verdade que até 27 de fevereiro de 1987, por força da nova redação que o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.290, de 1986, deu ao parágrafo único do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.281, de 1986, ainda houve um fator oficial de reajuste: "o rendimento das letras do Banco Central do Brasil entre 1º de dezembro de 1986 e 1º de março de 1987". Esse rendimento, porém, não é ligado a um índice geral de preços; não se podendo considerá-lo um indexador, no sentido entre nós atribuído a essa palavra.

A ruptura entre o IPC e a OTN manifesta-se, ainda, na nova disciplina do reajustamento dos contratos (com a revogação expressa do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, pelo art. 8º do Decreto-Lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986) e no divórcio das Cadernetas de Poupança e dos Fundos de Garantia do Tempo de Serviço e do PIS/PASEP da variação do IPC (conforme nova redação dada ao art. 12 do Decreto-Lei nº 2.284, pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 2.290).

A partir de março de 1987 a única remanescente da indexação da economia — considerada a indexação, como vimos demonstrando, a vinculação a um índice geral compulsório de caráter oficial que espelhe a perda do poder aquisitivo das obrigações decorrentes da elevação dos níveis de preços apurado em determinado período segundo critérios estatísticos — seria a cláusula da escala móvel dos salários, que mereceu regulamentação autônoma por parte do Decreto-Lei nº 2.302, de 21 de novembro de 1986.

Mas se, por um lado, o Plano Cruzado 2 promoveu o desligamento da sorte da OTN do IPC, e desindexou, nesses termos, a economia, autorizou ele, no art. 2º do Decreto-Lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986, a livre pactuação da revisão nos negócios jurídicos, referida a índices setoriais de preços ou custos, que não incluam variação cambial.

A referência a valorizações contratuais baseadas em índices setoriais que já constava no art. 5º do Decreto-Lei nº 2.284, de 1986, com a nova redação do art. 18 do Decreto-Lei nº 2.288, de julho de 1986, significa que as partes podem contratar reajustamentos com fundamento em variações de custos ou preços relativos a atividades que elas desempenhem, ou mercadorias que elas produzam. Não será lícita, porém, a vinculação das revisões a índices gerais, nem a variação cambial; evitando-se, com isso, a generalização dos reajustamentos.

Dentre as outras previsões de valorizações que figuram no Plano Cruzado 2, algumas (como, por exemplo, as das condenações judiciais, do art. 6º do Decreto-Lei nº 2.290, e dos Créditos do BNH junto a

instituições financeiras em liquidação extrajudicial) relacionam os reajustamentos às variações das OTN, que, como vimos, dependem do critério discricionário do Conselho Monetário Nacional e podem vir a não ocorrer; outras se ligam aos rendimentos das Letras do Banco Central do Brasil, que são aleatórios, e outras, por fim (como as relativas aos tributos em geral e a diversas outras obrigações) dependem de atos também discricionários do Poder Executivo.

Essa foi a desindexação que a confusão dos economistas e a incúria dos juristas que elaboraram o Plano Cruzado 2 nos ofereceram.

### TERCEIRA PARTE — PERSPECTIVAS ATUAIS E CONCLUSÕES

Pouco depois de ter desindexado a economia, o Governo foi submetido a pressões que acabaram desarranjando o Plano Cruzado. Não satisfeitas de terem tido os seus créditos convertidos em ORTN para depois se transformarem em cruzados — escapando, assim, dos efeitos semelhantes aos da abolição da cláusula ouro de 1933 —, as empresas começaram a cobrar ágio e a promover o desabastecimento para forjar o descongelamento dos preços, que findou ocorrendo, voltando seus níveis a variarem mensalmente em proporções alarmantes, acompanhados de reajustes salariais.

Com tudo isso a situação tornou-se extremamente confusa. A desindexação procedida, baseada na doutrina econômica da “inflação inercial”, não desfez as estruturas normativas do antigo sistema valorista da correção monetária, e deixou, deliberadamente, várias saídas, para que fosse possível retornar-se às valorizações no caso de voltarem a variar significativamente os níveis de preços. Assim é que o Plano Cruzado 1:

- a) manteve o **status** legal do IPC;
- b) deu à ORTN a nova designação de OTN;
- c) limitou em 12 meses o prazo de proibição da valorização de prestações pecuniárias nos contratos, admitindo a vinculação posterior das prestações à OTN como se fosse uma unidade de conta;
- d) permitiu a variação dos saldos devedores dos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, em prazo inferior a 1 ano em caso de amortização ou liquidação antecipadas;
- e) previu a modificação, conforme a variação do IPC, dos saldos das Cadernetas de Poupança e dos Fundos de Garantia do Tempo de Serviço e PIS/PASEP;
- f) deu **status** legal à frequência dos reajustes; e
- g) instituiu a cláusula de escala móvel dos salários.

Quanto ao Plano Cruzado 2, embora se tenha proposto, na fachada, a desindexar a economia, previu várias modalidades de valoriza-

ções, muitas das quais novas, contratuais e administrativas — sem coibir as judiciárias —, negando, em última análise, na prática, o propósito declarado no discurso.

A ineficácia dos “pacotes” para conter as valorizações tornou-se manifesta; não só as empresas mas também as diversas autoridades do governo começaram a provocar o retorno do regime da correção monetária, não obstante a sua revogação.

Recentissimamente o Governo baixou o Decreto-Lei nº 2.322, de 26 de fevereiro de 1987, no qual, através de nova redação dada ao art. 2º e seus parágrafos do Decreto-Lei nº 2.290, de 21 de novembro de 1986, foi incluído o seguinte dispositivo:

“A legislação anterior a 28 de fevereiro de 1986 e que tenha a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional como índice “para correção monetária passa a vigorar com os índices da variação nominal da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN.”

Em seguida a esse decreto-lei, o Governo editou outro, de nº 2.323, de 4 de março de 1987, que reintroduziu a valorização dos tributos federais.

A correção monetária, portanto, encontra-se revigorada no Brasil.

São muito diferentes, porém, as condições políticas em que a correção monetária foi imposta ao País — na crista do movimento militar de 1964 — e é agora restabelecida, nos tempos que correm na Nova República.

A ORTN surgiu na ponta das baionetas, tendo a garanti-la o Ato Institucional nº 1. A OTN não passa de um triste arremedo; produto que é de um regime fraco, de transição, em que todas as instituições — inclusive ela, OTN — estão em vias de ser revistas por uma nova Constituição.

Exemplo marcante de desprestígio da “nova correção monetária” é a plethora de liminares concedidas pela Justiça Federal a empresas que se recusam a recolher o *Imposto de Renda atualizado até o momento de seu pagamento*.

Tudo indica, assim, que a indexação revigorada não alcançará, nem de longe, o sucesso da sua antecessora.

Por outro lado, diante da incompatibilidade entre a correção monetária e o Estado de direito — o que demonstramos no artigo “Por uma Nova Ordem Monetária” (publicado na **Revista de Informação Legislativa**, nº 83, pp. 293 e ss.) —, a Assembléia Nacional Constituinte atualmente reunida deverá se definir, necessariamente, a favor de uma única unidade monetária (a moeda nacional), não se esperando vida longa para essa OTN que circula por aí.

A “nova correção monetária”, contudo, está servindo para desmoralizar por inteiro o Plano Cruzado e, conseqüentemente, a unidade monetária cruzado.

É lícito prever, portanto, que estamos caminhando para uma nova reforma monetária, condição prévia para a elaboração de uma Constituição destinada a sustentar um Estado de direito estável.

A idéia de “oerretenizar”, ou, presentemente, de “otenizar” a economia, é, a nosso ver, um absurdo jurídico. Tal “otenização” significaria abdicar a Nação, por inteiro, de sua moeda nacional, de sua soberania monetária, com reflexos imprevisíveis para o patrimônio público e privado dos brasileiros. Ademais, a velocidade de expulsão da moeda má seria tal que a administração desse processo se revelaria, na prática, inviável. Não vemos clima, também, para a criação de uma nova moeda, através de decreto-lei (a qual, segundo alguns, para manter a tradição, deveria ser batizada de “cruzeta”). A desmoraização do Plano Cruzado afetou muito a credibilidade do governo, dependendo as novas medidas de uma eleição popular direta e da implantação de um novo regime mais democrático financeiramente que o atual.

Estamos, assim, diante de um aparente impasse: por um lado, para que tenhamos uma nova Constituição, devemos ter uma nova moeda. Mas, para termos uma nova moeda, dependemos de um novo governo, eleito pelo voto direto, cuja eleição depende da nova Constituição.

Para superar as dificuldades em que presentemente nos encontramos, parecem indicadas as seguintes providências de ordem jurídica:

a) revogar o cruzado, restabelecendo-se o cruzeiro como moeda nacional, com a paridade  $1 = 1$ , designando-se, provisoriamente, a nova unidade de “cruzeiro padrão”, para diferenciá-la do antigo cruzeiro;

b) tornar nula e de nenhum efeito toda e qualquer cláusula de valor, abolindo-se a correção monetária a partir de 1-3-1987 (o que deveria ser promovido através de norma de nível constitucional).

Além dessas providências de caráter institucional a serem tomadas pela Assembléia Constituinte, o Governo deveria limitar a taxa de juros e desenvolver políticas de valorização do cruzeiro padrão e de reformulação de sua dívida externa.

Com essas medidas o País voltaria a ter uma única moeda — o cruzeiro padrão —, em torno da qual poderiam se unir as forças políticas nacionais, no enfrentamento da grave crise econômica interna e externa que nos ameaça.

# Do tombamento — uma sugestão à Assembléia Nacional Constituinte

NAILÊ RUSSOMANO

Prof.<sup>a</sup> Adjunta de Direito Constitucional e  
Administrativo da Faculdade de Direito da  
Univ. Fed. de Pelotas — RS. Advogada

## SUMÁRIO

1. *Origens.* 2. *Definição e fundamento jurídico.* 3. *Características, dinâmica e espécies.* 4. *"Lei do Tombamento" — considerações gerais.* 5. *Críticas.* 6. *Sugestão à Assembléia Nacional Constituinte* 7. *Conclusão.*

1. A democracia social foi consagrada pela vez primeira, entre nós, através da Constituição de 1934, quando o Brasil, acorde com as filosofias, doutrinas e Constituições do pós-guerra, reconheceu a Ordem Econômica e a Ordem Social.

A partir deste momento foi constitucionalizado o instituto jurídico do tombamento, de raízes civilistas, e cujas origens, para nós brasileiros, remontam a Portugal. Esta expressão, cuja etimologia é controvertida, foi usada pela primeira vez, como o relembra SÉRGIO ANDREA FERREIRA, como decorrência da palavra *tombo* utilizada para designar o Arquivo Nacional Português, fundado por D. Fernando em 1375, em uma das torres das muralhas de Lisboa, a Torre do Tombo. Da palavra *tombo* derivou, como conseqüência, *tombamento*, expressão que, por tradição, continua sendo empregada pelo legislador brasileiro.

2. Tombamento é o ato administrativo mediante o qual um determinado bem — considerado pelo Poder Público de valor histórico, artístico, paisagístico, cultural ou científico — passa a integrar o patrimônio nacional, após efetivada sua inscrição no Livro do Tombo, observados os preceitos da legislação em vigor que tratam da matéria.

Caracteriza-se o tombamento como uma das modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada, sob a forma orde-

natória, sendo umas das manifestações do Poder de Polícia do Estado.

Seu fundamento jurídico tem suporte constitucional através dos ditames das Constituições de 1934, art. 10; de 1937, art. 134; de 1946, art. 175, e do texto da Constituição atual em seu art. 180, parágrafo único.

PONTES DE MIRANDA coloca em alto nível o instituto do tombamento em face da sua relevante importância cultural e por seu inestimável valor para a história do país, afirmando que *"é regra jurídica digna de reprodução em Constituições posteriores que o Brasil venha a ter, e de acurada atenção dos legisladores brasileiros"*.

Em verdade, esta medida traduz a sensibilidade e o interesse que o Poder Público deve ter pela arte e cultura, fazendo com que o Estado estenda sua proteção no sentido de preservar valores sagrados que devem permanecer incólumes à marcha das décadas e ao passar dos séculos. Frise-se que esta tutela estatal não se destina, tão-só, aos bens imóveis, abarcando também os móveis desde que vinculados a fatos memoráveis da vida do país, ou de grande conteúdo artístico, etnográfico, arqueológico, bibliográfico ou ambiental. Além destes bens — imóveis ou móveis — que traduzem sempre realizações da mão do homem, as obras da natureza, como reservas florestais, quedas-d'águas e outras formas de manifestação das denominadas belezas ou reservas naturais, também podem ser alvo do tombamento.

Destina-se este, pois, a tutelar as mais diversificadas manifestações da arte, da cultura e da história, quer tenham sido produzidas pelo homem, quer se tratem de paisagens integradas à vida cultural do país.

3. Quando do início de sua constitucionalização, em 1934, a competência para realizar o tombamento ficava adstrita à União e aos Estados — sendo a destes dinamizada por via de sua competência decorrente. Foi somente com a Constituição de 1946 que esta orientação se modificou: passou a ser permitido que a União, Estados e Municípios a pudessem realizar. O texto da Constituição vigente manteve a linha de orientação traçada pela anterior: ontem como hoje, portanto, a União, Estados e Municípios são competentes para, mediante decreto do Executivo, tomar um determinado bem.

Quando se trata de tomar bens públicos, o ato se realiza *ex officio*, devendo a entidade a que pertence o bem, ou o administra, ser apenas notificada a fim de que se complete a eficácia da medida. Se, ao invés, tratar-se de bem de particular, a dinâmica é diferente, dando origem a duas modalidades de tombamento: o voluntário e o compulsório.

Ocorre o voluntário quando o proprietário o solicitar, ou concordar com a notificação referente ao tombamento do bem que lhe pertença. Se este, no entanto, impugnar a notificação recebida, e sua impugnação for indeferida pelo Poder Público, dar-se-á o tombamento compulsório.

Durante o lapso de tempo que medeia entre a notificação ao proprietário e sua anuência ou não, desdobram-se duas fases do tombamento: o provisório — enquanto o Poder Público aguarda a manifestação do proprietário ante a notificação, dentro do prazo previsto em lei e, em regra, exíguo; e o definitivo, que se caracteriza após a extinção do prazo em face do silêncio do proprietário, ou quando há o indeferimento de sua pretensão ao impugnar a notificação.

Concretizando-se o tombamento definitivo — quer seja voluntário, ou compulsório —, o Poder Público não se obriga a nenhum tipo de indenização, pois não tem estas características da desapropriação, embora represente expressiva limitação ao direito de propriedade.

As coisas tombadas continuam no domínio de seus proprietários, mas não podem, sob hipótese alguma, ser destruídas, mutiladas ou demolidas. E, apenas com prévia autorização especial de autoridade pública competente, podem ser reparadas, pintadas ou restauradas. Se o bem for tombado pela União, a autorização será do Instituto do Patrimônio Histórico e Paisagístico Nacional, órgão ligado ao Ministério da Cultura, atuando, ainda, a Fundação Nacional Pró-Memória.

Se o proprietário, por qualquer razão, infringir estas determinações, sob este incidirá sanção prevista em lei.

4. O instituto do tombamento é regulado em nosso país pelo Decreto-Lei nº 25, de 30-11-37, e regulamentado pelo Decreto nº 20.303, de 2-1-46, e pela legislação que se lhe seguiu e que, dando embora outras providências e inovações, em realidade não altera, em sua essência, o que está contido no texto do Decreto-Lei nº 25/37, considerado, ainda em nossos dias, como a “Lei do Tombamento” brasileira. Frise-se que os três níveis de Governo — União, Estados e Municípios — têm competência para legislar sobre a matéria, desde que respeitadas as determinações constitucionais e as limitações impostas pelo Decreto-Lei nº 25/37 e pela legislação federal que se lhe seguiu no atinente à matéria.

O proprietário de um bem tombado pode dele dispor no sentido de o alienar ou gravar, mesmo por hipoteca, desde que, em toda transação efetuada, conste o registro do tombamento do bem. No caso de alienação, a legislação estabelece o direito real de pre-

*ferência* em favor da União, Estados ou Municípios. Se a venda do imóvel for feita à revelia, será nula e ineficaz, cabendo seqüestro e multa com abertura de novo prazo a fim de ser exercido o direito de preferência. Paralelamente, sempre que se tratar de bem imóvel, não poderá seu proprietário realizar nenhuma reforma ou modificação na parte externa, ou em sua volumetria, sem o prévio consentimento e correlata fiscalização do Poder Público. No entanto, se o tombamento tiver sido global — não, apenas, da fachada e volumetria, mas de toda a casa, em virtude de nela ter morado pessoa notável, como sucedeu com a de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, ou porque ali ocorreu fato histórico memorável —, a proibição de realizar reformas é total e sempre dependente da permissão de autoridade com competência para tal.

Na hipótese de o proprietário não dispor de meios próprios para conservação ou reparação do bem, a entidade pública que o tombou deverá tomar estas providências — no que diz respeito a parte do imóvel que foi alvo do tombamento —, podendo, se for o caso, chegar até à desapropriação do bem, caso seu proprietário não tenha as condições mínimas para sua conservação. E se, ao invés, o Poder Público não tomar as providências cabíveis, em relação à parte tombada do imóvel, poderá haver o cancelamento do tombamento, conforme o Decreto-Lei nº 25/37, em seu art. 19, § 2º, e de acordo com a Lei nº 6.295/75, art. 1º, parágrafo único.

O tombamento de um bem imóvel avança mais em suas limitações sobre o direito de propriedade já que restringe o direito de vizinhança. Ainda, conforme o Decreto-Lei nº 25/37, art. 18, “não será permitida nenhuma construção que reduza ou impeça a visibilidade do bem tombado sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional, sob pena de multa”. Naturalmente, se o tombamento for realizado pelo Poder Público estadual ou municipal, o órgão competente pelo mesmo é que deverá dar a autorização ou determinar a sanção, em conformidade com os preceitos da legislação local.

Em se tratando de bem móvel, inúmeras limitações são impostas ao seu uso. Dizem elas respeito à deslocação ou transferência do bem — ambas só podendo ocorrer com autorização prévia —, assim como restauração ou reparos que nela se tornem necessários. Da mesma forma, o transporte do bem, pelo proprietário, para o exterior, exige notificação expressa ao Poder Público e autorização rigorosa que permita sua saída do país.

Note-se, ainda, que qualquer entidade da Federação pode tomar bem que outra já tombara, ou seja, um bem tombado pelo Município também o poderá ser pela União ou pelo Estado, assim como um bem tombado pela União poderá sê-lo pelo Estado

ou Município, no caso de ser necessário reforçar a medida e intensificar-se o controle e a fiscalização sobre a coisa tombada. A finalidade desta orientação é sempre a preservação do bem e sua real conservação sob o prisma artístico e cultural.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, analisando a dinâmica do tombamento, com clareza e concisão, explica que *“o bem tombado fica submetido a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, imodificabilidade e de relativa inalienabilidade”*.

De acordo com a orientação brasileira — que consagra o princípio da unidade de jurisdição —, mesmo diante do ato administrativo perfeito, e, pois, mesmo após o tombamento definitivo do bem, poderá seu proprietário, se desconforme com a medida, ingressar em juízo, desde que observados os prazos prescricionais, tal como lhe é assegurado por dispositivo constitucional — art. 153, § 4º —, e pela legislação infraconstitucional, através de normas processuais que regem a matéria. Frise-se, porém, que, em regra, o Poder Judiciário tem posicionamento a favor do tombamento e não de seu cancelamento.

5. A finalidade do tombamento é, como já se pode inferir, uma das mais relevantes atuações do Estado, já que visa à preservação de nossa arte, de nossa história e de nossa cultura.

A cultura que, numa acepção ampla, abrange toda a criação humana, vem tutelada em nossa Constituição através do art. 180 e parágrafo único, *determinando ser o amparo à mesma dever do Estado*. Em nossos dias, este dispositivo cresce em importância, pois a humanidade nunca viveu momento em que a revisão e ampliação dos conhecimentos marchasse em ritmo tão acelerado. Estimulando sua evolução e, ao mesmo tempo, tutelando sua própria história, o Estado impulsiona seu desenvolvimento, que deve ser, a um só tempo, social, econômico, humano, individual e comunitário.

Amparando a cultura, no cumprimento de um dever constitucional, o Estado se acha, numa palavra, impulsionando sua ascensão e criando condições para crescer e afirmar-se, quer internamente, quer no plano internacional.

Da veneração do passado e do culto da tradição, por um lado; e, por outro, do atrevido impulso rumo ao que virá, se compõe a nobre força que ergue o espírito coletivo sobre limitações do presente e comunica aos sentimentos sociais um sentido ideal.

Revestido, embora, de toda essa importância que enseja, em princípio, apenas críticas positivas ao instituto jurídico do tombamento, não se pode esquecer ou omitir outros aspectos que sur-

gem, inelutavelmente, como o reverso da medalha do tema sob exame.

São as críticas negativas que se embasam em complexos problemas sociais originados pelo tombamento.

Focalizemos, como exemplo, o Município de Pelotas no Rio Grande do Sul. Neste, o tombamento, além de flexionar-se às determinações do Decreto-Lei nº 25/37 e da legislação que se lhe seguiu, é regulamentado pela Lei municipal nº 2.708, de 10 de maio de 1982.

Imaginemos que, nesta cidade, uma determinada pessoa possua um único imóvel — casa ou mansão — e que receba, por seu trabalho, uma pequena renda mensal. Suponhamos que esta, em face de crescentes dificuldades econômicas, decida entrar em contato direto com uma construtora a fim de que, no terreno onde está o imóvel, seja construído um edifício. E que, conforme acordo entre a proprietária e a construtora, receba aquela, pelo terreno, três pequenos apartamentos no mesmo edifício. Sua intenção será o de morar em um deles e alugar os outros dois a fim de aumentar sua exígua renda mensal.

No entanto, se, neste interregno, o Poder Público considerar que sua casa tem valor histórico e cultural, agilizando sobre o bem a dinâmica do tombamento, todos seus objetivos cairão por terra.

Nesta hipótese, o Conselho Municipal do Patrimônio Histórico e Cultural do Município de Pelotas — COMPHIC —, órgão vinculado à administração direta do Município, enviará à proprietária a intimação que, uma vez recebida, dá ensejo à fase do tombamento provisório. Esta intimação a notificará que ela terá o *prazo de quinze dias* para concordância ou impugnação do ato provisório. Se a proprietária não tiver argumentos — já que a casa, que imaginamos, fora havida por herança —, pois a residência se encaixa nas exigências do tombamento, salvo argumentos de ordem pessoal e econômica, dar-se-á o tombamento definitivo, através do Poder Público Municipal. Sabemos que, mesmo se tentasse reagir perante o Poder Judiciário, dificilmente teria ganho de causa. Sabemos, também, que, se resolvesse vender o referido imóvel, haveria direito real de preferência ao Município e se, para terceiros fosse a venda, só o seria com a cláusula de tombamento, que, em muito, dificultaria esta transação.

Ainda no terreno das hipóteses, vejamos a casa tombada apenas em sua fachada e volumetria, tal como costuma, em regra, acontecer. Ora, havendo necessidade de reformas internas, fica-

riam estas sob a responsabilidade exclusiva da proprietária, pois ao Poder Público cabe conservar apenas a parte da casa que está tombada.

Concretizando-se tudo que imaginamos, no exemplo supra-referido, ficaria sua proprietária constrangida a continuar vivendo no referido imóvel, mesmo que em condições precárias, e até confinada a espaços limitados dentro de sua própria casa.

Esta hipótese traduz, em verdade, problemas reais e similares que se têm multiplicado nos dias atuais.

Em diferentes cidades brasileiras, muita vez, casas antigas mantêm suas fachadas incólumes — com estilo perfeito de uma determinada época de nossa história — apenas porque passaram a ser o único bem de uma pessoa ou família que, por motivos econômicos, não o puderam reformar ou modernizar. Como nossa “Lei do Tombamento” marginaliza estes elementos sócio-econômicos, poderá, em qualquer cidade do Brasil, ocorrer, sobre este tipo de bens, o tombamento.

6. Estes problemas têm sido alvo da preocupação e do estudo de juristas, advogados, professores, doutrinadores, assim como da população em geral, que, atentos ao tema e aos inúmeros casos de tombamento que têm ocorrido, sentem multiplicadas suas preocupações econômicas, preocupações estas já ampliadas pela crise financeira que envolve o país.

Por tudo isto, seguindo a linha de pensamento de juristas do porte de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, sugerimos ampla reformulação na dinâmica do tombamento em nosso país.

Endereçamos esta sugestão à Assembléia Nacional Constituinte no momento em que nos encaminhamos para um novo modelo econômico-social e uma autêntica democracia dentro de nossas fronteiras.

Esta sugestão, em linhas gerais, traça a seguinte orientação: *que no texto da nova Constituição seja mantido o artigo 180, com nova redação de seu parágrafo único, ao ficar estabelecido que lei complementar deverá tratar do tombamento, sendo dever do Poder Público indenizar o proprietário do bem tombado mediante indenização em dinheiro, prévia e justa, e proporcional aos bens e rendimentos do proprietário. Ou seja, quanto menor o número de propriedades e menores os rendimentos, maior a indenização merecida.*

Esta sugestão, caso possa ocorrer, haverá de simbolizar expressivo passo rumo ao aperfeiçoamento do Estado democrático de direito, ampliando o verdadeiro sentido social da intervenção do Estado na propriedade privada pela alteração contida no novo texto

constitucional e, como consequência, no conteúdo e espírito da nova "Lei do Tombamento".

7. Através desta nova orientação, o Poder Público, preocupado e atento com nosso passado e nossa história, visando sempre a tutelar nossa cultura e desenvolvimento, não permanecerá alheio a sentimentos sagrados como a segurança e a tranqüilidade que, como dever seu, deve o Estado procurar estender a todos os cidadãos.

Desta maneira, não haveremos de ver as pessoas, em suas casas, sentirem e repetirem as emoções que invadiram os que habitavam a "Casa Tomada" no conto de JULIO CORTÁZAR, onde o autor, através de seu realismo fantástico, descreve como as angústias, temores, lembranças e preocupações tomam conta da casa em que vivem seus personagens. "Presenças escuras tomam conta da casa", limitando-os e confinando-os a espaços reduzidos, até, ao final, os expulsarem da "Casa Tomada".

Por tudo o que foi exposto, e através deste analogismo, esperamos que as providências — decisivas e enérgicas — sejam concretizadas, entre nós, através das deliberações dos membros de nossa Assembléia Nacional Constituinte. E que a preservação do passado e proteção à cultura e à arte não mais conduzam as pessoas a viverem seu momento presente, dramática e até tragicamente, *em casas tombadas e tomadas*.

#### BIBLIOGRAFIA

- CORTÁZAR, Julio. *O Bestiário*. RJ, Ed. Fronteira, 1986.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. RJ, Ed. Forense, 1978.
- . *Curso de Direito Administrativo*. RJ, Ed. Forense, 1981.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Direito Administrativo Didático*. RJ, Ed. Forense, 1985.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1984.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1980.
- RUSSOMANO, Naliê. *Compêndio de Direito Constitucional*. SP, Ed. Juriscredi, 1971.
- RUSSOMANO, Rosah. *Lições de Direito Administrativo*. RJ, Ed. José Konfino, 1972.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. SP, Ed. Rev. dos Tribunais, 1984.

# Facetas da "Comissão Afonso Arinos" — e eu...

ROSAH RUSSOMANO

Professora Titular de Direito Constitucional  
da Universidade Federal de Pelotas — RS

1. O Anteprojeto de Constituição, elaborado pela "Comissão Provisória de Estudos Constitucionais" — a "Comissão Afonso Arinos" —, publicado pelo **Diário Oficial** da União, de 26 de setembro de 1986, foi dado a conhecer a todos os constituintes (bem como a diversas entidades e instituições do País), através de esplêndido trabalho comparativo entre seu texto e o da Constituição vigente, trabalho que teve na vanguarda de sua elaboração Leyla Castello Branco Rangel, que, há largos anos, dirige esta Revista com firmeza, talento e sensibilidade. O Anteprojeto, no momento histórico que vivenciamos, ao emergir valorizado pelo estudo comparativo, simboliza, inelutavelmente, incentivo e inspiração para os representantes que elegemos, a fim de que redijam a Lei Suprema que o Brasil aguarda.

Tendo sido gestado sob o fogo de críticas sucessivas, as primeiras, porque estaria enlaçado, de modo incontornável, pelo conservadorismo, as ulteriores, porque seria por demais estatizante, socializante e xenófobo, veio a formular, ao fim e ao cabo, como lembra Hélio Jaguaribe, as grandes alternativas que o País enfrenta, efetuando, ante as mesmas, opções fundamentais. Estas, em sua lembrança, resumem-se nas seguintes: opção pela compatibilização entre o legado tradicional do liberalismo e o projeto organizatório da sociedade de caráter social-democrático; opção por um regime de governo caracterizado por um dualismo de complementaridade entre o Chefe de Estado e o Chefe de Governo; opção por uma economia de mercado socialmente regulada; opção por um nacionalismo econômico seletivamente aberto ao capital estrangeiro; opção pelo absoluto primado da autoridade civil (**Jornal do Brasil**, 27-9-86, 1º caderno).

Ao efetuar-las, refletiu as correntes de opinião que dominaram na Comissão e, mais do que isto, as que brotaram de diversos e distantes setores, o que prova e comprova que a mesma não atuou enclausurada em "torre de marfim", mas que, antes, o fez abertamente, acolhendo as reivindicações de nossa gente, muita vez empapadas de sofrimento, a revelar sede de justiça, e procurando ajustá-las a uma nova moldura, a peculiar às nossas "realidades reais".

Daí, como o acentua Candido Mendes, a amplitude do texto. "Os quase quinhentos artigos intentam manter, na sua transparência, a matéria-prima de "aspiração constituinte", revelando a largueza da consulta popular (Folha de São Paulo, 10-10-86).

2. Dentre os cinquenta membros da Comissão, houve duas mulheres. Uma, Florisa Verucci, de São Paulo. Outra, eu mesma, do Rio Grande do Sul. Poderia afirmar que, em verdade, houve três, se me fosse deferida competência para oficializar a presença de Wania Santayanna, suporte e, na expressão de Jorge Amado, "anjo tutelar da Comissão", que se desdobrou infatigavelmente, assegurando, inclusive, o "esforço concentrado" em Itaipava.

O fato de haver sido nomeada para compor este grupo de alto nível nele repontando (e a enumeração é tão-só exemplificativa) Luiz Pinto Ferreira, Evaristo de Moraes Filho, Mauro Santayanna, Barbosa Lima Sobrinho, Mário Martins, Joaquim Arruda Falcão Neto, Eduardo Portella, Pe. Fernando Bastos D'Ávila, Josaphat Marinho, Claudio Pacheco, Sepúlveda Pertence, Raul Machado Horta, Cristovam Buarque, Jorge Amado, Cândido Mendes, Laerte Vieira, José Afonso da Silva, Gilberto de Ulhoa Canto, Alberto Venâncio Filho, Clóvis Ferro Costa, Walter Barelli, sob a presidência extraordinariamente lúcida e firme de Afonso Arinos de Melo Franco, este fato, dizia, teve um significado muito fundo para mim.

Significado emocional, por me permitir atuar em dimensão similar àquela em que atuou meu Pai, Victor Russomano, Constituinte Federal em 1934 — e fulminado pela morte na plenitude de seus 46 anos, em tribuna política de oposição, às vésperas do Estado Novo.

Significado profissional, por me ter proporcionado participar de uma realização de porte, compensando os esforços despendidos, dentro de minhas possibilidades, na esfera do direito constitucional, e colocando, por extensão, em face da investidura, nova e intensa tônica sobre minha modesta mas tradicional Faculdade de Direito.

Em face de todas estas circunstâncias, acolhi a idéia, o incentivo, a generosa insistência da Diretora desta Revista, no sentido de retratar minha presença na Comissão, indicando, sobretudo, as sugestões que apresentei e as que foram aceitas, vindo a figurar no texto do Anteprojeto.

Encontrar-me-ia enredada num certo constrangimento, por falar na primeira pessoa do singular e trazer à tona o que me foi possível efetuar, não fora a certeza de que aquela solicitação — que valeu para mim como palavra de ordem — teve, como causa determinante, a tentativa de firmar e afirmar a mulher em si.

3. Em janeiro de 1986, vencida a fase em que se dinamizaram os comitês seccionais, estruturaram-se os comitês temáticos, em número de 10, podendo cada membro participar de 3, com direito a voz e voto, e tendo o direito de manifestar-se em todos, com direito tão-só a voz.

Os comitês em pauta tiveram a seguinte rotulação, acorde com sua dimensão específica: 1) Organização Internacional, Declaração de Direitos; 2) Federação e Organização Tributária; 3) Poder Legislativo e Organização Partidária; 4) Poder Executivo; 5) Poder Judiciário, Ministério Público; 6) Educação, Cultura e Comunicações; 7) Saúde, Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia; 8) Ordem Económica; 9) Ordem Social; 10) Defesa do Estado, da Sociedade Civil e das Instituições Democráticas.

Inscrevi-me nos comitês da Declaração de Direitos, do Poder Legislativo, da Ordem Social. Enviei trabalhos de cunho doutrinário para cada um deles — concluindo-os com sugestões para o articulado, ou compondo já as sugestões articuladamente —, havendo efetuado o mesmo relativamente aos comitês da Federação e da Educação.

Tendo comparecido a todas as reuniões, não pude — como ninguém o pôde — assistir às mesmas do início ao fim, eis que os comitês funcionaram simultaneamente. O tempo teve que ser habilmente manipulado e repartido.

Assisti, por igual, a todas as reuniões coletivas e às plenárias, emitindo, sempre que possível, meus pontos de vista e apresentando emendas ou reapresentando as que não haviam sido chanceladas pelos comitês temáticos e que, em meu entender, deveriam integrar o texto final.

Colaborei nos trabalhos do Comitê de Disposições Adicionais, coordenado por Mário Martins.

Tive a honra de ser indicada pelo Presidente, Afonso Arinos, para compor o Comitê de Sistematização, que atuou até o apagar das luzes das atividades e que estruturado foi por 8 membros — Evaristo de Moraes Filho, José Paulo Sepúlveda Pertence, Raul Machado Horta, Luiz Pinto Ferreira, José Francisco da Silva (Contag), Cândido Mendes, Hélio Jaguaribe e, como se infere, eu própria.

4. Desviando-se do fio diretivo provindo de nossas Constituições pretéritas e da atual, seguindo a orientação de diversas Leis Supremas do mundo ocidental (a ex. da italiana e da espanhola), acolhendo, em

especial, a proposição de Afonso Arinos, o Anteprojeto faz suceder, ao Preâmbulo — redigido por este Mestre Emérito — e às Disposições Preliminares, um Capítulo revestido de sacralidade: “Dos Direitos e Garantias”.

Em nosso Estado democrático de direito, expressão que sucedeu à de Estado social de direito, o fulcro passa, como se percebe, a encarnar-se no indivíduo, em que pese às modificações que a evolução imprimiu aos direitos da pessoa humana.

A par de direitos classicamente fixados — e sublinhados por seu caráter negativista —, insculpidos vieram a ser os direitos sociais, marcados pela tônica de positividade e demandando, portanto, prestações positivas do Estado, e os modernos direitos difusos (como, v.g., o direito à defesa do meio ambiente — espaço físico; o direito à justiça nas relações de mercado — espaço econômico; o direito à preservação da referência à paisagem — espaço cultural). Em Capítulo posterior, no mesmo Título, declaram-se os direitos políticos.

De modo correlato, a par de garantias tradicionalmente consagradas (e aí estão, para exemplificar, os designados “remédios constitucionais”, traduzidos no *habeas corpus* e no mandado de segurança), inseriu-se, por sugestão de José Afonso da Silva, o *habeas data*.

5. O Capítulo “Dos Direitos e Garantias” fluiu, é óbvio, de maneira primacial, do Comitê Temático nº 1, que teve, como Coordenador, Mário Martins e, como Relator e Secretário, Cândido Mendes.

A medida que passou pelas reuniões plenárias e pelo Comitê de Sistematização, sofreu alterações, traduzidas em cortes, adições, construções verbais distintas, nova disposição de certos temas, guardando, entretanto, a sua essencialidade.

5.1. No trabalho que remeti a este Comitê, abordei frontalmente tema que, há muito, se situa num dos pontos altos de minhas preocupações.

Relaciona-se o mesmo às **normas constitucionais programáticas**, que mergulham suas raízes na ambiência ulterior à 1ª Grande Guerra e que simbolizaram um compromisso entre as forças que se contrastam nos grupos sociais: as avançadas e as conservadoras.

Declarando princípios programáticos, como lembra José Afonso da Silva, que dedicou ao assunto densa monografia, apresentam eficácia limitada. Para adquirirem plenitude de eficácia, dependem de lei integrativa ulterior ou de atos do Poder Público.

Criando embora situações jurídicas subjetivas de vantagem, tutelando, por si mesmas, interesses simples e legítimos, criando direito subjetivo, criam-no, entretanto, apenas em seu aspecto negativo.

O interessado, pois, em face da norma programática, não é depositário do direito de ação, com vistas a exigir o recebimento de uma prestação. Cabe-lhe tão-só o direito de exigir que o legislador, ao legislar, que o Poder Público, ao atuar, o façam de acordo com o que aquela norma estabelece.

Se os preceitos em pauta têm condições de adquirir plenitude de eficácia, através de legislação integrativa ulterior, mais do que isto, em Estados sublinhados pela instabilidade constitucional (como sucede no Brasil e nos países da América Latina), as normas, programáticas num determinado texto básico, podem, em texto fundamental que àquele se posponha, apresentar-se como normas de eficácia plena.

Dai, a sugestão que, a propósito, apresentei ao Comitê Temático. Sugestão que, em derradeira análise, veio a ser consagrada no art. 10 do Anteprojeto (*caput*), que reza: "Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata". Completa-o o § 1º (Sepúlveda Pertence) e o § 2º (Miguel Reale Junior).

O preceptivo que consegui ver, com uma ponta de indisfarçável satisfação, cristalizado no texto, simboliza, em meu pensar, um dos pilares do trabalho oferecido à Assembléia Constituinte.

5.2. Emendas houve que convergiram ou se completaram, resultando em co-autoria. Assim, a que apresentei — além de outros componentes da Comissão —, traduzindo-se no art. 11: "Todos são iguais perante a lei, que punirá como crime qualquer discriminação atentatória aos direitos humanos. § 1º — Ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, trabalho rural ou urbano, religião, convicções filosóficas ou políticas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição social."

Sucedeu o mesmo com o que se acha cristalizado no art. 17 e em seu § 1º: "Todos têm direito de acesso às referências e informações a seu respeito, registradas por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, com sua atualização e supressão dos incorretos, mediante procedimento judicial sigiloso. § 1º — É vedado o registro informático sobre convicções pessoais, atividades políticas ou vida privada, ressalvado o processamento de dados não identificados para fins estatísticos."

5.3. Com a ratificação de Hilton Rocha, veio a ser fixada minha proposição: "Art. 26 — É assegurado a todos o direito à saúde, como iniciativa da comunidade e dever do Estado."

Naturalmente, no Capítulo especificamente votado à saúde, explicita-se — e o mecanismo é idêntico ao de outros direitos declarados — o que se visa com a afirmação contida no preceptivo.

5.4. Também em co-autoria, vi aprovada emenda que repete fórmula já peculiar a nosso constitucionalismo: "Art. 30 — É assegurado o direito à propriedade, subordinada à função social."

O direito de greve — focalizado em preceptivos ulteriores — é contemplado no Capítulo sob exame. Foi aprovada sugestão (co-autoria) que determina: "É assegurado o direito de greve, nos termos do art. 345 e de seus §§ 1º e 2º." (Art. 33)

5.5. Evidentemente por lapso, o princípio da legalidade tributária não fora contemplado entre os direitos genericamente elencados. Apresentei, por via de consequência, emenda que se materializou no art. 39, cimentando a orientação que vem das franjas do pretérito distante: "Nenhum tributo será instituído ou aumentado sem que a lei o estabeleça, ressalvando-se o determinado nesta Constituição."

5.6. Os direitos do preso foram por mim versados articuladamente no trabalho que enviei, de início, ao Comitê 1. Nasceu, após, em co-autoria, o art. 41, que assim dispõe: "Os presos têm direito ao respeito de sua dignidade e integridade física e mental, à assistência espiritual e jurídica, à sociabilidade, à comunicabilidade e ao trabalho produtivo e remunerado, na forma da lei."

Paralelamente, contemplei, versando-os em artigos, os princípios da anterioridade da lei, da individualização e da personalização da pena, da retroatividade da lei penal *in mitius*, da amplitude de defesa do acusado.

Figura, entretanto, no Anteprojeto, a emenda Sepúlveda Pertence, que, abrangendo toda esta matéria, lhe imprime maior amplitude, como se infere, basicamente, do art. 43 e seus parágrafos.

No pertinente ao júri, minha sugestão conjugou-se a outras, vindo o art. 52 a determinar que "É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, desde que seja sempre ímpar o número de seus membros, garantido o sigilo das votações, a plenitude de defesa do réu e a soberania dos veredictos, sendo de sua competência obrigatória o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e dos crimes de imprensa."

Houve, como de pronto se percebe, retorno à orientação de 1946, com o acréscimo no fim do preceptivo (crimes de imprensa), o qual devera, em realidade, ter sido, como o foi, taxativamente mencionado.

5.7. O art. 58 cria o Defensor do Povo, cujas origens mais remotas se prendem à Antiguidade Clássica, enquanto as mais próximas se interligam ao Ombudsman sueco.

O ditame torna a figura sublinhada por espírito marcadamente democrático, estribando-se seu prestígio, em especial, no modo pelo qual o Anteprojeto determina sua escolha. Esta, pois, processa-se

consoante o inciso I do art. 56. Tive, no mesmo, participação direta e consciente. Frisa o mesmo que "o Defensor do Povo é escolhido, em eleição secreta, pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, entre candidatos indicados pela sociedade civil e de notório respeito público e reputação ilibada, com mandato não renovável de cinco anos."

6. O trabalho que enderecei ao Comitê 2 (Estado Federal) focalizou um ponto estrito de toda a temática posta.

Reportou-se, pois, à autonomia do Município, que desejava ver dilargada e fortalecida.

Em face de tudo quanto o mesmo significa em nossa dimensão histórica, pareceu-me — como me parece — que mais do que um 3º nível de Governo (e o Anteprojeto já desenha um 4º, representado pelas regiões), devera encarnar um terceiro elemento do Estado Federal, integrando, assim, o pacto federativo.

Este ponto de vista, já defendido alhures, em congressos jurídicos, foi rebatido, nestes conclaves, em especial, por Paulo Bonavides, que o rechaça pelo fato de não deter o mesmo Poder Constituinte.

Ora, verificando o que, tradicionalmente, se vem desenrolando no Rio Grande do Sul, onde os Municípios dinamizam este Poder, redigindo suas Leis Orgânicas próprias, reivindiquei igual competência para todos os Municípios do País.

A primeira pretensão, ainda uma vez, caiu por terra.

A segunda, entretanto, foi ratificada, simbolizando, em meu entender, expressivo passo, caso a Assembléia Constituinte acate o posicionamento, para que nosso Estado Federal seja, de pronto, tridimensional.

O art. 114, assim, veio a afirmar, em seu inciso I, que a autonomia municipal será assegurada "pela auto-organização, mediante a adoção de lei orgânica elaborada pela Câmara Municipal, que, uma vez observados os princípios estabelecidos nesta Constituição e na do Estado, poderá variar, segundo as peculiaridades locais".

Meu pensamento, para honra minha, sem que o soubesse, estava acoplado ao do Relator do Comitê, Raul Machado Horta.

6.1. Em Reunião Plenária, apresentei emendas que se impunham e que, conseqüentemente, mereceram aprovação. Referem-se, entre os bens da União (art. 7º), o espaço aéreo (inciso VI) e as cavidades naturais subterrâneas (inciso VIII). Na competência exclusiva da União Federal, para legislar, há menção expressa ao direito espacial.

Este acréscimo tornou-se indispensável, pela necessidade de normatividade específica, numa época em que o homem conquistou o espaço.

6.2. No pertinente à "organização tributária", cujo conteúdo esteve a cargo de Gilberto de Ulhoa Canto, simplesmente silencieei, entendendo que, por exemplo, a imprescindibilidade de fortalecer-se nosso Estado Federal, pela participação mais ampla das entidades menores na renda dos impostos da entidade maior, já fora por ele sentida, pensada e devidamente focalizada. O que não descartou a inserção de emendas, apresentadas por especialistas no tema.

7. Inscrita no Comitê do Poder Legislativo, enviei, como acentuado foi, trabalho, dirigindo-o a seu Relator inicial, Paulo Brossard, substituído, após sua nomeação para Ministro da Justiça, por Laerte Vieira.

Detive-me, basicamente, na problemática peculiar às imunidades, sem as quais, em meu pensar, a independência do Poder Legislativo não é.

Trouxe à tona, pela ordem, a imunidade constitucional material, segundo terminologia de Pontes de Miranda. O artigo por mim sugerido enquadrou-a no esquema clássico: "Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos."

A Comissão, entretanto, foi mais longe. Talvez demasiado longe. Ao invés de cingir a imunidade ao "exercício do mandato", concebeu-a, como viva e invocável, "durante o mandato". É o que determina o art. 155.

Contemplei, de imediato, a imunidade constitucional processual ou formal, sugerindo que retomasse sua feição tradicional, que tornaria necessária, para a dinamização do processo criminal, a prévia licença da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

O Anteprojeto, entretanto, se, em princípio, manteve o que propus, no pertinente à prisão, riscou a licença para processo, conservando a orientação insólita do texto constitucional vigente e reconsagrando, pois, a sustação do processo (art. 157, § 1º).

7.1. O art. 36 da Lei Suprema em vigor, ao mencionar os casos em que o congressista não perde o mandato, contempla sua licença, por motivo de doença ou para tratar de interesse particular, desde que por período determinado.

Conforme se infere do art. 163 do Anteprojeto, fixa-se orientação diferenciada, em face de doença ou de tratamento de interesse particular. No primeiro caso, não se estabelece prazo. No segundo, o mesmo é estabelecido. O afastamento não pode ultrapassar 120 dias.

A diferenciação foi de minha autoria.

O texto definitivo, observa-se, reveste-se de maior severidade. Em se tratando de licença presa àquele prazo, inexistiu remuneração.

7.2. O “dualismo de complementaridade”, que o Anteprojeto consagra, surge como o fulcro da temática inerente ao Regime de Poderes.

Entendi que os traços presidencialistas se achavam — como, aliás, ainda se acham — demasiado fortes. E que se tornava, conseqüentemente, mister adensar os de cunho parlamentarista.

Ora, em seu texto originário, o art. 170, ao contemplar a competência privativa da Câmara dos Deputados, não tornava a moção de censura extensível a um ou mais Ministros de Estado.

Apresentei emenda aditiva, fixando esta extensão. A fórmula enfrentou resistência; mas, ao fim e ao cabo, mereceu aprovação, vindo a completar o inciso IV daquele preceptivo.

7.3. O articulado originário inseria, à semelhança da Constituição atual, as “emendas à Constituição” no Processo Legislativo. Sugeri, no Comitê Temático, seu tratamento em título à parte. Vencido meu ponto de vista, reabri a questão em Reunião Plenária, embasada em emenda modificativa, remetida e justificada por escrito em tempo hábil.

Havia opiniões que se interligavam à minha. Em especial — e por inteiro — a de Pinto Ferreira.

Argüi com a doutrina e com precedentes em nosso meio (Constituição de 1824 e Constituições de 1891, 1934, 1946). As emendas haviam sido contempladas em separado, através de todas estas Leis Supremas.

Ao fim e ao cabo, chancelada foi minha sugestão. Os preceptivos atinentes às emendas vieram a formar o Título VIII, que encerra o articulado das Disposições Permanentes.

Por um lapso de revisão, o art. 175, que dispõe sobre o Processo Legislativo, refere-as em seu inciso I.

7.4. A elaboração da lei vem sendo contemplada por nosso constitucionalismo, em meu entender, de modo insatisfatório. Tem-se afirmado que, chegando o preceito legal à fase da promulgação, o Presidente da República deve efetuá-la dentro de 48 horas. A competência passará ao Presidente do Senado, se houver omissão daquela autoridade. Será do Vice-Presidente do Senado se, em igual lapso de tempo, não houver promulgação.

Nossos textos supremos nunca se reportaram à publicação da lei, embora, da promulgação, surja apenas a executoriedade da norma, enquanto, da publicação, emane sua obrigatoriedade.

Muita vez argüiu-se — como se argüi ainda — que ambas as fases se conjugam, donde a desnecessidade de referência à publicação. No entanto, não raro, tal não sucede. E o projeto de lei permanece “engavetado”, indeterminadamente... Por isto, insisti na referência expressa à “publicação”, donde o § 8º do art. 190, que se reporta à “promulgação e à publicação”, cingindo uma e outra aos prazos prefixados.

7.5. Nossas Constituições, ao referirem o artigo que trata da competência exclusiva do Congresso Nacional, acentuam que, ao ser a mesma dinamizada, “a lei” será promulgada pelo Presidente do Senado Federal.

Ora, a expressão foi e é utilizada de maneira por demais genérica. A situação agravou-se com a Constituição em vigor, que, ao mencionar o processo legislativo, nominando as variantes que o integram, se refere aos “decretos legislativos”.

Uma vez que estes promanam, exatamente, da competência exclusiva do Congresso, que afasta qualquer interferência do Executivo, descabe a remissão à lei. Demanda-se, sim, designação precisa — “decreto legislativo”.

Minha emenda a respeito foi chancelada e veio a traduzir-se no art. 192, que se refere, taxativamente, a decretos legislativos e, ainda de modo mais abrangente, a resoluções.

8. As emendas que apresentei, vinculadas ao Poder Executivo — e que tiveram aprovação do Plenário —, vieram a ter sua formulação derradeira, mediante co-autoria.

A primeira cristaliza-se no art. 232, § 3º Este ditame trata da indicação e da nomeação do Presidente do Conselho, equivalente ao Primeiro-Ministro, quando se entrelaça a competência do Presidente da República à da Câmara dos Deputados.

O § 3º, porém, veio a encarnar o centro da discrepância.

Consoante o articulado originário, em face da segunda recusa da Câmara dos Deputados, relativa ao nome apresentado pelo Presidente da República, para Presidente do Conselho, aquela autoridade o nomearia livremente.

Minha voz foi uma das primeiras a fazer-se ouvir, rebatendo a orientação. Outras vozes se altearam, apesar da autoridade de Miguel Reale, que defendia a redação proposta.

Surgiu, da discussão, a fórmula renovada daquele parágrafo, que intensifica o prestígio do Legislativo. De ser assim, já agora, em face da segunda recusa, a Câmara dos Deputados tem cinco dias para, através da maioria absoluta, escolher o Presidente do Conselho. Somen-

te se não o fizer, este, ouvido o Conselho de Estado, será nomeado livremente pelo Presidente da República.

A 2ª emenda que referi veio, simplesmente, adaptar-se ao que propusera, quando da possível queda de um ou mais ministros. Apresentei-a, como outros o fizeram, donde estar, insisto, acentuada pela co-autoria.

Logo se infere, pela lógica, sua validade. Destarte, o art. 246, que prevê a exoneração de Ministro de Estado, decorrente da exoneração do Presidente do Conselho, contempla ainda a exoneração de Ministro, desde que a Câmara, pela maioria absoluta de votos de seus membros, aprove moção de censura (somente podendo esta ser apresentada seis meses após a nomeação). O parágrafo único explicita que a moção de censura não importa na exoneração dos demais, nem a do Presidente do Conselho, se a ele não dirigida.

8.1. O texto constitucional vigente, em sua Seção VIII, traduz uma das partes mais vulneráveis da Constituição em si. Rotula-a a expressão "Dos Funcionários Públicos" e, na mesma, se inserem servidores públicos (gênero, de que os funcionários são a espécie), chegando a ventilar-se problemas de jurisdição.

Levantei objeção quanto à nomenclatura. A mesma, outras se somaram. O Relator do Comitê do Poder Executivo, Miguel Reale, de pronto, acatou a proposta, vigendo a fórmula "Dos Servidores Públicos".

8.2. A proibição de acumular proventos, como todos o sabem, nos termos do § 4º, art. 99, da Constituição atual, não se aplica aos aposentados, nos casos de exceção expressamente contemplados. Estes não abarcam, porém, o exercício do magistério, em termos explícitos.

O tratamento contrasta com o deferido aos militares, que podem perceber proventos da inatividade (reserva ou reforma), bem como os referentes ao exercício do magistério.

Em face desta e de outras ponderáveis razões, sugeri que o preceptivo do Anteprojeto, calcado no texto supremo em vigor, se ampliasse. A emenda foi acatada. O § 4º do art. 254, em sua parte final, se reporta à acumulação de proventos da inatividade com os vencimentos que se prendem às funções do magistério.

8.3. A situação dos aposentados, por sinal, continua a encarnar um dos pontos críticos de nosso contexto sócio-político. Aqueles que trabalharam durante largos anos, com remuneração, em princípio, escassa, quando fazem jus à aposentadoria, encontram-se enlaçados em problemas asfixiantes, acham-se jogados em uma situação de subvida. Por isto, apresentei emenda que se veio a cristalizar no § 1º do art. 257. Este preceito reza que "Os proventos da inatividade serão revistos

sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos servidores em atividade, a partir da mesma data e na mesma proporção, bem como sempre que for transformado ou, na forma da lei, reclassificado o cargo ou função em que se deu a aposentadoria. Estender-se-ão aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade”.

9. Relativamente ao Poder Judiciário, visei à consagração de nova Justiça Especial, vale dizer: a Justiça Agrária.

Há muito, sinto e penso que, para que a Reforma Agrária se mobilize, em sua autêntica expressão, os problemas brotados do agro devem ser drenados para uma Justiça especializada. Tal como sucedeu, apesar dos óbices enfrentados, com as relações de trabalho, que vieram a ser submetidas à Justiça do Trabalho.

A propósito, levantei argumentos e enviei longa exposição — com o articulado respectivo — ao Comitê Temático.

Não a pude defender verbalmente, porquanto, conforme acentuei de início, os comitês funcionavam em ritmo simultâneo. Quando o assunto foi ventilado, estava ausente.

Soube, através de Miguel Reale — quando lhe indaguei, *en passant*, qual a destinação que tivera a Justiça Agrária —, que seu posicionamento vencera, em detrimento do meu, vindo também a vencer em Reunião Plenária. Daí, a determinação do art. 291. O mesmo remete à lei a criação de Varas Regionais de Justiça Agrária, nos termos expressos que o preceptivo condensa.

9.1. O art. 295, § 1º, recebeu emenda que partiu de mim, de outros membros da Comissão e que marcada foi, em derradeira análise, pela co-autoria.

Reporta-se o mesmo à competência da Justiça Militar, em face dos civis.

Tal como se acha redactado, o foro especial não mais se estenderá a estes, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. Abrangê-los-á apenas “em tempo de guerra”, nos casos expressos em lei, para repressão de crime contra a segurança externa do País ou as instituições militares.

Riscou-se, pois, a expressão “segurança nacional”, pela filosofia que a anima e pela abrangência de que se veio a revestir.

10. O Anteprojeto não contempla, em conjunto, a Ordem Econômica e a Social, como vem, tradicionalmente, sucedendo em nosso meio, desde a Constituição de 1934 — que imprimiu conotações distintas à

nossa democracia, ajustando-a às modernas tendências socialistas, que promanam, inclusive, de diversas Encíclicas Papais.

Trata, pois, em primeiro lugar, da *Ordem Econômica*, que teve, como Relator, Alberto Venâncio Filho.

No atinente à mesma, apresentamos tão-só algumas emendas, durante Reuniões Plenárias, não tendo havido condições para que assistíssemos às reuniões dos Comitês Temáticos.

O parágrafo único do art. 315, segundo o articulado do Comitê, estatuiu que “A ordenação da atividade terá como objetivo os seguintes preceitos...” (de imediato arrolados).

Através de insistente sugestão, *consegui* que a palavra “preceitos” fosse substituída pela expressão “princípios”.

Justificou-se minha atitude, pela relevância das normas constitucionais de **princípio**, no conjunto de regras que formam um texto supremo.

De resto, se, no setor da Ordem Social, se estava a efetuar remissão a princípios, seria lógica a unidade de orientação.

10.1. Foi alvo de emenda minha o preceptivo referente ao regime de concessão dos serviços públicos (federais, estaduais e municipais).

Em função da mesma — aprovada —, ao invés de remeter-se a problemática, como o texto da Constituição atual o faz e como se pretendia efetuar, ao legislador comum (o que tem, na prática, trancado a dinamização do dispositivo), optou-se por ditame taxativo. Destarte, o parágrafo único do art. 325 do Anteprojeto acentua que “O regime de concessões dos serviços públicos federais, estaduais ou municipais obedecerá aos seguintes princípios...”

O texto valida-se **per se**, com todo o prestígio inerente às normas principiais.

10.2. No pertinente à função social da propriedade territorial rural, o articulado proposto determinava que esta propriedade “desempenha integralmente sua função quando, simultaneamente...”

Entendi que o dispositivo, tal como fora redactado, além de condensar em período curto dois advérbios de modo, adotara um tom descritivo, quando outro seria mais apropriado. Daí, minha sugestão, que integra ou compõe o § 1º do art. 331: “Para garantir a função da propriedade, mencionada neste artigo, seu uso será orientado no sentido de...”

10.3. O usucapião **pro labore** foi recontemplado. O texto pretérito persistiu. Ampliou-se, porém, por emenda que apresentei, a área de que o trabalhador se pode tornar proprietário. De 25 hectares, dila-

tou-se a mesma para 50 hectares. O art. 333 do Anteprojeto contém a modificação.

10.4. O parágrafo único do art. 171 (Const. atual) transmudou-se no parágrafo único do art. 339 (Anteprojeto). Em face de emenda minha, este assevera: "Não se fará, sob pena de nulidade e de crime de responsabilidade, alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares."

11. Na esfera da Ordem Social, em que esteve na proa Evaristo de Moraes Filho, como Coordenador, Secretário e Relator, estabeleceu-se um certo descompasso, entre o que realmente apresentei e o resultado final.

**Mea culpa**, frise-se de pronto. O Comitê da Declaração de Direitos e Garantias, inicialmente, pretendia imprimir amplitude ainda maior a esta Declaração. Destarte, ao elaborar trabalho dirigido à mesma, nela inseri direitos dos trabalhadores, de sorte a tornar claros meus pontos de vista. Neste interim, a matéria foi drenada para o Comitê da Ordem Social. E lá minudeada foi, sem que tivesse ocasião de desvelar meu pensamento e de sublinhar o que acentuara, uma vez que, ainda no caso, não assisti a todas suas sessões.

Direitos, pois, que se acham inculpados na Ordem Social — e que referira no trabalho endereçado ao Comitê I — não integram nenhuma página escrita, de minha autoria, drenada diretamente ao Comitê da Ordem Social. O trabalho que redigi para este, por determinação de seu Coordenador, versou sobre a Família.

A documentação da Comissão, entretanto, prova que emendas acolhidas no texto final foram, em realidade, também por mim apresentadas (resultando, é óbvio, em co-autoria). Por isto, ao vê-las inculpidas no documento definitivo, não insisti sobre as mesmas, o que seria distender exposições, quando o tempo era escasso. Por isto, em contrapartida, ao prestar um depoimento de cunho pessoal, não posso deixar de referir o fato, que, se passasse em branco, teria tornado pouco expressiva minha inscrição no Comitê em pauta.

Assim — e apenas para exemplificar —, sugeri o salário mínimo real e o direito de greve, nos termos do Anteprojeto. Coloquei em pauta a liberdade de associação sindical, convergindo o conteúdo proposto com o dispositivo aprovado.

11.1. Em reuniões plenárias, porém, pertinentes a esta dimensão, trouxe expressamente à tona algumas das matérias já versadas no estudo que entregara à Comissão da Declaração de Direitos. Assim, a que veio resultar no incisp IX do art. 343: "Uso obrigatório de medidas tecnológicas, visando a eliminar ou a reduzir ao mínimo o índice de insalubridade nos locais de trabalho. Assim, a que se condensou no inciso X do mesmo preceptivo: "Proibição de trabalho em

indústrias insalubres e de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos.”

Eliminou-se, pois, a proibição do trabalho da mulher nestas indústrias. Tive ocasião de tecer argumentos e de relembrar os já formulados, em outros momentos, por Evaristo de Moraes Filho. A vedação era discriminatória — como o é. Logo, a orientação certa seria, como foi, a do Anteprojeto, respaldando não a mulher, mas, sim, mulher e homem, vale dizer: o ser humano em si.

11.2. É emenda em co-autoria — da qual participei — a que cristaliza a compatibilização entre estabilidade no emprego e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Em realidade, ambos, ao invés de atritar-se, podem — e devem — conviver. A alternativa ou, portanto, fez-se suceder a copulativa e.

11.3. Sugerira que, no rol dos direitos dos trabalhadores, se mencionasse, expressamente, a aposentadoria com salário integral, aos 30 anos de trabalho, e aposentadoria após 25 anos de trabalho efetivo, se a lei o referisse como penoso.

O Anteprojeto, porém, veio a deferir à lei complementar o assegurar aposentadoria aos trabalhadores, levando em linha de conta o sexo e a respectiva profissão.

Penso ainda que mais acertado seria se o direito em pauta — incrustado no Capítulo da Seguridade Social, expressão preferida face à relativa à Previdência Social, por sua maior abrangência (como lucidamente demonstrou o Relator) — fosse frontalmente contemplado e definido no texto do Anteprojeto.

De qualquer sorte, de modo positivo, a aposentadoria reveste-se de maior amplitude. O artigo em pauta torna-a extensiva às **donas-de-casa** e às **camponesas**.

Apresentei emendas, para uma e outra situações.

A aposentadoria da dona de casa — defendida também por Florisa Verucci com a determinação que lhe é peculiar — estava a tropeçar em empecilhos. Neste ínterim, em Reunião Plenária, em discussão a temática da Ordem Econômica, foi aprovado o parágrafo único do art. 318, que determina: “Considera-se atividade econômica atípica aquela realizada no recesso do lar.”

Estava, destarte, construída a ponte, que permitiu consagrar a aposentadoria de tantas mulheres que, por esta ou aquela razão, permanecem a atuar nos limites do lar. A esta aposentadoria, pospôs-se — e insisti na aceitação da emenda, havendo entregue, inclusive, à Comissão, a reivindicação, por escrito, das mulheres camponesas do Rio Grande do Sul —, exatamente, a da mulher que trabalha no campo. O objetivo foi deferir justo direito à mulher casada, que se

não pode aposentar, embora enfrente triplíce jornada de trabalho (no lar, nas plantações ao redor da casa, no campo). De ser assim, enviando, percebe tão-só ínfima pensão. Ao revés, as separadas (ou divorciadas), bem como as "solteironas", como elas próprias se rotulam, usufruem deste direito. Mencionei, pois, propositalmente, apenas as camponesas, porquanto, se o texto se reportasse às que fossem casadas, por via interpretativa, poder-se-ia concluir que as outras não fossem depositárias de igual direito.

12. O art. 354, **caput**, ao frisar que "é dever do Poder Público promover e atender a saúde", "garantindo a todos condições ambientais e de saneamento", e acentuando que a mesma se traduz, de acordo com a concepção da Organização Mundial da Saúde, no "estado de completo bem-estar físico, mental e social", carrega em seu bojo emenda minha.

12.1. Quando o art. 354 fixa que o Plano Nacional de Saúde abrangerá diversas iniciativas, dando, naturalmente, prioridade às que de pronto elenca, traduz emenda em co-autoria (de Hilton Rocha, único médico da Comissão, e minha). Encarna-se ela nos seguintes incisos: I — medicina social, compreendendo assistência médico-sanitária preventiva; ... III — expansão dos serviços de atenção primária; IV — reabilitação; ... VIII — desenvolvimento da formação da carreira e da organização dos profissionais da saúde.

12.2. O **caput** do art. 358 contém outra emenda de que fomos co-autores (Hilton Rocha e eu). A matéria sobre que versa é polêmica. Suscitou acirradas discussões e divergências; mas, por contemplar necessidades muito fundas, acabou por ser consagrada no Anteprojeto. Nos termos seguintes: "A lei disporá sobre a criação de facilidades para o transplante de órgãos, permitindo-se sua remoção de cadáveres humanos, independentemente de autorização em vida, desde que não haja oposição da família."

Houve cautela em torno do preceptivo que tem elevado alcance, mas também elevado grau de periculosidade. Esta cautela revela-se através do parágrafo único ("Fica proibido o comércio de órgãos humanos").

Houve, correlatamente, declaração de voto, por escrito, em contrário (Pe. Fernando Bastos D'Ávila e Mauro Santayanna).

13. No pertinente à Família, elaborei, repito, estudo, por solicitação de Evaristo de Moraes Filho. Nele (em forma de conclusões, portanto, não em articulado), incluí o que entendera necessário ser abordado.

Defendi o ponto de vista de que à família em si deveria ser deferido o direito à proteção do Estado, apagando-se a restrição atual, que sob esta proteção coloca tão-só a que se constitui pelo casamento. O corte justificou-se, pelas realidades que repontam em nosso contexto social.

Deste ponto de vista e de outros brotou o art. 362, que se reporta expressamente ao casamento, mas que abarca por igual as outras uniões. Fixa, pois, o seguinte: "A família, constituída pelo casamento ou por uniões estáveis, baseada na igualdade entre o homem e a mulher, terá a proteção do Estado."

Em ratificando o sugerido no trabalho supramencionado, vi ser composto, em co-autoria, o § 1º do art. 363: "Os filhos havidos dentro ou fora do casamento terão iguais direitos e qualificações."

A matéria — contemplada, atenuadamente, pelo Projeto do Código Civil — merece, como tantas outras, por sua importância, tratamento constitucional. As Leis Supremas da atualidade confortam este ponto de vista (v.g., Constituição portuguesa de 1976 — 1ª revisão em 1982; Constituição espanhola de 1978; Constituição italiana de 1947; Constituição peruana de 1979).

O § 2º do preceptivo supra-referido foi por mim proposto, com base em um dos memoráveis esquemas de Cândido Mendes e com base ainda, v.g., na Constituição do Peru (1979).

Estabelece, assim, que "aos deveres dos pais para com os filhos correspondem os deveres dos filhos para com os pais".

13.1. O art. 364 — redigido em co-autoria e refletindo, inclusive, minha sugestão, expressa no trabalho apresentado ao Comitê Temático — nivela os genitores, retirando o pátrio poder das mãos do homem, para torná-lo também exercitável pela mulher. Fixa, destarte, o Anteprojeto: "Os genitores terão iguais direitos e deveres, podendo o pátrio poder ser exercido por qualquer deles, subordinando-se esse exercício aos interesses dos filhos, quer de ordem material, quer de ordem moral."

13.2. O § 2º do art. 365 foi por mim apresentado e recusado no Comitê (Ordem Social). Reabri o problema em Reunião Plenária. A emenda veio a ser aprovada, tendo conseguido sensibilizar a maioria da Comissão.

**Data maxima venia**, não concordamos com o Relator, quando, em magnífico livro já publicado, sobre o Comitê da Ordem Social, reputa a emenda casuística, vindo a obstar a atuação do legislador comum. Isto porquanto um de meus objetivos foi, precisamente, o de limitar esta atuação, impedindo que se normatize a respeito, como o fez a Lei do Divórcio. Dificultada a realização de novo casamento, mediante a fixação de prazos por demais alongados e, sobretudo, impossibilitado o indivíduo (homem ou mulher) de casar mais vezes, ulteriormente ao 2º divórcio, está a estimular-se em verdade, embora por via oblíqua, as uniões de fato.

A providência drástica da emenda — “A lei não limitará o número de dissoluções” (§ 2º do art. 365) — objetiva a evitarmos a composição social que se está a efetuar (proliferação de uniões de fato) e que não é a que, por n razões, nosso Estado procura consolidar.

13.3. No trabalho sobre a Família, enviado ao Comitê sob exame, contemplei o planejamento familiar, considerando a indispensabilidade de lhe ser estendido tratamento constitucional. Pensei — e penso — que simboliza medida profilática, em relação ao aborto; que colabora para reduzir a legião de crianças subnutridas (valendo a assertiva de Claude Bernard — “D’abord, il faut manger...”); que coopera para que não venham a ser concebidos filhos não queridos, aos quais é destinada uma ambiência negativa.

A Comissão convergiu. Emendas acoplaram-se. Surgiu, assim, o art. 366, dispondo que “É garantido aos pais o direito de determinar livremente o número de filhos, sendo vedada qualquer forma coercitiva em contrário, pelos poderes públicos e pelas entidades privadas”. O parágrafo único, completando-o, reza: “É obrigação do poder público assegurar o acesso à educação, à informação e aos meios e métodos adequados de controle da natalidade, respeitadas as convicções éticas e religiosas dos pais.”

Creio, entretanto, que melhor fora referir-se o parágrafo a “meios e métodos adequados de contracepção”, já que a expressão “controle da natalidade” não se ajusta ao conceito do planejamento.

14. Retirei as emendas sobre as **populações indígenas**, subscrevendo o substitutivo de José Afonso da Silva, que chancelou, com segurança e lógica, as reivindicações de diversas entidades, vinculadas aos interesses das mesmas.

15. No que diz respeito à Educação — conforme acentuei previamente —, remeti trabalho ao Comitê Temático, coordenado por Eduardo Portella e que teve Cândido Mendes como Secretário e Relator. Apresentei sugestões articuladamente. Várias delas foram ratificadas, inclusive em Plenário, vindo a integrar o texto em co-autoria. Tal sucedeu com os incisos IV e VII do art. 385 (“participação adequada, na forma da lei, de todos os integrantes do processo educacional nas suas decisões”; “valorização do magistério em todos os níveis, com garantia de padrões mínimos de remuneração fixados em lei federal”).

15.1. No art. 390, que se reporta ao acesso ao processo educacional, o inciso I (emenda em co-autoria, incluindo meu pensamento expresso no estudo remetido ao Comitê) determina que aquele acesso será assegurado pela “gratuidade do ensino público em todos os níveis”.

O item IV cristaliza sugestão por mim apresentada. Sofreu, em Plenário, apenas uma alteração de conteúdo, vindo a efetuar-se refe-

rência a “vestuário”, ao invés da remissão proposta a “instrumentos de estudo”. Estabelece-se, destarte, como garantia ao acesso em pauta, o “auxílio suplementar ao estudante para alimentação, transporte e vestuário, caso a simples gratuidade de ensino não permita, comprovadamente, que venha a continuar seu aprendizado”.

16. Sobre o Título VII (Defesa do Estado, da Sociedade Civil e das Instituições Democráticas), projetou-se minha preocupação, centrada na destinação das imunidades parlamentares, durante o estado de sítio.

A preocupação fluiu, como flui, do preceito constitucional vigente (Emenda Constitucional nº 1, de 1969), que possibilita sua suspensão, por deliberação da Casa a que pertencerem. Diferentemente do que estatuiu a Constituição de 1946, empapada de temperamentos democráticos, não se fala no *modus faciendi*, omitindo-se, pois, a maneira pela qual se processará a suspensão.

Dai a emenda que apresentei — e que nos faria retornar ao modelo anterior. Seu conteúdo foi chancelado, com algumas alterações (donde a co-autoria), através do art. 433, que fixa: “As imunidades dos membros do Congresso Nacional subsistirão durante o estado de sítio; todavia, poderão ser suspensas, mediante o voto de dois terços dos respectivos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, as do Deputado ou Senador cujos atos, fora do recinto do Congresso, sejam manifestamente incompatíveis com a execução do estado de sítio”.

O Anteprojeto reporta-se (e tal não houvera sugerido) a atos fora do recinto do Congresso. Logo, os praticados dentro do Congresso refogem à possibilidade de simbolizar embasamento para a suspensão das imunidades.

17. Ao aproximar-se o término dos trabalhos, colaborei no Comitê das Disposições Adicionais, a convite de Mário Martins, seu Coordenador, e de Mauro Santayana (que conduziu com eficiência e dinamismo a Comissão em si, como Secretário Executivo).

No mesmo, apresentei emenda aprovada e ratificada ulteriormente na derradeira Reunião Plenária. Consubstanciando-se no art. 393, determinou que “Será facultativo o ensino religioso nas escolas oficiais”.

Eliminou-se, pois, a parte final do *caput* do articulado, que afirmava: “sem constituir matéria do currículo”. Assim devera ser, eis que se conflitaria com o que o parágrafo único determinou: “Defere-se aos alunos, ou a seus representantes legais, o direito de exigir a prestação daquele ensino, no horário e programa escolar, de acordo com a confissão religiosa dos interessados.”

Por lapso, aquela determinação final está a figurar no texto do Anteprojeto. Em realidade foi suprimido, por expressiva votação, naquela Reunião Plenária.

18. Nesse período, porém, em que os trabalhos chegavam ao ponto buscado, cingi-me ao Comitê de Sistematização.

Atuei, então, ao lado de Cândido Mendes, em tríplice dimensão — na pertinente às Disposições Preliminares (Dos Princípios Fundamentais; dos Direitos e Garantias; do Direito à Nacionalidade; dos Direitos Políticos; dos Partidos Políticos); na vinculada à Educação, à Cultura e à Comunicação Social; na relacionada à Saúde, ao Meio Ambiente, à Ciência e Tecnologia.

Nas duas primeiras, na condição de Revisora, sendo aquele Mestre o Relator. Na terceira, como Relatora, sendo Cândido Mendes o Revisor.

Meu Relatório, pois, abarcou o setor da Saúde, notando-se que Hilton Rocha enviara ao Comitê pedido de que este tema, ao invés de interligar-se ao Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia, fosse deslocado para a Ordem Social. O ponto de vista não foi acatado. No entanto, aprovou-o a derradeira Reunião Plenária. Incrustam-se, pois, na Ordem Social os preceptivos atinentes à mesma, como o demonstra o texto final do Anteprojeto.

Participei, com os demais componentes do Comitê, de trabalhos conectados a outros setores do Anteprojeto, pronunciando-me, em especial, naqueles que estavam mais diretamente afetos a Luiz Pinto Ferreira, Evaristo de Moraes Filho, Sepúlveda Pertence e Raul Machado Horta.

\* \* \*

Este retrospecto, seja-me permitido acentuar, fez-me sentir talvez mais agudamente do que nunca, dando a este sentir a cobertura da racionalidade, o quanto foi expressivo e relevante o trabalho da Comissão Afonso Arinos.

Trabalho sem remuneração econômica, porém sublinhado por compensações múltiplas. De ordem intelectual, em face dos debates no plano alto das idéias. De ordem afetiva, pelas amizades que surgiram ou que, já de ontem, ainda mais se estreitaram.

Trabalho que não poderá ser minimizado pela Assembléia Constituinte, marcado, como se acha, por ímpeto democrático e renovador, que o torna ajustável ao século que se aproxima, norteando-o rumo à linha fugidia do horizonte;

Trabalho que, numa palavra, pelo que oferece como alicerce e orientação, na esfera constituinte, vive no hoje, engrandecido, talvez, pelas críticas negativas com que o tentaram enredar. E que, mais do que isto, permanecerá no tempo. Como um legado, tecido de determinação consciente e de imbatível idealismo, que as gerações vindouras, por certo, hão de colher e acolher. Por igual, com idealismo imbatível. Por igual, com consciente determinação.

# Mediação e bons ofícios

## Considerações sobre sua natureza e presença na história da América Latina

JOSÉ CARLOS BRANDI ALEIXO

Ph.D Professor e Diretor da Faculdade de Estudos Sociais e Aplicados da Universidade de Brasília

"Na Ordem Internacional, o Brasil, sem descuidar da defesa da sua Soberania, persevera na tradicional política de Paz em obediência às normas do Direito, do respeito aos tratados, da colaboração com as Nações Unidas em todas as iniciativas que visem à Tranquilidade e à Segurança dos Povos, ao emprego de meios pacíficos para a solução das controvérsias, aos bons ofícios para evitar crises entre as Nações, mantendo, assim, a secular tradição jurídica e diplomática que assegurou ao Brasil a aquisição e permanência de seu território. (...)" (Preâmbulo escrito por AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, presidente da Comissão de Estudos Constitucionais, para o anteprojeto de uma nova Constituição do Brasil, setembro 1986, DO, 26-9-86, Suplemento especial ao nº 185, p. 4.)

### SUMÁRIO

*I — Introdução. II — Considerações sobre a natureza da mediação e dos bons ofícios. III — Exemplos de mediação e de bons ofícios na história da América Latina. IV — Considerações finais. V — Bibliografia.*

#### I — Introdução

A solução pacífica das controvérsias é antigo anseio da humanidade e um princípio consagrado em Constituições assim como em Cartas de

Trabalho preparado para o IV Cclóculo América Latina/Europa, organizado pelo Conselho Europeu de Investigações Sociais sobre América Latina. Milão, dezembro de 1986.

Organismos internacionais. Na América Latina a existência de alguns conflitos, como os da América Central e das Ilhas Malvinas, é motivo de justa preocupação. Entre os métodos mais promissores para encontrar soluções mutuamente satisfatórias para as Partes encontram-se os bons ofícios e a mediação. Neste contexto é particularmente oportuno buscar na História, considerada a *magistra vitae*, exemplos dos quais se possam extrair ensinamentos e inspirações para os desafios contemporâneos. É neste sentido e com este propósito que se elaborou o presente trabalho. Após considerações sobre a natureza da mediação e dos bons ofícios, reúnem-se nele numerosos exemplos de sua aplicação na vida da América Latina.

## II — Considerações sobre a natureza da mediação e dos bons ofícios

A paz constitui uma das grandes aspirações da humanidade <sup>(1)</sup>. Para a sua preservação os membros da ONU comprometem-se a não recorrer à ameaça ou ao uso da força assim como a resolver por meios pacíficos as controvérsias internacionais <sup>(2)</sup>.

Em âmbito mundial, antes do surgimento da ONU, numerosas conferências e convenções trataram da mesma matéria. São exemplos a Conferência de Paris de 1856 (Protocolo mediante o qual os Estados signatários se comprometiam a aceitar os bons ofícios de uma potência amiga em caso de conflito); as Conferências de Haia de 1889 e 1907; o Pacto Briand-Kello (27 de agosto de 1928), que, além de condenar a guerra, estabeleceu para as Partes contratantes a obrigação de recorrer aos meios pacíficos para conciliar as divergências internacionais; o Ato Geral para a Solução Pacífica dos Litígios Internacionais, adotado pela Liga das Nações em 28 de setembro de 1928 <sup>(3)</sup>.

No sistema interamericano, os Estados assumiram deveres desta mesma natureza. São exemplos o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca, assinado no Rio de Janeiro em 2 de setembro de 1947 (artigos 1º e 2º); a Carta da Organização dos Estados Americanos, inicialmente aprovada em 30 de abril de 1948 e reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, de 27 de fevereiro de 1967 (artigo 2º do texto em vigor); e o Tratado Americano de Soluções Pacíficas ou Pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948 (artigos 1º e 2º). Este Tratado é um cumprimento do que se dispôs no artigo 26 da Carta da OEA.

(1) Disse o Papa João XXIII: "Il mondo odierno aspira a due grandi beni: la pace e il pane". Alocução dirigida aos participantes da XI Conferência da FAO, em 22 de novembro de 1961. *Acta Apostolicæ Sedis*, 1961, p. 814. Manter a paz é propósito primordial da ONU afirmado no artigo 1º da Carta de São Francisco.

(2) Artigo 2º da Carta de São Francisco.

(3) JORGE PEIRANO BASSO enumera muitas convenções e tratados onde há artigos concernentes à mediação ou aos bons ofícios. *Mediación y Buenos Oficios*. Montevideu, Idea, 1983, pp. 26-7.

Podem ser considerados precedentes próximos importantes a estes três instrumentos o Pacto Gondra de 1923 para Evitar ou Prevenir Conflitos entre os Estados Americanos, a Convenção Geral de Conciliação Interamericana, de 5 de janeiro de 1929, o Tratado Antibélico de não Agressão e Conciliação (Pacto Saavedra Lamas), de 10 de janeiro de 1933, e o Tratado Interamericano sobre Bons Ofícios e Mediação, de 23 de dezembro de 1936.

Precedente mais remoto e muito significativo constituiu o Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua celebrado, em 1826, em Panamá, entre as Repúblicas que aí compareceram. De acordo com o artigo XIII deste Tratado, são entre outros objetivos principais da Assembléa Geral de Plenipotenciários das Potências Confederadas: "Contribuir al mantenimiento de una paz y amistad, inalterables entre las potencias confederadas, sirviendoles de consejo en los grandes conflictos, de punto de contacto en los peligros comunes, de fiel intérprete de los tratados y convenciones públicas que hayan concluido en la misma Asamblea, cuando sobre su inteligencia ocurra alguna duda, y de conciliador en sus disputas diferentes; Procurar la conciliación y mediación entre una o más de las potencias aliadas, o entre estas con una o más potencias extrañas a la Confederación que estén amenazadas de un rompimiento o empeñadas en guerra por quejas de injurias, daños graves y otras causas" (4).

Nestes e noutros documentos encontra-se grande variedade de meios pacíficos de resolver controvérsias (5). Entre estes merecem particular relevo os bons ofícios e a mediação. O presente trabalho restringe-se ao estudo destes meios.

Os autores não estão sempre de acordo sobre as características e especificidades da mediação e dos bons ofícios. As fronteiras não são sempre muito nítidas. As diferenças parecem ser mais de grau que de natureza. Entende-se assim que a Carta da ONU não mencione os bons ofícios

---

(4) GARCIA BAUER, Carlos. *Universalismo y Panamericanismo*. Guatemala, Universitária, 1968, p. 163.

(5) Os autores não estão sempre de acordo sobre seu número, classificação e características. Embora admitindo o teor controverso da matéria, CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO propõe três categorias de meios: diplomáticos (negociações diplomáticas bilaterais e multilaterais; serviços amistosos; mediação; bons ofícios); políticas (soluções dadas pelas organizações internacionais), e jurídicas (comissões de inquérito; conciliação; arbitragem; solução judiciária). *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, S.A., 1972, 2º vol., p. 681. Observa o mesmo autor (p. 689) que os modos políticos não deixam de ser diplomáticos. A solução de conflitos da ONU e as "comissões de investigação e conciliação" são consideradas ora jurídicas, ora políticas. Na verdade as três categorias não são sempre auto-excludentes.

como meio de solução pacífica de controvérsias (6). Já o artigo 24 da Carta da OEA menciona nominalmente os bons ofícios e a mediação.

OLAF HOLJER, citado por CELSO DE ALBUQUERQUE MELLO, descreve da seguinte forma os dois métodos: os bons ofícios seriam "as *démarches* e os atos por meio dos quais uma terceira potência procura aplainar e abrir a via às comunicações das partes interessadas ou reatar as negociações que foram rompidas" (7). Por sua vez a mediação seria "o ato pelo qual um ou vários Estados, seja a pedido das partes em litígio, seja por sua própria iniciativa, aceita livremente, seja por consequência de estipulações anteriores, se fazem intermediários oficiais de uma negociação com a finalidade de resolver pacificamente um litígio, que surgiu entre dois ou mais Estados" (8).

Diz a propósito JORGE PEIRANO BASSO:

"Los buenos oficios y la mediación tienen como rasgo común la intervención de un tercero en la solución pacífica de un conflicto internacional. Este tercero puede ser un Estado, una organización internacional o una personalidad eminente. Ahora bien, entre los buenos oficios y la mediación existe una diferencia de grado. El carácter predominante de la mediación radica en que el mediador propone una fórmula concreta de solución del conflicto, mientras que ésto no sucede en los buenos oficios. Aquí simplemente, quien los ejercita busca lograr el acercamiento de las partes, con el objeto de que por sí solas lleguen a una solución satisfactoria del diferendo" (9).

Em seguida o autor expõe as diferenças entre mediação e bons ofícios, de um lado, e conciliação, do outro.

Entende-se, pois, que, em geral, no caso dos bons ofícios, a terceira parte toma a iniciativa no sentido de colocar os litigantes em contato sem participar, posteriormente, da negociação propriamente dita. No caso

(6) Na prática frequentemente se usam os bons ofícios do Secretário Geral da ONU. O artigo 98 da Carta de São Francisco tem sido interpretado no sentido de ampliar suas funções. São exemplos as atuações do Secretário Geral em casos como o da crise dos mísseis soviéticos em Cuba (1962), o da questão de Chipre (1964), o do conflito entre Paquistão e a Índia (1965 e 1971).

(7) MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1972. 2.º vol., pp. 682-83.

(8) *Idem*, *ibidem*, p. 683.

(9) PEIRANO BASSO, Jorge. *Buenos Oficios y mediación. La Práctica Internacional en el Último Cuarto de Siglo*. Montevideo, Idea, 1983, p. 17. Colocação semelhante encontra-se no artigo de Policarpo Callejas Bonilla: "La mediación como procedimiento de solución pacífica de controversias internacionales", publicado em *Noveno Curso de Derecho Internacional*, Rio de Janeiro, Washington, Secretaría General de la OEA, 1983, vol. I, 1983, p. 152.

da mediação, freqüentemente os litigantes solicitam os préstimos de terceiros que tomam parte direta e ativa nas negociações e estabelecem as bases do acordo.

As Comissões de Conciliação podem desempenhar papel semelhante ao do mediador. A conciliação parece ser uma mediação "institucionalizada" sujeita a regras de procedimento (normas da Comissão de Conciliação).

Conforme a Resolução XXXVI da sétima Conferência Internacional Americana, ocorrida em Montevidéu, em 1933, não se deve considerar como ato inamistoso que um ou vários Estados ofereçam seus bons ofícios ou mediações a outros Estados. Naturalmente a não aceitação tampouco pode ser interpretada como ato inamistoso.

No Pacto de Bogotá de 1948 são caracterizados os procedimentos dos bons ofícios (artigos IX e X) e os de mediação (XI e XII). Os atores podem ser governos ou cidadãos eminentes. Conforme o artigo XII, o mediador atuará da maneira mais simples e direta, evitando formalidades e procurando encontrar uma solução aceitável. Abster-se-á ele de elaborar qualquer informe, e, no que lhe diz respeito, os procedimentos serão absolutamente confidenciais. Vale acrescentar que a participação dos governos pode ocorrer quer através de organismos internacionais, quer fora deles.

Os bons ofícios e a mediação são elementos muito importantes da diplomacia multilateral, característica de organismos internacionais. Ela pode introduzir um elemento "neutro" no sentido de que os litigantes acelerem ou até mesmo iniciem as negociações entre si. Quando se coloca, contudo, muito em evidência um problema, pode vir a ser mais difícil preservar aquele grau de discrição, reserva e intimidade convenientes para o êxito da mediação.

Todos os países têm o dever de contribuir, dentro de suas possibilidades, para a defesa da justiça e da paz. Mas este dever está sujeito à discrição de cada país que deve considerar o conjunto de circunstâncias. Se estas não são favoráveis à mediação, pode assemelhar-se a uma ingerência prepotente.

Pode-se falar de certa relação entre a natureza da controvérsia e o meio de solução. Diz a propósito LUIS VALENCIA RODRIGUES:

"Cuando los elementos políticos priman en la índole de la controversia, se diría que son más apropiadas la negociación, la conciliación o la mediación, mientras que cuando su carácter está determinado por elementos esencialmente jurídicos, es más aconsejado el recurso al arbitraje o el arreglo judicial" (10).

(10) VALENCIA RODRIGUES, Luis. *Principios de las Naciones Unidas*. Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1972, p. 119.

Vale observar que ao Tribunal arbitral não cabe a função de mediador. Já o art. 37 da 1ª Convenção de Haia de 1907 estabelecia que o árbitro deve dar sua decisão "sobre a base do respeito ao direito".

Sobre mediação e mediador são muito pertinentes estes comentários de JULIUS STONE:

"Pela natureza da mediação, encaminhada como está a conseguir um acordo, os méritos da controvérsia sobre os fatos ou o direito se encontram quase necessariamente subordinados.

Para lograr êxito, o mediador se inclina, portanto, a provocar a transação mais que a aconselhar a adesão a um princípio legal (HYDE, *International Law: The Collected Papers of Sir Cecil Hurst*, 1950). O mediador tende, em definitivo, a seguir a linha da menor resistência e não necessita provocar um juízo objetivo — ou pelo menos não está obrigado a fazê-lo sobre os pontos postos à sua consideração. Por outra parte, a mediação tem um valor que contrabalança este inconveniente, isto é, que uma solução lograda por este procedimento tem melhores perspectivas de solucionar as mútuas relações dos contendentes" (11).

O mediador deve conhecer previamente o problema em seus múltiplos aspectos. Sua proposta não pode ser apresentada sobre bases abstratas já que deve basear-se em fatos concretos e nos direitos e interesses dos litigantes. Contudo, o mediador carece de poderes para impor sua fórmula contra a vontade das partes. Se isto ocorresse, haveria intervenção.

O verdadeiro mediador não deseja atribuir-se funções e poderes de alçada de outras autoridades, mas sim buscar, com a anuência das partes, uma solução adequada a um problema internacional. Sua ação reverte não em benefício próprio mas sim direto das partes litigantes.

Sobre a natureza da mediação diz VALENCIA RODRIGUES:

"El mediador tiene el deber esencial de apreciar con imparcialidad y buena fe las razones invocadas por una u otra de las partes, sin pretender imponer un juicio intransigente, aunque sea baseado en la aplicación estricta del derecho. El mediador debe ser un amigo imparcial, que procure un arreglo equitativo.

La mediación puede aplicarse en cualquier clase de controversia entre los Estados, aunque de preferencia en aquellas en que predominan los elementos políticos. Por su misma naturaleza, puede adaptarse a cualquier circunstancia y revestir múltiples formas. Gracias a su carácter de delicadeza y flexibilidad, pueden

(11) STONE, Julius, *Legal Controls of International Conflict*, New York, Rinehart and Co. I vol., pp. 71-72.

evitarse mediante ella peligrosas susceptibilidades que generalmente tienden a agravar el problema" (12).

Observa o mesmo autor:

"La persona misma del mediador tiene especial importancia porque el mediador debe revestir prendas de imparcialidad y desinterés. Por lo regular, su actuación se desarrolla en una atmósfera cargada de temores y susceptibilidades nacionales. Debe actuar con mucha prudencia y tino, ya que a veces su misma conducta puede agravar la situación" (13).

O preclaro estadista peruano e notável juriconsulto Dr. José Luis BUSTAMANTE Y RIVERO pronunciou no Palácio Nacional de Lima, em 30 de outubro de 1980, memorável discurso, digno de constar nas melhores antologias sobre a natureza da mediação. O ilustre ex-presidente de seu país e da Corte Internacional de Justiça teceu considerações concisas e profundas sobre a matéria por ocasião da assinatura do Tratado Geral de Paz entre as Repúblicas de Honduras e de El Salvador para o qual contribuiu extraordinariamente como mediador.

Vale transcrever algumas passagens da aula magistral do orador, onde justifica sua fé profunda nas virtualidades da mediação:

"Entre as instituições de direito, há algumas que se assinalam por ser discretas, e isto ocorre com a mediação. Desenvolve-se com simplicidade, sem jactância nem exuberância de atuação. Caminha pela sombra sem fazer sombra a ninguém. É companheira mais que chefe: e na penumbra de sua sobriedade influi como conselho e não como mandado; persuade como amigo e não impõe como ditador.

O mediador não é juiz. Jamais pronuncia sentenças. Seu papel é recomendar, sugerir, fazer espreitar a verdade; fazer a justiça para que as partes a adotem. O mediador não manda, inspira; limpa o caminho de mazelas para fazer mais visível o direito. Deixa que os contendores ditem por si mesmos sua decisão para que tenham sua parte na satisfação do êxito. O êxito é a conciliação.

Mas pequenina em sua aparência como é, a mediação tem toda a prestância de uma magistratura. O mediador é juiz no sentido substantivo da imparcialidade. Enquanto imparcial, não é inferior ao julgador. Está obrigado, como o juiz, a não inclinar-se nem a um lado nem ao outro; a não mostrar preferência por uma ou outra das posições de quem litiga; a exibir sempre a postura de não prejudicar. Pródigo no conselho e na riqueza de

(12) VALENCIA RODRIGUES, Luis. *Principios de las Naciones Unidas*. Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1972, p. 119.

(13) VALENCIA RODRIGUES, Luis. Op. cit., loc. cit.

exposição, jamais impõe a opinião de fundo. Suas sugestões, suas insinuações, as fórmulas que consiga enunciar, não hão de ir além do limite que incumbe a um guia construtivo. Sua autoridade sobre as partes não é definidora nem redonda como a do juiz; mas sim uma autoridade moral. O juiz profissional exercita um autêntico mando, impõe sua decisão como um império cuja força plena lhe empresta a lei: mas o mediador, ao invés, deve instilar seu influxo antes como um eflúvio, como uma emanação da intimidade que lhe proporciona sua própria função de intermediário amigo. Jamais sai de sua pena uma sentença. Seu magistério é *sui generis*, emana não dos códigos, mas da profunda essência das coisas; de alguma dessas verdades imanentes que brotam impetuosamente da natureza humana; ou de alguma característica especial descoberta nas profundidades do problema mesmo; ou da própria voz da consciência. Daí que, sem estarem escritos, estes motivos sutis constituem preceitos impregnados na legislação da alma e cobram, por si mesmos, um sentido profundo de autoridade. Por isso, quando tais motivos afloram ao exterior na forma de conselho, de convite, de tentativa de solução, a palavra do mediador pode às vezes calar mais fundo que a sentença de um juiz. Afortunados os conflitos em cujo desenlace teve parte, mais que a linha rígida do preceito de um código, ou a sentença de um Tribunal, o desabrochar persuasivo e humano desses impalpáveis instrumentos de ajuda que conduzem, como se fosse pela mão, a uma coincidência em que as partes sentem girar quase espontaneamente seus critérios para a reconciliação e a paz.

Resta ainda mencionar outra vantagem da figura da mediação. Os juizes só julgam sobre o passado. Mas onde uma mediação está em jogo, não há óbice jurídico para que, nos debates de um caso, se contemple também sua projeção sobre o porvir. Nada impediria a um mediador formular considerações pelas quais, no caso de adotar-se pelas partes uma determinada orientação transaccional, pudessem derivar-se deste caso conseqüências futuras de tal modo vantajosas, que determinassem no amanhã o desaparecimento do problema litigioso ou um resultado equivalente a uma sentença favorável<sup>(14)</sup>.

Cabe ressaltar outro aspecto benéfico da mediação. Sendo muito limitada a capacidade da sociedade internacional de exercer coerção, sentenças de juizes e laudos de arbitragem muitas vezes não são executados. No caso da mediação as partes chegam entre si a um acordo e seu cumprimento é conseqüência lógica de suas próprias decisões.

(14) Citado por POLICARPO CALLEJAS BONILLA en La mediación como procedimiento de solución pacífica de controversias internacionales. IX Curso de Derecho Internacional. Washington, Secretaría General de los Estados Americanos, 1983, pp. 156-8.

### III — Exemplos de mediação e de bons ofícios na história da América Latina

Na história da humanidade há numerosos exemplos de mediação e bons ofícios (15). Nos limites deste trabalho são considerados alguns daqueles que envolveram países da América Latina.

#### *Mediação na história do Brasil*

É de considerável importância a presença da mediação na história do Brasil. Contribuiu ela para a solução de controvérsias que envolveram o Brasil e através dela o Brasil levou Estados em litígio a um entendimento mútuo.

Não foi fácil, no século XIX, o reconhecimento da independência das colônias americanas por parte de suas metrópoles. Neste contexto foi relevante a mediação de Londres no sentido de que Lisboa reconhecesse a emancipação do Brasil. Isto ocorreu em 1825 apenas três anos após o Grito do Ipiranga. Destacou-se nesta tarefa Sir Charles Stuart, como agente do ministro inglês George Canning.

Na nossa história o nome de William Dougal Christie está associado a incidentes entre Rio de Janeiro e Londres. Foram consideradas incabíveis e desproporcionais pelo Governo do Brasil as exigências do representante britânico relacionadas com o saque, em 1861, do navio *Prince of Wales*, naufragado na costa rio-grandense, e com a prisão, em junho de 1862, na capital, de três ingleses, à paisana, oficiais de Marinha.

Após expirado um ultimato, navios de guerra ingleses apresaram cinco embarcações mercantes brasileiras, em 31 de dezembro de 1862. De acordo com a convenção assinada no Rio de Janeiro a 5 de janeiro de 1863, o Rei da Bélgica, Leopoldo I, atuando como árbitro, sentenciou favoravelmente ao Brasil, mas não de forma plenamente satisfatória. Houve rompimento de relações diplomáticas. Graças aos bons ofícios da legação portuguesa em Londres, o governo britânico tomou a iniciativa de reatá-las,

(15) JORGE PEIRANO BASSO, em estudo do período 1955-1979, fala de 80 exemplos de recurso à mediação e aos bons ofícios assim distribuídos geograficamente: 39 na África, 14 na Ásia, 9 no Oriente Médio, 9 na Europa e 9 na América. *Buenos Ofícios y Mediación*. Montevideu, Idea, 1983, p. 35. Países grandes e pequenos exercem tais funções. A atuação do Presidente do Conselho de Ministros da União Soviética levou a Índia e o Paquistão à Declaração de Tashkent, de 10 de janeiro de 1966. O Presidente dos Estados Unidos reuniu em setembro de 1978, em Camp David, o Presidente do Egito e o Primeiro Ministro de Israel que assinaram, no ano seguinte, um Tratado de Paz. O Conselho da Liga das Nações resolveu, em 1921, a disputa entre a Finlândia e a Suécia sobre as Ilhas Aland. Este caso deve ser lembrado a propósito do litígio entre Londres e Buenos Aires sobre as Ilhas Malvinas. A população desejava pertencer à Suécia. Prevaleceram, porém, considerações de caráter geográfico e histórico. Estocolmo aceitou a soberania finlandesa sobre as Ilhas. Por outro lado Helsínque reconheceu grande autonomia para seus habitantes.

e o ministro Thornton apresentou suas credenciais a Dom Pedro II quando este se encontrava em Uruguaiana (16).

Em 1895 a Inglaterra ocupou a Ilha de Trindade, situada ao longo da costa do Estado do Espírito Santo. Recusou-se o Brasil a resolver o assunto por arbitramento dada a inequívoca legitimidade de seus títulos. Aceitou, porém, a mediação oferecida pelo Governo do Rei Dom Carlos I, de Portugal. A Inglaterra reconheceu os títulos brasileiros e, no ano seguinte, mandou tirar as marcas de sua transitória ocupação da Ilha de Trindade (17).

Figura edificante de mediador encontra-se na pessoa egrégia de Afrânio de Melo Franco, ilustre internacionalista e chanceler brasileiro de 1930 a 1933. Valham dois exemplos desta modalidade de seu trabalho. Graças aos seus bons ofícios, representantes do Uruguai e do Peru assinaram, no Rio de Janeiro, no Palácio do Catete, a 19 de novembro de 1930, Ata pondo termo ao incidente diplomático ocorrido no mesmo ano entre ambos os países (18).

De particular importância foi a mediação de Afrânio de Melo Franco no litígio surgido entre Lima e Bogotá após a ocupação de Leticia por grupos peruanos, em setembro de 1932. Por sugestão do Peru, aceita pela Colômbia, foi escolhida a cidade do Rio de Janeiro para sediar as negociações entre as partes. O Chanceler Melo Franco foi convidado para presidir as negociações que tiveram início no dia 25 de outubro de 1933, com o beneplácito da Liga das Nações. Apesar de seu afastamento da Chefia do Itamarati em dezembro, Melo Franco permaneceu na direção da Conferência de Paz até a assinatura, em 24 de maio de 1934, do Protocolo de Amizade, que restabeleceu a soberania da Colômbia sobre Leticia e formulou outras disposições sobre o futuro da região. Em 13 de fevereiro de 1934 Melo Franco havia informado que, depois de estudar os memorandos, "ficaria inteiramente à disposição da conferência, sem limitação de tempo nem de hora, para qualquer das delegações, em conjunto ou separadamente. . . Pronto a envidar todos os seus esforços, ele se colocava entre as duas delegações, não como árbitro ou mediador, mas como um colaborador decidido a trabalhar diretamente com todos, exclu-

---

(16) OLIVEIRA LIMA, Manuel de. *O Movimento da Independência. O Império Brasileiro (1821-1889)*. São Paulo, Melhoramentos, 4ª ed., 1962, pp. 471-3.

(17) VIANA, Hélio. *História do Brasil*. São Paulo, Melhoramentos, 1967, vol. II, p. 248.

(18) Ministério das Relações Exteriores. *Relatório apresentado ao Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores — 1930*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1934, v. I, p. 58. O incidente originou-se no fato de ter a Legação do Uruguai em Lima asilado o ex-ministro do governo deposto, Dr. Jesus J. Salazar.

sivamente no interesse da paz" (19). Os dois países expressaram muitas vezes seu reconhecimento pela atuação do mediador. A Colômbia deu o seu nome a uma localidade fronteiriça. O Peru perpetuou o nome da filha Sílvia Amélia, falecida no auge das negociações, numa aldeia do departamento de Loreto e em 1952 denominou de Afrânio de Melo Franco a uma das belíssimas avenidas da cidade de Lima (20).

No contexto conturbado dos anos seguintes à queda do General Porfírio Dias, tropas norte-americanas, por determinação do Presidente Woodrow Wilson, ocuparam, em 21 de abril de 1914, a cidade mexicana portuária de Vera Cruz. Com os justos protestos de Victoriano Huerta no governo e de Venustiano Carranza na oposição e de outros e a não aceitação das condições exigidas pela Casa Branca, pareciam crescer as probabilidades de conflitos armados entre os dois países. Em 24 de abril, em Washington, o Embaixador do Brasil e os ministros da Argentina e do Chile ofereceram seus bons ofícios que foram aceitos pelas duas partes.

Em 20 de maio do mesmo ano, com a presença dos mediadores, abriram-se, no lado canadense das Cataratas do Niágara, as negociações entre os representantes do México (Emilio Rabasa, Augustin Rabasa e Luiz Elguero) e dos Estados Unidos (Joseph Lamar e Frederick W. Lehman). Embora em meio a grandes dificuldades e com resultados muito limitados, a mediação teve o grande mérito de ter contribuído no sentido de evitar uma guerra entre os dois países (21). O protocolo final foi assinado em 15 de junho de 1914.

(19) MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Um Estadista da República. (Afrânio de Melo Franco e seu Tempo)*. Rio de Janeiro, Agular, 1977, p. 1085. Neste capítulo XXXIII do livro o autor expõe magistralmente as vicissitudes e complexidades da Questão de Leticia e as dificuldades do processo de mediação. Retrata a interação entre as personalidades, os governos e organismos internacionais envolvidos. Interessante é ressaltar que por vários meses Leticia, após a retirada dos peruanos, ficou sob a Administração de uma Comissão da Liga das Nações composta de um coronel do Exército americano, um capitão da Marinha brasileira e de um capitão espanhol. A Bandeira do Peru não foi arriada mas sim transportada, desfraldada no topo do mastro, para a margem direita do rio Maranhão, em território peruano.

(20) ALEIXO, José Carlos Brandi. Afrânio de Melo Franco. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, 28 (3): 12-26, set./dez. 1985.

(21) A bibliografia sobre o tema é extensa. Apenas a título de exemplo vale citar: SILVA HERZOG, Jesus. *Breve História de la Revolución Mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962, 2.ª ed., 1.º vol., pp. 77-79; CLINE, Howard. *The United States and Mexico*. New York, Atheneum, 1963, pp. 160-162. O Presidente Hermes da Fonseca, em sua Mensagem Presidencial referente ao ano de 1914, escreveu: "Infelizmente ainda persistem a luta civil nos Estados Unidos Mexicanos e conseqüentes atritos com o seu vizinho, os Estados Unidos da América. As relações entre os dois Governos perderam desde o começo desses movimentos revolucionários o caráter de cordialidade que tanto empenho temos em manter entre os países do Continente. Esse estado de cousas agravou-se ultimamente com o incidente de Tampico que resvalou para o terreno da luta armada entre as duas nações. Foi nessa ocasião que, num impulso comum de amizade pelos dois países, de zelo pela tranqüillidade e confraternidade continental, o Brasil, a Argentina e o Chile ofere-

(Continua)

Em 1910 Argentina, Brasil e Estados Unidos ofereceram sua mediação no litígio entre Equador e Peru. O oferecimento de seus serviços amistosos foi renovado em 1941 diante das crescentes tensões na região. Neste mesmo ano o Chile incorporou-se à mediação. Durante a 3ª Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores das Repúblicas Americanas, foi assinado, em 29 de janeiro de 1942, por representantes dos seis países acima mencionados, o Protocolo de Paz, Amizade e Limites entre o Equador e o Peru. Conforme o artigo V, "a gestão de Estados Unidos, Argentina, Brasil e Chile continuará até a demarcação definitiva das fronteiras entre Equador e o Peru, ficando este Protocolo e sua execução sob a garantia dos quatro países mencionados ao começar este artigo".

Ainda não está concluída a demarcação definitiva das fronteiras. O presidente equatoriano José María Velasco Ibarra anunciou oficialmente em 1960, a tese de nulidade do Protocolo do Rio de Janeiro. Esta tese não foi aceita pelo Governo do Peru. Os quatro países intermediários continuam prestando seus serviços amistosos.

### *O Conflito entre Bolívia e Paraguai sobre o Chaco*

A Espanha não dedicou grandes atenções ao Chaco. Não estabeleceu claramente sob qual jurisdição, na América, se encontrava a área. Esta indefinição de fronteiras continuou depois da Independência do Paraguai e da Bolívia. Esta, após as adversidades da Guerra do Pacífico, passou a dar maior importância à Bacia do Prata. A notícia da existência de petróleo na região agravou as dificuldades para a fixação dos limites. Por sua exploração manifestaram interesse a Standard Oil of New Jersey e a Royal Dutch Shell.

Com a mediação do governo argentino, assinou-se, em 1907, um tratado entre o Paraguai e Bolívia, representados respectivamente por Adolfo Soler e por Cláudio Pinilla. Comprometiam-se ambos os países a submeter à arbitragem da Argentina a parte disputada do Chaco e a não modificar a situação em que se encontravam em suas posições respectivas até chegar a um acordo definitivo (22)

Posteriormente ao convênio de 1907, Bolívia construiu numerosos fortins no Chaco. Superadas as conflagrações internas, o Paraguai passou

(Continuação da nota 21)

ceram os seus bons ofícios e os viram com prazer aceitos pelas duas Repúblicas interessadas, com aplausos de outras nações americanas e certamente de todas as potências. Essa obra de amizade, em que nos empenhamos, procurando evitar um conflito que, aos males que lhe são inerentes, acarretaria ainda o de empecer a política de confiança aproximação, que cada vez mais se acentua entre os países americanos, sem distinção de raças ou procedências, vai seguindo o seu curso, de êxito difícil, é certo, mas não impossível". Câmara dos Deputados. *Mensagens Presidenciais*. 1910-1914. Hermes da Fonseca, Brasília, Centro de Documentação e Informação, 1978, pp. 317-8.

(22) VASCONCELOS, V. N. *Lécciones de Historia Paraguaya*. Assunção, 1978, p. 210.

também a fazer o mesmo. A corrida de fundação de fortins pelos dois países parecia pressagiar futuros choques violentos.

Em fevereiro de 1927, nas proximidades do fortim Sorpresa, em escaramuças militares, perdem a vida um tenente e vários soldados paraguaios. Em 8 de dezembro do mesmo ano, os dois países rompem relações diplomáticas.

Em 1929, reúne-se em Washington a Conferência Pan-Americana de Conciliação e Arbitragem. Ofereceu ela os bons ofícios a Paraguai e Bolívia na questão de limites no Chaco. Aceitos estes, criou-se uma Comissão de Investigação e Conciliação integrada pelos Estados Unidos, México, Cuba, Colômbia e Uruguai (Comissão dos Neutros), todos eles sem fronteira com os litigantes. Paraguai e Bolívia comprometiam-se a não realizar atos de hostilidade enquanto a Convenção estivesse em vigor. A Comissão recomendou o esquecimento de ofensas anteriores e o restabelecimento de relações diplomáticas.

Paraguai deveria restaurar e entregar o fortim Vanguardia à Bolívia e esta deveria abandonar o fortim Boquerón.

As refregas militares, porém, recomeçaram em 1931. Os bolivianos apoderaram-se de Samaklay e, obedecendo a instruções no sentido de buscar lugares onde havia água, ocuparam, em 15 de julho de 1932, o fortim paraguaio Carlos Antonio López.

Em 3 de agosto de 1932, as nações americanas convidam La Paz e Assunção a escolher um meio amistoso e pacífico para chegar-se a um acordo e paralisar todos os movimentos de tropas no território disputado. Afirmarym solenemente que não reconheceriam a validade de qualquer aquisição territorial obtida por ocupação ou conquista pela força das armas.

Em 15 de agosto de 1932 o Paraguai recuperou o fortim Carlos Antonio López. No seguinte 29 de setembro, apoderou-se de Boquerón e continuou seu avanço. Em 20 de dezembro de 1932, o governo paraguaio ordenou a retirada de sua delegação da Conferência de Washington. Por decreto de 10 de maio de 1933, declarou estado de guerra com a Bolívia. Embora as estimativas variem, provavelmente mais de 90.000 vidas foram sacrificadas no conflito.

Formou-se outra Comissão de Neutros (Argentina, Brasil, Chile e Peru, todos vizinhos de um dos dois beligerantes) que se propunha trabalhar em sintonia com a de Washington. Não houve, porém, perfeito entendimento entre as Comissões. A Comissão de Washington propôs, em 14 de setembro de 1932, à Bolívia e ao Paraguai que cessassem imediatamente suas hostilidades, que se submetessem à arbitragem e que accitassem uma subcomissão para supervisionar o armistício. Propôs ela aos 19 Estados neutros americanos que, caso a subcomissão concluísse que qualquer dos dois beligerantes tivesse violado o armistício, fosse ele considerado agressor e conseqüentemente que os 19 Estados neutros cortassem

com o agressor suas relações diplomáticas e consulares. Entrementes, o Sr. Francis White, Secretário desta Comissão, respondendo ao Secretariado da Liga das Nações, afirmou que os dois beligerantes haviam aceitado e começado a implementar propostas de negociações diretas no sentido de cessação de hostilidades e arbitragem (23).

O Chanceler argentino Carlos Saavedra Lamas negou-se a participar de quaisquer medidas cominatórias contra um beligerante recalcitrante. Declarou que a guerra do Chaco estava dentro da alçada da Liga das Nações, vez que Bolívia e Paraguai a ela pertenciam. Fez ele chegar a cópia desta declaração à Liga das Nações através do ministro argentino na Suíça.

Na verdade nenhuma das duas comissões conseguiu estancar a guerra.

Em 21 de setembro de 1932, Saavedra Lamas tornou público seu projeto de um tratado antibélico de não-agressão e conciliação.

Em 10 de outubro de 1933, seis países latino-americanos assinaram o Tratado Antibélico de não Agressão e Conciliação (Pacto Saavedra Lamas). Contou posteriormente com a adesão de outros países da América assim como de onze países europeus.

No dia 12 de junho de 1935, com a presença dos representantes da Argentina, Chile, Brasil, Estados Unidos, Peru e Uruguai e dos Chanceleres dos países beligerantes, assinou-se, em Buenos Aires, o Protocolo preliminar de Paz para a cessação definitiva das hostilidades na guerra do Chaco.

Coube ao Presidente da Argentina convocar a Conferência de Paz, ratificar os termos do Protocolo e procurar a solução do problema de limites do Chaco mediante negociações diretas entre os dois países em conflito. Caso fracassassem tais gestões, o litígio submeter-se-ia à arbitragem da Corte Permanente de Justiça Internacional de Haia. Uma Comissão Militar Neutra estabeleceria a linha de separação dos exércitos do Paraguai e da Bolívia em suas posições. Estabeleceu-se também que, no prazo de noventa dias, o efetivo de cada exército se limitaria a 5.000 homens e que os dois governos não deveriam adquirir novos materiais bélicos até assinatura do tratado definitivo de paz.

Em 1º de julho de 1935, a Conferência de Paz começou, em Buenos Aires, suas deliberações com a presença de representantes da Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Peru, Uruguai, Bolívia e Paraguai. Os trabalhos foram presididos pelo Chanceler da Argentina, Dr. Saavedra Lamas.

Em carta circular de 10 de janeiro de 1936, dirigida aos Presidentes das outras Repúblicas americanas, propôs o Presidente Roosevelt a con-

(23) BEMIS, Samuel F. *The Latin American Policy of the United States. A Historical Interpretation.* New York, Harcourt, 1943, pp. 265-7. FAGG, John Edwin. *Latin America: A General History.* New York, MacMillan, 1963, pp. 880-82.

vocação de uma Conferência extraordinária interamericana para fomentar a causa de paz permanente. Chamou a atenção para os protocolos de paz recentemente negociados em Buenos Aires entre Bolívia e Paraguai. Neste mesmo ano de 1936, reuniu-se em Buenos Aires, de 1º a 23 de dezembro, a Conferência Interamericana para a Manutenção da Paz. Aprovou ela numerosos acordos no sentido da preservação ou restabelecimento da paz.

Em 21 de julho de 1938, em conferência reunida em Buenos Aires, assinou-se o Tratado de Paz, Amizade e limites entre Bolívia e Paraguai. Os governos da Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos, Peru e Uruguai outorgaram sua garantia moral por intermédio de seus representantes. Um plebiscito realizado no Paraguai em 10 de agosto de 1938 aprovou o Tratado por 138.385 votos a favor, 13.204 contra e 559 em branco (24).

O laudo arbitral de 10 de outubro de 1938, previsto no Tratado, estabeleceu os limites definitivos entre os dois países.

Em 1935 não houve Prêmio Nobel da Paz. No ano seguinte foram agraciados o ilustre jornalista alemão, vítima do nazismo, Karl Von Ossietzky e o preclaro chanceler argentino Carlos Saavedra Lamas.

#### *Mediação do Presidente Argentino Justo José Urquiza entre o Paraguai e os Estados Unidos*

Em 1855 o vapor norte-americano "Water Witch" encontrava-se explorando os Rios Paraná e Paraguai. De acordo com Victor Natalicio Vasconcelos:

"Se internó el buque en aguas prohibidas a la navegación, frente al Fuerte de Itapirí. El comandante paraguayo Wenceslao Robles ordenó el alto y no siendo obedecido, hizo disparar un cañonazo que dio en la cabina del timoneo matando a este e hiriendo a varios más. El buque emprendió regreso a los Estados Unidos para presentar ante el gobierno de este país un pedido de intervención al Paraguay. Antes Hopkins (25) cargó sus equipajes en el "Water Witch" y regresó también a su país de origen" (26).

(24) VASCONCELOS, Victor Natalicio. *Lecciones de Historia Paraguaya*. Assunção, edição do autor, 1978, p. 222. Em PERS GARCIA, Walter. *Limites de Bolivia*. La Paz, Camarlinghi, 1977, encontramos os seguintes textos: "Tratado de Paz, Amistad y Limites entre las Repúblicas de Bolivia y Paraguay, 7-38 (pp. 117-20); "Protocolo de Instrucciones para la Comisión Mixta Demarcadora de Limites", de 25-11-38 (pp. 128-130); "Laudo Arbitral", de 10-10-38 (pp. 132-5).

(25) EDWARD A. HOPKINS chegou como cônsul dos Estados Unidos a Assunção em 1858. Um soldado paraguaio aplicou a seu irmão Clemente um golpe de sabre por haver dispersado uma boiada. Serviu isto de motivo para reclamação violenta do Cônsul ao Presidente Carlos Antonio López. Este cancelou a Edward Hopkins sua autorização para continuar atuando como Cônsul dos Estados Unidos.

(26) *Lecciones de Historia Paraguaya*. Assunção, edição do autor, 1978, pp. 152-3.

O Presidente dos Estados Unidos, previamente autorizado pelo Congresso do país, despachou ao Paraguai, em 1858, poderosa frota de 18 navios de guerra e 2.500 homens.

Em janeiro de 1859, já se encontrava em Assunção o Presidente argentino Justo José Urquiza. Poucos dias depois, chegou, a bordo do navio Fulton, o comissionado americano James A. Bowlin. Com a mediação do mandatário argentino, chegou-se a um acordo. Os Estados Unidos receberiam uma carta de explicações e escusas pelo incidente do "Water Witch"; a família do timoneiro morto seria indenizada com 10.000 dólares; os navios mercantes norte-americanos poderiam navegar os Rios Paraná e Paraguai; e a reclamação da United States and Paraguay Navigation Company seria submetida à consideração de uma comissão de árbitros que se reuniria em Washington dentro do termo de um ano" (27).

O povo paraguaio celebrou festivamente o acordo com os Estados Unidos.

#### *Mediação dos Estados Unidos e do México em Conflitos Centro-Americanos de 1906*

Em março de 1906, cresceram as tensões entre Guatemala e os outros quatro países centro-americanos. Estes desejavam a queda do Presidente Estrada Cabrera e sua substituição por Manuel Lisandro Barillas. O Chefe da Legação dos Estados Unidos na Guatemala tentou sem êxito mediar a disputa. As escaramuças iniciais degeneraram em guerra aberta entre Guatemala, de um lado e Honduras e El Salvador, do outro. Depois de longas discussões, comissários dos três países reuniram-se, fora da costa de El Salvador, em 22 de julho de 1906, a bordo do navio norte-americano Marblehead. Também presentes estavam os Ministros dos Estados Unidos e do México junto a Governos centro-americanos e observadores de Costa Rica e Nicarágua. Durante o curso do dia, preparou-se um tratado, e uma paz temporária foi estabelecida. O tratado preconizava: desarmamento dentro de oito dias; imediata cessação de hostilidades; maior vigilância de cada Governo sobre emigrantes residentes em seu território; negociação dentro de dois meses de um tratado completo de paz, amizade e comércio; compromisso de submeter possíveis novas dificuldades à arbitragem dos Presidentes dos Estados Unidos e do México (28).

#### *Mediação entre Honduras e Nicarágua sobre litígio territorial*

Honduras e Nicarágua assinaram vários tratados de fronteiras entre 1869 e 1894. Neste ano o Tratado Gamez-Bonilla determinava que os limites seriam aqueles existentes no momento da independência frente à Espa-

(27) VASCONCELOS, Victor Natalicio. *Lecciones de Historia Paraguaya*. Assunção, edição do autor, 1978, p. 153.

(28) KARNES, Thomas L. *The Failure of Union Central America 1824-1976*. Tempe, Arizona State University, 1976, pp. 185-6.

na. As partes não chegaram entre si a um acordo a respeito. Acatarem, porém, como árbitro, o nome do Rei da Espanha, Afonso XIII, sugerido pela Guatemala. Este leu a sentença arbitral em 23 de dezembro de 1906. Foi ela aceita por Honduras, mas recusada pela Nicarágua. Após numerosos incidentes na região, os dois países acolheram a mediação do Departamento de Estado dos Estados Unidos. Durou esta de 1918 a 1923. Há tréguas e entendimentos parciais, mas não se chegou a acordo sobre um ponto fundamental: a validade ou não da sentença arbitral de Afonso XIII. Washington propôs que esta questão fosse submetida à Suprema Corte dos Estados Unidos e que, caso considerasse nula a sentença, estabelecesse ela mesma os limites fronteiriços entre ambos os países. O chanceler hondurenho rejeitou esta solução assim como a nova proposta de 1923 do Departamento de Estado no sentido que a sua mediação fosse transformada em arbitragem. O Governo norte-americano deu, então, por encerrada sua mediação. Embora não se tenha chegado a um acordo sobre as fronteiras, a mediação logrou alguns resultados: ausência de conflito armado entre as partes e aceitação do *status quo* anterior ao dia 1º de junho de 1918, sem prejuízo para as pretensões dos dois países.

Em 28 de abril de 1957, Honduras solicitou ao Conselho da OEA a convocação do Órgão de Consulta em razão de incidentes militares na região disputada<sup>(29)</sup>. Em 1º de maio, Nicarágua apresenta igual solicitação. No dia seguinte, o Conselho convocou o Órgão de Consulta e se constituiu e passou a agir provisoriamente como Órgão de Consulta assim como designou uma Comissão de Investigação. Esta Comissão, tendo em conta os entendimentos contrários das partes relativos à soberania sobre o território em litígio, concluiu pela impossibilidade de determinar o agressor.

Em 17 de maio, o Conselho da OEA dissolveu a Comissão anterior e criou outra *ad hoc*, composta da Argentina, Bolívia, Estados Unidos, México e Panamá, para procurar solução pacífica da controvérsia. A Comissão logrou que Honduras e Nicarágua firmassem, em 21 de julho de 1957, um acordo no sentido de submeter à Corte Internacional de Justiça sua desavença sobre o laudo arbitral do Rei Afonso XIII da Espanha, de 23 de dezembro de 1906.

A Corte Internacional de Justiça, em 18 de novembro de 1960, sentenciou que Nicarágua estava obrigada a aceitar o laudo do Rei da Espanha de 1906 favorável a Honduras<sup>(30)</sup>. Em 16 de fevereiro de 1961, o representante de Nicarágua no Conselho da OEA solicitou que a Comis-

(29) Organization of American States. General Secretariat. *Inter American Treaty of Reciprocal Assistance Applications*. Volume I, 1948-1959, Washington, D.C. 1973, pp. 251-331.

(30) THOMAS, Ann Van Wyenen e THOMAS, A. J. Jr. *The Organization of American States*. Dallas, Southern Methodist University Press, 1963, pp. 315-6; International Court of Justice, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, Judgment of 18 November 1960, ICJ Reports 1960, p. 192.

são Interamericana de Paz sugerisse métodos e passos para a solução das questões surgidas em relação à execução da sentença da Corte Internacional de Justiça.

O Presidente da Comissão discutiu a matéria com representantes dos dois países. O Governo de Honduras concordou com a atuação dela. Em consulta com os dois representantes, a Comissão preparou, no início de março de 1961, a "Base de Solução" que foi aceita pelos dois governos (81). Em meados do mesmo mês, a Comissão visitou os dois Chefes de Estado, constituiu a Comissão Mista Honduras-Nicarágua prevista no entendimento anterior e instalou-a na cidade de Waspam, no lado nicaraguense do rio Coco. Em janeiro de 1962, durante a VIII Reunião de Consulta, a Comissão Interamericana de Paz informou sobre as suas atividades e as da Comissão Mista. Comunicou que a área da qual as autoridades nicaraguenses se retirariam equivalia a cerca de 8.700 km<sup>2</sup>. Em meados de maio, transferiram-se deste território para a Nicarágua aproximadamente 4.000 pessoas. Com a ajuda de engenheiros, a Comissão Mista conseguiu, em dezembro de 1962, determinar a localização do ponto de partida da fronteira natural. Em seu Relatório ao Conselho da OEA, a Comissão afirmou que a Comissão Mista Honduras-Nicarágua cumpriu inteiramente os deveres a ela atribuídos pela Base de Solução, pondo-se fim à controvérsia relativa ao laudo arbitral de 23 de dezembro de 1906 (82).

Neste exemplo a solução da controvérsia limítrofe ocorreu através de combinação de vários meios, cabendo à mediação particular destaque.

#### *Mediação entre El Salvador e Honduras relacionada com o conflito armado de 1969*

O último conflito armado de maiores proporções entre países latino-americanos foi o de 1969. Confrontaram-se então El Salvador e Honduras (83). Importante tentativa para evitá-lo foi a mediação de Guatemala, Nicarágua e Costa Rica, membros como os dois litigantes tanto da Organização dos Estados Centro-Americanos como da Organização dos Estados Americanos (OEA). Os governos dos países mediadores, depois de intenso trabalho, entregaram aos dois litigantes, em 30 de junho, uma declaração conjunta. Incluiu ela a adoção das seguintes medidas por ambos os Estados:

(81) O texto encontra-se em GARCIA-AMADOR, F.V. (org) *The Inter American System*. Dobbs Ferry, N.Y. Oceana, 1968, pp. 100-2.

(82) Idem, *ibidem*, p. 102.

(83) Importante artigo sobre a matéria é o de POLICARPO CALLEJAS BONILLA: "La mediación como procedimiento de solución pacífica de controversias internacionales", publicado in: *IX Curso de Derecho Internacional*, Washington, OEA, 1983, vol. I, pp. 151-155.

- 1 — evitar vexames ou atropelos contra a dignidade, a vida e o patrimônio dos nacionais de ambos os países;
- 2 — não concentrar efetivos militares dentro da zona de pelo menos cinco quilômetros a cada lado dos postos fronteiriços;
- 3 — suprimir qualquer propaganda de rádio, imprensa e televisão que incite à violência e denigra ou desfigure a imagem dos governos ou dos nacionais dos dois países;
- 4 — recomençar o cumprimento efetivo de todos os tratados vigentes sobre integração econômica. Para tal fim, manter livres e expeditas as vias de intercâmbio comercial;
- 5 — realizar as correspondentes investigações judiciais dos delitos cometidos como motivo dos acontecimentos que originaram o conflito;
- 6 — indenizar as pessoas por danos sofridos;
- 7 — considerar e elaborar tratado migratório centro-americano que permita a migração ordenada dos excedentes de população para regiões de menor densidade demográfica do istmo. Facilitar às pessoas que hajam abandonado seus lares, como consequência dos últimos acontecimentos, o regresso a eles (34).

Estas sábias sugestões não foram devidamente implementadas.

No dia 4 de julho, o Governo de Honduras solicitou Reunião de Consulta em conformidade com os artigos 39, 40 e 43 da Carta da OEA e o artigo 9º do TIAR. No dia 10 de julho, o Conselho Permanente ouviu as exposições dos representantes dos dois países. No dia 14 seguinte, tendo também em conta a solicitação de El Salvador, convocou-se o Órgão de Consulta. Assim o início de maiores hostilidades armadas coincidiu com o começo da XIII Reunião de Consulta.

A OEA conseguiu que El Salvador retirasse suas tropas do território hondurenho ocupado. No dia 27 de outubro do mesmo ano de 1969, ela aprovou sete resoluções que contemplavam as diferenças existentes entre eles, referentes aos seguintes temas: Paz e Tratados; Livre Trânsito; Relações Diplomáticas e Consulares; Questões Limitrofes; Mercado Comum Centro-Americano; Reclamações e Diferenças; Direitos Humanos e Família.

Em dezembro de 1969, os chanceleres da América Central, reunidos em Manágua, criaram um grupo bilateral de trabalho El Salvador-Honduras, sob a moderação do Dr. José Antonio Mora, ex-Secretário Geral da

(34) ALEIXO, José Carlos Brandl. *O Conflito El Salvador/Honduras e a integração centro-americana*. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, 20 (3): 39-40, set. 1977.

OEA. A sede seria San José da Costa Rica. As reuniões ocorridas entre fevereiro de 1970 e julho de 1972 trouxeram poucos resultados.

Houve depois negociações diretas entre as partes na cidade de Antigua, Guatemala. Em agosto de 1973, sob os auspícios da Comissão Especial da XIII Reunião de Consulta, assinou-se a Ata de Washington. Era objetivo chegar a um acordo sobre os sete pontos acima relacionados. Novas conferências ocorreram entre as partes no Palácio mexicano de Trateloleo. Os doutores José A. Mora e Gomez Robledo atuaram mais como moderadores.

Em 6 de outubro de 1976, com a valiosa assistência do Secretário-Geral da OEA, Dr. Alejandro Orfila, subscreveu-se, na sede desta organização, um acordo entre as partes no sentido de submeter todo o litígio à mediação<sup>(35)</sup>. Depois de ratificado por El Salvador e Honduras, entrou ele em vigência no ano seguinte. Conforme o artigo II, as partes elaboraram uma lista de quatro juristas de língua hispânica de reconhecida honorabilidade e capacidade para as funções de mediador. Feito o sorteio entre os quatro nomes em dezembro de 1977, saiu escolhido o do Dr. José Luis Bustamante y Rivero, que fixou a cidade de Lima, Peru, como sede da mediação.

Através de negociações diretas umas vezes e outras com a assistência do mediador, as partes lograram chegar a um entendimento. No dia 30 de outubro de 1980, menos de três anos após a designação do mediador, Honduras e El Salvador assinaram em Lima o Tratado Geral de Paz<sup>(36)</sup>. Em dez de dezembro do mesmo ano, houve troca de ratificações em Tegucigalpa, com a presença de nove Presidentes e Chefes de Estado da América.

Bustamante y Rivero levou a cabo sua missão dentro do marco normativo do Pacto de Bogotá (Tratado Americano de Soluções Pacíficas), e particularmente dentro do espírito do artigo 12. Com muita razão ressaltou o Prof. GROS ESPIEL: "La feliz e inteligente mediación del Dr. José Luis Bustamante y Rivero se mantuvo dentro de ese ámbito de discreción, confidencialidad, insinuaciones informales, y exclusión de toda propuesta o informe escrito. Se logró así un éxito evidente en el Tratado General de Paz firmado en Lima el 30 de octubre de 1980, cuyos instrumentos de ratificación se canjearon poco después en Tegucigalpa"<sup>(37)</sup>.

Em 17 de novembro de 1980, a pedido dos governos de El Salvador e Honduras, reuniu-se em Washington sessão plenária da 13ª Reunião

(35) El convenio de mediación entre El Salvador y Honduras. *ECA. Estudios Centroamericanos*. Salvador, 32, (339-340): 89-90. jan./fev. 1977.

(36) Tratado General de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y Honduras. *ECA. Estudios Centroamericanos*. Salvador, 35 (384-385): 1115-1120, out./nov. 1980.

(37) GROS ESPIEL, Hector. La Intervención de Juan Pablo II. Mediación y Arbitraje. *Revista Internacional y Diplomática*. México, 30 (363): 30, fev. 1981.

de Consulta dos ministros de Relações Exteriores. Nesta oportunidade os Chanceleres dos dois países discursaram. Enalteceram a importância da mediação e a pessoa ilustre do Dr. Bustamante y Rivero. A Reunião do Conselho aprovou seis resoluções, sendo a 4ª delas de congratulação ao Dr. José Luis Bustamante y Rivero por seu trabalho de mediação. Deliberou ela:

“1 — Recomendar e felicitar o distinto jurista e estadista peruano, Dr. José Luis Bustamante y Rivero, por seu efetivo e bem sucedido trabalho em prol da paz e da coexistência nas Américas;

2 — solicitar do Secretário-Geral da Reunião de Consulta transmitir esta resolução ao Dr. Bustamante” (38).

Em páginas anteriores, reproduzimos algumas passagens do discurso proferido pelo próprio Bustamante y Rivero na solenidade de 30 de outubro de 1980. O que disse da figura do mediador vale particularmente para ele mesmo. É um exemplo edificante de devotamento à paz e ao entendimento entre os povos.

#### *Mediação da Santa Sé no Conflito Austral entre Argentina e Chile*

Grande tem sido, através dos séculos, a contribuição da Santa Sé para a solução pacífica das controvérsias, quer no campo das idéias, quer na atuação concreta (39). No século passado, exemplo importante ocorreu quando, em 1885, o Imperador Guilherme I propôs que Leão XIII arbitrasse a disputa entre seu país, a Alemanha, e a Espanha a propósito das Ilhas Carolinas. Nesta época, estava pendente a questão romana, e as relações entre a Santa Sé e Berlim estavam ainda abaladas pelo Kulturkampf. Havendo estas dificuldades, a iniciativa germânica era um significativo reconhecimento da autoridade moral do Papa. Este preferiu oferecer seus serviços como mediador e não como árbitro. Foram eles aceitos pelas partes e através deles estas chegaram a um acordo amistoso (40).

Por inspiração do Czar Nicolau II e com o patrocínio da Rainha Guilhermina, ocorreram em 1899 e 1907 as Conferências Internacionais de Haia. Em 10 de fevereiro de 1899, o Cardeal Rampolla, Secretário de Estado de Leão XIII, respondeu à segunda Circular do Conde Mouraviev. Indo

(38) General Secretariat, Organization of American States, *Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance Applications*. Vol. III, Part Two, 1977-1981. Washington, D.C. 1982, pp. 13-14.

(39) Entre outros podem ser consultados os dois trabalhos seguintes: Monsenhor GUERRY, *L'Église et la Communauté des Peuples*. Paris, Bonne Presse, 1958; e GURIAN, Waldemar, e FITZSIMONS, M.A. (Ed.) *The Catholic Church in World Affairs*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1954.

(40) KOENING, Harry, *The Pope and Peace in The Twentieth Century*. In: GURIAN, Waldemar e FITZSIMONS, M.A. *The Catholic Church in World Affairs*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1954, p. 49.

além da arbitragem facultativa proposta pelo Conde, afirmou: "Uma instituição de mediação, investida de uma autoridade revestida de todo o prestígio moral necessário, provida das garantias indispensáveis de competência e imparcialidade, sem encadear a liberdade das partes em litígio, estaria menos exposta a encontrar obstáculos" (41).

Pio X emprestou seu integral apoio à Conferência de Niagara Falls onde representantes do México e dos Estados se reuniram através da mediação da Argentina, do Brasil e do Chile (42). Com estes e outros antecedentes, é mais fácil compreender a mediação da Santa Sé no conflito austral entre Buenos Aires e Santiago (43).

No século XIX, os dois Governos assinaram numerosos acordos referentes a questões limítrofes. Entre eles destacou-se o Tratado de Limites de 23 de julho de 1881. Em torno da interpretação e aplicação de seu artigo III, surgiram controvérsias. Tratava-se da região do Canal de Beagle. No contexto do compromisso de 22 de julho de 1971, a Coroa Britânica notificou as partes, em 2 de maio de 1977, do seu Laudo emitido em 18 de abril do mesmo ano. O Chile aceitou o Laudo. A Argentina informou que, dentro do prazo de nove meses contemplados para seu cumprimento, manifestaria sua posição. As partes não lograram acordo entre si sobre a execução do Laudo, apesar dos numerosos encontros entre os dois Governos (44). Em 25 de janeiro de 1978, a Argentina comunicou ao Chile sua resolução de declarar nulo o Laudo da Rainha da Inglaterra. Em 20 de fevereiro seguinte, os presidentes dos dois países encontraram-se em Puerto Montt. A Ata aí assinada estipula regras para reuniões das comissões negociadoras. Estas começariam em 1º de março de 1978 e se prolongariam por oito meses. Não se logrou coincidência substancial sobre o problema de fundo. Em novembro a tensão política entre ambos os Estados cresceu muitíssimo com sério perigo de guerra entre eles. Em 24 de novembro

(41) Monsenhor GUERRY, Arcebispo de Cambrai. *La Iglesia y la Comunidad Internacional*. Pamplona, Gomez, 1964, p. 319.

(42) KOENING, Harry. The Popes and Peace in the Twentieth Century. In: GURIAN, Waldemar e FITZSIMONS, M.A. (Ed.) *The Catholic Church in World Affairs*. Notre Dame, University of Notre Dame, 1964, p. 51.

(43) São exemplos de estudos sobre o tema: a) BROUILLET, Alain. La Médiation du Saint-Siège dans le différend entre l'Argentine et le Chili sur la Zone Australe. *Annuaire Français de Droit International*. 1979. Paris. C.R.S., 1980, pp. 49-73; b) ECHEVERRIA D., Q. Gloria. La controversia entre Chile y Argentina sobre la región del Beagle: origen, desarrollo y desenlace in: *150 Años de Política Externa Chilena*. Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 1977, pp. 264-317; c) PEREZ DEL VIZO, Ignacio. La Consulta por el Beagle. *CIAS*. Buenos Aires, 33 (336) : 1-9, sep. 1984; d) PEREZ DEL VIZO, Ignacio. Tratado en Chile. *CIAS*, Buenos Aires, 33 (336) : 1-7, nov. 1984.

(44) Muitos dados referentes à cronologia dos acontecimentos encontram-se em VILLEGAS, Ostris G. *La Propuesta Pontificia y el Espacio Nacional Comprometido*. Buenos Aires, 1982. Menciona este autor encontros em Buenos Aires (20-7-77), Santiago (8-10-77), Santiago (15-11-77), Buenos Aires (27-12-77).

de 1978, o Governo argentino aceita a idéia chilena de submeter o conflito a uma mediação e em 5 de dezembro anuncia que o melhor mediador é o Santo Padre e que neste sentido já se fizeram sondagens junto à Secretaria de Estado do Vaticano. No mesmo mês de dezembro, os Estados Unidos propuseram, sem êxito, uma mediação da OEA para o conflito.

Em 22 de dezembro de 1978, o Cardeal Casaroli convocou os representantes diplomáticos da Argentina e do Chile acreditados junto ao Vaticano, para transmitir-lhes a decisão papal de providenciar o envio imediato de um representante pessoal. Havia no Natal deste ano muitas incertezas nos dois países. No dia 26 de dezembro, aterrissou em Buenos Aires o Cardeal Samoré. Viajou também a Santiago com o mesmo propósito de estabelecer contactos pessoais e conhecer melhor o quadro político e militar. Em oito de janeiro de 1979, Argentina e Chile assinaram, em Montevidéu, dois convênios: o "Acordo de Mediação" e o "Compromisso de Preservar a Paz". Por eles, de um lado, ambos os Estados solicitaram formalmente a mediação papal declarando-se dispostos a tomar em consideração as idéias a serem propostas pelo Vaticano e, de outro lado, o Cardeal Samoré aceitou a mediação. Estabeleceu-se também o compromisso dos países de não recorrer à força em suas relações mútuas.

No mesmo mês de janeiro, João Paulo II designou como seu Representante junto aos governos da Argentina e do Chile o Cardeal Antonio Samoré, admirado por sua grande experiência diplomática, dedicação, competência e conhecimento da América Latina. Não mediu ele sacrifícios no sentido de levar a bom termo seu trabalho de mediação. Estes esforços foram fortalecidos pela colaboração elevada dos episcopados da Argentina e do Chile. Já em 3 de maio de 1980, data da comemoração do primeiro aniversário do início dos trabalhos de mediação, subscreveram exortação conjunta onde se lê: "Mediação e paz se apresentam assim, nas circunstâncias concretas de nossos países, como dois elementos estreitamente vinculados entre si" (45).

Em 12 de dezembro de 1980, o Sumo Pontífice apresentou sua proposta. Em torno dela continuaram as conversações, impulsionadas pelo Cardeal Samoré. Na verdade pode-se dizer "que os quatro anos finais de sua vida giraram verdadeiramente ao redor do que aconteceu nos dois povos, o argentino e o chileno" (46). A morte, ocorrida em 3 de fevereiro de 1983, não permitiu que ele presenciasse o final feliz de suas laboriosas

(45) *El Mercurio*. Santiago, 4-5-81, p. A, 1.

(46) CENTENO, Angel M. "El Cardenal Samoré: Un amigo de los argentinos". *CIAS. Revista del Centro de Investigación y Acción Social*. Buenos Aires, 32 (321): 43, abr. 1983. Com o desaparecimento do Cardeal Samoré, Dom Gabriel Montalvo, que com ele colaborava anteriormente nesta mediação, continuou contribuindo significativamente para o prosseguimento dos trabalhos.

gestões. Mas nesta data as negociações já estavam muito avançadas. Em 12 de outubro de 1983, representantes do Episcopado do Chile e da Argentina escreveram ao Santo Padre manifestando seu compromisso de trabalhar pela paz e expressando sua esperança de que "a Argentina e o Chile dêem essa resposta humana e cristã oferecendo ao mundo a prova concreta de que é na verdade paciente do diálogo fraterno e no generoso entendimento onde se encontram a expressão da convivência humana e a realidade da paz" (47).

Em 29 de novembro de 1984, na Sala Régia do Palácio Apostólico em Roma foi assinado o Tratado de Paz e Amizade entre as Repúblicas da Argentina e do Chile.

Pôs ele término, por obra da mediação pontifícia, à controvérsia sobre a zona austral. A cerimônia, presidida pelo Secretário de Estado do Vaticano, Cardeal Agostinho Casaroli, contou com a presença dos Chanceleres dos dois países, numerosos prelados e vários Embaixadores de países da América Latina junto da Santa Sé (48). No dia seguinte, o Papa João Paulo II recebeu as delegações da Argentina e do Chile. Em seu discurso, recordou "uma vez mais, com gratidão, o trabalho do Senhor Cardeal Samoré, a quem tanto deve esta obra de paz" (49).

A mediação desenvolveu-se dentro de certas regras bem definidas. Assim, se os dois Estados não cumprissem com seus compromissos, a Santa Sé retirar-se-ia da mediação. Criaram-se relações solidárias entre as partes e entre estas e o mediador. Este exerceu vigilância sobre os cumprimentos dos termos dos acordos assinados por Santiago e Buenos Aires. Encontrou-se maneira original de conciliar o segredo nas negociações e a unidade nas informações ao público externo. A Santa Sé, a Argentina e o Chile subscreveram comunicados conjuntos sobre o andamento das negociações. Foram eles publicados na edição semanal em espanhol do periódico *L'Osservatore Romano*.

A XIV Assembléia Geral da OEA, reunida em Brasília em novembro de 1984, aprovou resolução manifestando sua complacência pelo acordo alcançado pelos governos de Argentina e Chile no litígio austral através da valiosa mediação de Sua Santidade João Paulo II. Anteriormente, em 24 de outubro os representantes dos Estados-Membros do Conselho Permanente da OEA expressaram satisfação e regozijo pelo acordo que qualificou de "exemplo da efetividade do uso de meios pacíficos na solução de controvérsias".

(47) A controvérsia sobre a soberania na Zona Austral. Carta do Santo Padre aos Episcopados da Argentina e do Chile. *L'Osservatore Romano*. Cidade do Vaticano, edição semanal em português. XIV (48): 7 (582-3), 27-11-1983.

(48) Sob os auspícios da Mediação Pontifícia foi assinado o Tratado de Paz e de Amizade entre a Argentina e o Chile. *L'Osservatore Romano*. Cidade do Vaticano. Edição semanal em português. XV (50): 1 e 4 (593), 3-12-1984.

(49) *Ibidem*, p. 4.

Em abril de 1985, depois dos procedimentos estabelecidos em cada um dos dois países, o Tratado entrou em vigor.

### *Mediação da Comissão Interamericana de Paz*

Em 4 de dezembro de 1940, a 2ª Reunião de Consulta de Chanceleres Americanos, realizada em Havana, estabeleceu, por sua Resolução XV, a Comissão Interamericana de Paz. Foi instalada em 31 de julho de 1948 sob o nome de "Comissão Interamericana de Métodos para a Solução Pacífica de Conflitos". Seus Estatutos entraram em vigor em 24 de maio de 1950. Segundo eles, a Comissão dispunha de ampla iniciativa, podendo funcionar por solicitação de qualquer das partes em conflito e até mesmo de Estado não diretamente implicado. A partir de seus segundos Estatutos de 9 de maio de 1956, seu funcionamento passou a depender de solicitação de Estado americano diretamente interessado, exigindo-se o consentimento das partes. Pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, cedeu lugar à Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas. Cabe-lhe, segundo o art. 83 da Carta da OEA, auxiliar o Conselho Permanente. Diz o art. 84: "as partes em controvérsia poderão requerer ao Conselho Permanente no sentido de obter os seus *bons officios*... se as partes o desejarem, o Presidente do Conselho referirá diretamente a controvérsia à Comissão Interamericana de Soluções Pacíficas".

A Comissão Interamericana de Paz atuou em vários casos de litígios entre países americanos.

Em fevereiro de 1956, iniciou ela seus *bons officios* no litígio entre Cuba e a República Dominicana, por solicitação do primeiro país. Em sua Declaração de 20 de abril do mesmo ano, manifestou sua esperança no sentido de que as partes poderiam chegar em breve a superar suas dificuldades através dos instrumentos normais (50).

Em fevereiro de 1960, começou a mediação da Comissão Interamericana de Paz no litígio entre Equador e a República Dominicana. Transmitiu a ambos os governos, em 30 de março, umas "Bases de Entendimento" que continham condições para a saída de dominicanos exilados na Embaixada do Equador. Não foram elas, porém, aceitas pela República Dominicana (51).

No início de janeiro de 1964, a situação era muito tensa no Panamá e sobretudo na capital. Apesar de um entendimento no sentido do hasteamento das bandeiras dos Estados Unidos e do Panamá nos edifícios da Zona do Canal, içou-se só a primeira no Colégio Balboa, em 9 de janeiro. No dia seguinte, ambos os governos solicitaram os préstimos da Comissão

(50) PEIRANO BASSO, Jorge. *Buenos Officios y Mediación*. Montevideo, Idea, 1983, p. 50.

(51) PEIRANO BASSO, Jorge. *Op. cit.*, p. 50.

Interamericana de Paz. Esta se deslocou imediatamente para o Panamá. Aí permaneceu até o dia 15. Estabeleceu-se uma Comissão Mista de Cooperação composta de cinco membros: um presidente da Comissão Interamericana de Paz, dois panamenhos (um civil e um militar) e dois norte-americanos (um civil e um militar). Apesar dos esforços, não se conseguiu um acordo entre as partes. Em 29 de janeiro, o Panamá comunicou que levaria a matéria à OEA e invocaria o TIAR. A Comissão deu então por encerrados seus trabalhos<sup>(52)</sup>, vez que por seus Estatutos não podia atuar quando estivesse em tramitação outro procedimento de solução pacífica.

Vimos anteriormente, no caso do litígio territorial entre Honduras e Nicarágua, uma atuação da Comissão Interamericana de Paz, coroada de pleno êxito.

### *Mediações em litígios internos*

Através da História muitos cidadãos e governos manifestaram preocupação pelos conflitos dentro das fronteiras de outros países. Neste mesmo sentido organismos internacionais têm tomado conhecimento de muitos problemas internos de seus membros. Não é aqui o momento para um estudo das diversas maneiras de atuação nestes casos. Cabem, contudo, algumas observações sobre a matéria.

O assim chamado Corolário Roosevelt à Doutrina Monroe anunciado em 6 de dezembro de 1904 revestiu-se de claro caráter intervencionista, arrogando-se mesmo o seu autor, Presidente Theodore Roosevelt, verdadeiros poderes de polícia em relação aos países do assim chamado Hemisfério Ocidental.

Comissões de Direitos Humanos de caráter internacional podem, na prática, interpor-se entre cidadãos e governos no sentido de diminuir as distâncias e conflitos entre eles.

Há também casos em que cidadãos em eminência oferecem sua mediação ou são solicitados a proporcioná-la. É sabido que em 1973, Kurt Waldheim ofereceu seus bons ofícios, como Secretário-Geral da ONU, na questão da Irlanda do Norte.

Os acontecimentos ocorridos na República Dominicana em 1965 constituem, na história do sistema interamericano, um caso singular. Houve no início ação unilateral por parte do Governo dos Estados Unidos. Mas, posteriormente, a X Reunião de Consulta constituiu uma Comissão de Investigação e Bons Ofícios. Em dois de maio, chegou ela a São Domingos, integrada por representantes da Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala e Panamá. Das conversações com as duas partes em luta decorreu a assinatura, em 5 de maio, da Ata de São Domingos. Ratificou-se o cessar-

(52) GARCIA AMADOR, F.U. *The Interamerican System*. Dobbs. Ferry, N-Y., Oceana, 1966, pp. 103-104.

fogo de 30 de abril e reconheceu-se a competência da Comissão para entender dos assuntos referentes ao acordo.

Como representante do Secretário-Geral das Nações Unidas, esteve na República Dominicana o Dr. José Antonio Mayobre. Trabalhou no sentido de um acordo de trégua entre as partes em conflitos. Apesar das questões teóricas sobre as atribuições da ONU e da OEA, no caso houve importante cooperação entre ambos <sup>(53)</sup>.

Exemplo interessante de mediação relacionada com contendores dentro de um país foi o de Francisco Solano Lopez em relação à Argentina.

Em 1859 eclodiu uma guerra entre Buenos Aires e a Confederação, cuja capital era a cidade de Paraná. Justo José Urquiza, em outubro do mesmo ano, derrotou as tropas de Buenos Aires na batalha de Cepeda. Com a mediação de Francisco Solano Lopez, assinou-se, em 11 de novembro, o Pacto de São José de Flores que pôs fim à luta. Conforme este tratado, Buenos Aires declarou-se "parte integrante da República Argentina" <sup>(54)</sup>. Com a finalidade de incorporar-se ao resto do país, devia reunir-se — em um período de vinte dias — uma Convenção provincial para estudar a Constituição promulgada em Santa Fé, em 1853 <sup>(55)</sup>.

#### *Mediações sem êxito maior*

Numerosas vezes os esforços de governos e altas personalidades não conseguiram que as partes em litígio chegassem a um acordo considerado mutuamente satisfatório. Naturalmente, as razões são as mais diversas, podendo depender dos mediadores, dos litigantes ou de outros elementos. Deixando para outras oportunidades um possível aprofundamento da matéria, vale citar, a título de ilustração, alguns exemplos.

A guerra do Pacífico de 1879 foi uma das mais trágicas na História da América Latina. De acordo com instruções do Secretário de Estado William Maxwell Evart, os chefes de missão dos Estados Unidos no Peru, Chile e Bolívia ofereceram seus bons ofícios aos governos destes três países envolvidos na guerra do Pacífico. Em outubro de 1880, representantes dos três países em guerra conjuntamente com os três ministros norte-americanos neles acreditados reuniram-se no navio Lackawanna pertencente ao Estado mediador. As exigências chilenas não foram aceitas e a guerra prosseguiu <sup>(56)</sup>. Embora o Tratado de Ancón de 1929, em cuja

(53) GARCIA BAUER, Carlos. *Universalismo y Panamericanismo*. Guatemala, Universitaria, 1968, pp. 144-7.

(54) VASCONCELOS, Victor Natalicio. *Lecciones de Historia Paraguaya*. Assunção, Edição do Autor, 1978, p. 164.

(55) IBANES, José C. *Historia Argentina*. Buenos Aires, Troquel, 1961, pp. 430-1.

(56) GUTIERREZ, Alberto. *La Guerra de 1879*. Buenos Aires, Francisco de Aguirre, 1975, pp. 257-263. PIKE, Frederick. *Chile and United States, 1880-1962*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1963, pp. 47-62; FRIAS VALENZUELA, Francisco. *Manual de Historia de Chile*. Santiago, Nascimento, 1979, pp. 363-9; MECHAM, J. Lloyd. *A Survey of United States-Latin American Relations*. Boston, Houghton Mifflin, 1965, pp. 414-8.

gestação colaborou o Presidente Hoover, tenha reaproximado Chile e Peru, deixou mais difícil para a Bolívia a satisfação de seu desejo de recuperar uma saída para o mar.

Belize foi e ainda é motivo de desacordo entre a Guatemala e a Grã-Bretanha. O Governo dos Estados Unidos manifestou muito interesse na questão e ofereceu seus bons ofícios aos litigantes. Estes, depois de reuniões importantes, em 1965, realizadas em Miami e Londres, solicitaram a mediação de Washington. Foi ela aceita em seis de julho do mesmo ano. A Casa Branca designou como mediador, aceito pelas duas partes, o Sr. Bethwel M. Webster. Depois de numerosos contactos com os dois Estados, elaborou ele um documento, de 17 artigos, intitulado "Tratado entre a República de Guatemala e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte" (57). Não foi aceito pelos dois governos. Sabemos que no dia 21 de setembro de 1981 Belize proclamou sua independência. No dia 25 seguinte, a Assembleia Geral aprovou seu ingresso na ONU por 144 votos a favor, nenhuma abstenção e um só voto contrário, o da Guatemala.

Muito antigo é o litígio entre a Grã-Bretanha e a Argentina a respeito das Ilhas Malvinas. Em 1833 Londres ocupou-as pela força e desde então Buenos Aires procura reavê-las. Em 2 de abril de 1982 a Argentina recuperou-as militarmente sem mortes de britânicos. Vários intentos foram feitos no sentido de evitar um confronto armado entre os dois países e de encontrar-se uma fórmula mutuamente satisfatória. Assim, com o propósito de mediar, o Secretário de Estado norte-americano Alexander Haig visitou a Argentina em 10 de abril. Suas gestões, como as de outras personalidades, não se revestiram de êxito. Em 30 de abril Washington abandonou sua neutralidade e manifestou seu apoio a Londres. Após numerosos combates a Inglaterra voltou a ocupar as Malvinas. Continua, pois, o impasse entre os dois Governos.

#### IV — Considerações Finais

As reflexões de caráter teórico assim como os numerosos exemplos aduzidos manifestam a grande potencialidade da mediação e dos bons ofícios como meio de solução pacífica de conflitos e ensejam, entre outras, as observações seguintes.

A prática da mediação ressurgiu ultimamente. A propósito escreve o Prof. ORREGO VICUÑA: "Este procedimiento parecia haber quedado en cierto modo relegado, al igual que la conciliación o los buenos oficios, ninguno de los cuales se invocaba en América Latina desde hacia mucho tiempo. Pero ha sido precisamente la búsqueda de la flexibilidad que

(57) CARPIO NICOLLE, Roberto. *Hacia Donde Va Belize*. Guatemala, Girblan, 1977, pp. 96-97.

caracteriza la práctica latinoamericana, la que ha llevado al resurgimiento de los procedimientos clásicos" (58).

Muitos fatores dificultam a aplicação de instrumentos estreitamente jurídicos (sentenças judiciárias, laudos de arbitragem) a conflitos entre Estados. São exemplos: a intransigência de governos quando se envolvem nos pleitos questões territoriais; as reticências e reservas dos Estados em aceitar fórmulas compulsórias; a ausência de ratificação unânime dos tratados; a falta de uma definição clara de agressão e das medidas aplicáveis no caso de sua ocorrência; a multiplicidade de procedimentos sem a necessária unidade entre eles (59).

A História registra dificuldades grandes para a implementação de um laudo arbitral ou de sentença judiciária quando uma das partes se sente profundamente prejudicada. Nas páginas anteriores apareceram as resistências de Nicarágua ao laudo arbitral do Rei Afonso XIII de 1906 e da Argentina ao laudo arbitral da Coroa Britânica de 1977. No caso da mediação, as partes discutem as alternativas e, quando chegam a um acordo, já estão comprometidas a cumpri-lo. Sobre a flexibilidade da mediação são oportunas estas palavras de JORGE PEIRANO:

"Los buenos oficios y la mediación pueden realizarse dentro de un ámbito de informalidad absoluta o bien pueden llevarse a cabo de acuerdo a un contexto formalmente definido por la vía de un procedimiento organizado de antemano. El análisis de la práctica internacional enseña que es vastísima la gama de posibilidades que ofrecen los institutos objeto de nuestro estudio y la riqueza y variedad de contenido que los mismos admiten" (60).

Para o bom resultado da mediação muito podem contribuir fatores como os seguintes: o desejo sincero das partes de chegar a um acordo; a maior disponibilidade não só de Estados mas também de cidadãos ilustres capacitados para tais tarefas por suas virtudes, predicados intelectuais e experiências internacionais; o apoio de segmentos importantes nos países que são objeto da mediação (a declaração conjunta de bispos argentinos e chilenos no caso do Canal de Beagle é um exemplo).

(58) ORREGO VICUÑA, Francisco. Análisis de la práctica latinoamericana en materia de solución de controversias durante la década de 1970 y sus implicaciones para el futuro. *Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*. (Viña del Mar, 1.º e 5 de diciembre de 1980). Volumen II. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1981, p. 100.

(59) INFANTE CAFFI, Maria Teresa. La solución pacífica de las controversias. In: *Antecedentes, Balance, y Perspectivas del Sistema Interamericano*. Santiago de Chile, Universitaria, 19-7, pp. 155-6.

(60) PEIRANO BASSO, Jorge. *Mediación y Buenos Oficios*, Montevideú, Idea, 1983, p. 69.

Na busca de solução para um conflito a mediação aparece de diferentes maneiras relativamente aos outros meios. Na definição dos limites entre Honduras e Nicarágua, em diversos momentos, houve laudo arbitral (Rei Afonso XIII, em 1906), mediação sem êxito maior (Governo dos Estados Unidos, de 1918 a 1923), Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (O Conselho da OEA como órgão provisório de Consulta em 1957), Corte Internacional de Justiça (Sentença de 18 de novembro de 1960) e Comissão Interamericana de Paz (1961 e 1962). Antes e depois da eclosão do conflito armado de 14 de julho de 1969 entre El Salvador e Honduras, houve tentativas de mediação pelos três outros países centro-americanos. A mediação solicitada pelas partes e realizada com êxito foi a do Dr. José Luis Bustamante y Rivero, que se concluiu com o Tratado de Paz de outubro de 1980. Contudo, o capítulo V do Título IV trata da solução das controvérsias pela Corte Internacional de Justiça. Realmente, transcorrido o prazo de cinco anos estabelecido no artigo 19, a questão já se encontra em Haia, que deverá sentenciar sobre as pendências limítrofes remanescentes. No caso do litígio austral entre Argentina e Chile, houve antes da mediação papal um impasse sobre o laudo da Coroa Britânica em 1977.

A experiência ensina que o espaço de tempo entre o início de um conflito e a aceitação voluntária (quando ela ocorre) pelos litigantes de uma solução é muito variável. Entre a eclosão da guerra do Pacífico em 1879 e o Tratado de Ancón de 1929 transcorreu meio século. Entre os incidentes ocorridos na Zona do Canal de Panamá em 1964 e os Tratados Torrijos-Carter de 1977 passaram-se mais de 13 anos. Em 1969 romperam-se as relações diplomáticas entre Honduras e El Salvador e só se restabeleceram em 1980 por ocasião do Tratado de Paz assinado em Lima pelos dois países. Assim não é realista fixar prazos rígidos para acordos entre Governos litigantes.

Cabem algumas reflexões breves sobre a mediação em andamento do Grupo de Contadora, à luz dos exemplos apresentados anteriormente e de sua especificidade. Elas explicam, ao menos parcialmente, a não assinatura de um Acordo Geral e justificam certa esperança de que ele possa vir a ser firmado pelos cinco países diretamente envolvidos. O trabalho conjunto de Colômbia, México, Panamá e Venezuela começou em janeiro de 1983 e conseqüentemente não completou ainda sequer cinco anos. Na América Central freqüentemente os grupos de tendências afins dos diversos países tendem a colaborar entre si, mesmo em detrimento do princípio de não intervenção. A heterogeneidade dos cinco governos (democracia cristã, liberalismo, socialismo etc.), a debilidade das economias (dívida externa, pouca diversificação de produtos, insuficiência de tecnologia própria etc.), as tensões dentro dos países e entre eles e a vulnerabilidade a pressões internas e externas dificultam o mútuo entendimento. A Nicarágua não é uma ilha; limita com a Costa Rica e Honduras e está muito próxima de El Salvador. As negociações freqüentemente

são morosas quando é grande o número de países envolvidos; os quatro mediadores promovem o entendimento entre cinco países da América Central. Trata-se, ademais, de entendimento amplo sobre diversos temas complexos. A política norte-americana não é atualmente a de Boa Vizinhança de F.D. Roosevelt; as intervenções militares na República Dominicana (1965), em Granada (1983), a minagem de portos da Nicarágua condenada por Haia, a ajuda ostensiva e oficial à oposição deste país dificultam o diálogo.

Apesar destas e de outras dificuldades, há razões para esperar um eventual acordo entre os países da América Central. São numerosas e significativas as demonstrações de apoio ao trabalho do Grupo de Contadora. São exemplos: a criação do Grupo de Lima (Argentina, Brasil, Peru e Uruguai), manifestações da OEA e da ONU; viagem Conjunta dos Secretários-Gerais destes dois organismos à região, em missão de paz; prêmios concedidos a Contadora, como o Príncipe das Astúrias e o da UNESCO em 1985; louvores da Comunidade Econômica Européia e do Parlamento Latino-Americano. A lembrança do conflito armado de 1969 entre El Salvador e Honduras, que não resolveu mas agravou os problemas, permanece uma advertência contra os males de uma guerra. São oportunas neste contexto as seguintes palavras do grupo: "Diálogo Interamericano": "As negociações oferecem o melhor caminho para uma paz duradoura na América Central: Soluções Políticas — e não vitórias militares — são a alternativa realista a uma guerra prolongada. . . O impasse que vem prolongando a provação da América Central pode e deve ser rompido. Se não for, a violência na América Central continuará a causar grande sofrimento humano. Mais de 160 mil centro-americanos foram mortos na década passada. Dois milhões foram desalojados de suas casas. Um décimo de toda a população salvadorenha vive agora nos Estados Unidos. Enquanto a violência continuar, as economias da região, bastante danificadas, não poderão se recuperar" (61). Parece haver um cansaço em relação a tantos sofrimentos, de modo que a paz se torna mais e mais desejada pelas populações. Apesar das grandes tensões, não houve na década de 1980 ruptura de relações diplomáticas entre os países centro-americanos. Iniciativas como a do Presidente guatemalteco de reunir os cinco chefes de Estado em Esquioulas e de criar o Parlamento centro-americano significam maior diálogo entre as partes. Estas razões parecem prenunciar provável *modus vivendi* entre cinco países e até mesmo passos firmes na direção do desejado Mercado Comum regional.

Como ensina MAURICE DUVERGER, no fenômeno político há duas faces: a integração e o conflito (62). Não consta, porém, haver qualquer lei que

(61) LINOWITZ, Sol M. et al. *Pela Reconstrução da Cooperação nas Américas. Relatório de 1986 do Diálogo Interamericano*. Washington, D.C., Instituto Aspen de Estudos Humanísticos, 1986, p. 17.

(62) DUVERGER, Maurice. *Introdução à Ciência Política*. Lisboa, Cor. 1977, p. 15.

determine em que intensidade elas devam existir. Cabe aos povos multiplicar suas convergências e circunscrever suas divergências, sobretudo aquelas que possam colocar em risco a paz, considerada geralmente como a suprema aspiração da humanidade. Mediante o diálogo aberto e permanente, os Estados poderiam dirimir ou, ao menos, conter e disciplinar suas controvérsias. Sabe-se, porém, que muitas vezes ocorrem impasses e bloqueios nas negociações diretas. Nestes casos as gestões de terceiros constituem a esperança de paz. Eles podem atuar de diversas formas. Entre elas, como procurou demonstrar este trabalho, ocupam lugar de grande relevo a mediação e os bons ofícios. Os nomes de seus protagonistas, que, sem medir sacrifícios pessoais, se devotaram à causa da paz e da justiça merecem ser homenageados e estudados. Se, através da História, a mediação assegurou ou restaurou o entendimento entre povos distanciados, ela poderá também ser o instrumento eficaz para a solução dos conflitos ainda pendentes na América Latina.

#### V — BIBLIOGRAFIA

- ALEIXO, José Carlos Brandl. Afrânio de Melo Franco. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro, 28 (3): 12-26, set./dez. 1985.
- . O Conflito El Salvador—Honduras e a integração centro-americana. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro, 20 (3): 39-40, set. 1977.
- BEMIS, Samuel D. *The Latin American Policy of the United States. A historical interpretation*. Nova York, Harcourt, 1943.
- BROUILLET, Alain — La médiation du Saint Siège dans le différend entre l'Argentine et le Chili sur la Zone Australe. *Annuaire Français de Droit International*. 1979. Paris, C.R.S., 1980.
- CALLEJAS BONILLA, Policarpo. La mediación como procedimiento de solución pacífica de controversias internacionales. *Noveno Curso de Derecho Internacional*. Rio de Janeiro, Washington, Secretaria General de la OEA, 1983, vol. I.
- CÂMARA dos Deputados. *Mensagens Presidenciais*. 1910-1914. Hermes da Fonseca — Brasília, Centro de Documentação e Informação, 1978.
- CARPIO NICOLLE, Roberto. *Hacia Donde Va Belize*. Guatemala, Girblan, 1977.
- CENTENO, Angel M. "El Cardenal Samoré: Un amigo de los argentinos". *CIAS. Revista del Centro de Investigación y Acción Social*. Buenos Aires, 32 (321): 43, abr. 1983.
- CLINE, Howard. *The United States and Mexico*. New York, Atheneum, 1963.
- A CONTROVÉRSIA sobre a soberania na Zona Austral. Carta do Santo Padre aos Episcopados da Argentina e do Chile. *L'Osservatore Romano*. Cidade do Vaticano, Edição semanal em português. XIV (48): 7 (582-3), 27-11-1983.

- El convenio de mediación entre El Salvador y Honduras. *ECA. Estudios Centroamericanos*. Salvador 32 (339-340): 89-90, jan./fev. 1977.
- DUVERGER, Maurice. *Introdução à Política*. Lisboa, Cor, 1977.
- ECHEVERRIA D., C. Glória. La controversia entre Chile y Argentina sobre la región del Beagle: origen, desarrollo y desenlace. In: *150 Años de Política Exterior Chilena*. Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, 1977.
- FAGG, John Edwin. *Latin America: A General History*. New York, Macmillan, 1963.
- FRIAS VALENZUELA, Francisco. *Manual de Historia de Chile*. Santiago, Nascimento, 1979.
- GARCIA-AMADOR, F. V. (org.) *The Inter-American System*. Dobbs Ferry, N.Y. Oceana, 1986.
- GARCIA BAUER, Carlos. *Universalismo y Panamericanismo*. Guatemala, Universitaria, 1988.
- GROSS ESPIELL, Hector. La Intervención de Juan Pablo II. Mediación y Arbitraje. *Revista Internacional y Diplomática*. México, 30 (363): 30, fev. 1981.
- GURIAN, Waldemar e FITZSIMONS, M. A. (Ed.). *The Catholic Church in World Affairs*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1954.
- GUTIERREZ, Alberto. *La Guerra de 1879*. Buenos Aires, Francisco de Aguirre, 1975.
- IBARES, José C. *Historia Argentina*. Buenos Aires, Troquel, 1961.
- INFANTE CAFFI, María Teresa. La solución pacífica de las controversias. In: *Antecedentes, Balance y Perspectivas del Sistema Interamericano*. Santiago de Chile, Universitaria, 1977.
- INTERNATIONAL Court of Justice, *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders*. Judgement of 18 November 1960, ICY Reports, 1960.
- KARNES, Thomas L. *The Failure of Union. Central America 1824-1975*. Tempe, Arizona State University, 1976.
- KOENING, Harry. The popes and peace in the twentieth century. In: GURIAN, Waldemar e FITZSIMONS, M. A. (Ed.). *The Catholic Church in World Affairs*. Notre Dame, University of Notre Dame, 1954.
- LINOWITZ, Sol M. et al. *Pela Reconstrução da Cooperação nas Américas. Relatório de 1986 do Diálogo Interamericano*. Washington, D. C., Instituto Aspen de Estudos Humanísticos, 1986.
- MECHAM, J. Lloyd. *A Survey of United States Latin American Relations*. Boston, Houghton Mifflin, 1965, pp. 414-8.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1972, 2º vol.
- EL MERCURIO. Santiago, 4-5-1981, p. Am 1.

- Ministério das Relações Exteriores. *Relatório apresentado ao Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores*. — 1930. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1984, v. 1.
- Monsieur GUERRY, Arcebispo de Cambray. *La Iglesia y la Comunidad Internacional*. Pamplona, Gomez, 1964.
- OLIVEIRA LIMA, Manuel de. *O Movimento da Independência. O Império Brasileiro*. (1821-1889). 4ª ed. São Paulo, Melhoramentos, 1962.
- ORGANIZATION of American States. General Secretariat. *Inter American Treaty of Reciprocal Assistance*. Applications. Vol. I. 1948-1959, Washington, D. C. 1973.
- ORRIGO VICUÑA, Francisco. Análise de la práctica latinoamericana en materia de solución de controversias durante la década de 1970 y sus implicaciones para el futuro. *Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional*, (Viña del Mar, 1º al 5 de diciembre de 1980). Volumen II. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 1981.
- L'OSSERVATORE ROMANO. Sob os auspícios da Mediação Pontificia assinado o Tratado de Paz e de Amizade entre a Argentina e o Chile. Cidade do Vaticano. Edição semanal em português, XV (50): 1 e 4 (593), 9-12-1984.
- Papa João XXIII. *Acta Apostolicae Sedis*, 1961, p. 814.
- PEIRANO BASSO, Jorge. *Buenos Oficios y Mediación. La Práctica Internacional en el Último Cuarto de Siglo*. Montevideo, Idea, 1983.
- PÉREZ DEL VIZO, Ignacio. La consulta por el Beagle. CIAS. Buenos Aires, 33 (336): 1-9, set. 1984.
- . Tratado con Chile. CIAS. Buenos Aires, 33 (338): 1-7, nov. 1984.
- PERS GARCIA, Walter. *Límites de Bolivia*. La Paz, Camarlinghi, 1977.
- PIKE, Frederick. *Chile and United States. 1880-1962*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1963.
- SILVA HERZOG, Jesus. *Breve Historia de la Revolución Mexicana*. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1962, 1º vol.
- STONE, Julius. *Legal Controls of International Conflict*. New York, Rinehart and Co., I vol.
- THOMAS, Ann Van Wyenen e THOMAS, A. J. Jr. *The Organization of American States*. Dallas, Southern Methodist University Press, 1963.
- TRATADO general de Paz entre las Repúblicas de El Salvador y Honduras. ECA. *Estudios Centroamericanos*. Salvador, 35 (384-385): 1.115-1.120, out./nov. 1980.
- VALENCIA RODRIGUES, Luis. *Principios de las Naciones Unidas*. Quito, Casa de la Cultura Equatoriana, 1972.
- VASCONCELOS, Victor Natalicio. *Lecciones de Historia Paraguaya*. Assunção, Edição do autor, 1978.
- VIANA, Hélio. *História do Brasil*. São Paulo, Melhoramentos, 1967, vol. II.

# Prevenção do dano nuclear

## Aspectos jurídicos

PAULO AFFONSO LEME MACHADO

Promotor de Justiça — SP. Professor no IB — UNESP (Rio Claro). Prêmio Internacional "Elizabeth Haub". Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente

### SUMÁRIO

#### I — PREVENÇÃO DO DANO NUCLEAR — UMA DAS FACES DA RESPONSABILIDADE

II — MEDIDAS PREVENTIVAS ESPECÍFICAS DO DANO NUCLEAR: 1 — Introdução; 2 — Medição das radiações; 3 — Notificação do público; 4 — Zoneamento da área adjacente à instalação nuclear; 4.1 — Experiência estrangeira; 4.2.1 — Experiência brasileira e poder de autorizar atracação de navios nucleares — Uso de ação civil pública; 4.2.2 — Zoneamento nuclear e competências federal e municipal; 4.2.3 — A estação ecológica como entorno da usina nuclear.

#### III — DIREITO DE INFORMAÇÃO, PREVENÇÃO DO DANO NUCLEAR E INTERVENÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES

IV — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NUCLEAR E PREVENÇÃO DO DANO NUCLEAR: 1 — Experiência estrangeira; 1.1 — Espanha; 1.2 — França; 1.3 — Estados Unidos da América; 2 — Experiência brasileira; 2.1 — Fiscalização e fomento da energia nuclear: atividades a serem separadas; 2.2 — Composição da CNEN — necessidade de reformulação; 2.3 — Poder de polícia nuclear: licenciamento e suspensão da licença; 2.4 — Poder de polícia nuclear; autorização e suspensão da operação das instalações nucleares; 2.5 — A ação civil pública e a omissão no exercício do poder de polícia nuclear.

#### CONCLUSÕES

## I — PREVENÇÃO DO DANO NUCLEAR — UMA DAS FACES DA RESPONSABILIDADE

Quem cria o perigo, por ele é responsável. O perigo, muitas vezes, está associado ao dano e, dessa forma, não é razoável tratá-los completamente separados.

Podemos verificar que tanto na língua portuguesa, como em outras, esse conceito é encontrado. "Perigo: risco, fortuna, ventura, em que alguém está de sofrer algum dano, perda ou ruína" (1). "Perigo: situação, conjuntura ou circunstância que ameaça a existência de uma pessoa ou de uma coisa, risco" (2). "Perigo: situação em que está ameaçada a existência ou a integridade de uma pessoa ou de uma coisa, risco, inconveniente" (3). "Peril: exposure to the risk of harm or loss". "Danger: exposure or vulnerability to harm or evil, risk, peril" (4). "Danger: situation où l'on a à redouter un mal quelconque. Inconvenient, risque provoqué par quelque chose" (5).

A exposição ou a vulnerabilidade ao dano não pode deixar o direito indiferente. No caso nuclear, desde já, há duas situações: a da população que, por exemplo, frui da energia produzida num reator, sem sofrer diretamente do perigo ali existente, e a da população vizinha ao reator, que, ainda fruindo dessa energia, sofre diretamente o perigo nuclear. Como se vê são duas situações diferentes a merecer atenção jurídica especial.

A iminência de dano nuclear, a situação de pré-dano não é uma fantasia de cérebros doentes quanto à instalação e operação de centrais nucleares. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem, em sua decisão nº 10.531, de 6 de dezembro de 1983, considerou que "aqueles que vivem perto de uma central nuclear podem sentir-se afetados pelo seu funcionamento e estar inquietos pela sua segurança" (6). O Tribunal Federal Constitucional da República Federal da Alemanha decidiu, em ações sob a égide de regulamentos de proteção da vizinhança, que o indivíduo pode requerer o cumprimento dos regulamentos atômicos para assegurar que a proteção de sua região esteja inserida em seus direitos fundamentais sob a Lei Constitucional (decisão de 20 de dezembro de 1979 (7)).

(1) SILVA, A. M. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 7.ª ed., Lisboa, Typographia De Joaquim Germano de Souza Neves — editor, 1878.

(2) AULETE, F. J. C. *Dicionário da Língua Portuguesa*. 2.ª ed., Lisboa, Parceria António Maria Pereira, 1925.

(3) SILVA, A. P. *Neve Dicionário Brasileiro Melhoramentos*. 6.ª ed., São Paulo, Companhia Melhoramentos de São Paulo, 1970.

(4) MORRIS, W. *The American Heritage Dictionary of the English Language*. New York, American Heritage Publishing Co., 1970.

(5) PETIT LAROUSSE ILLUSTRÉ. Paris, Librairie Larousse, 1978.

(6) PRIEUR, M. *Droit de l'Environnement*. Paris, Dalloz, 1984.

(7) SALZWEDEL & PREUSKER. *The Law and Practice Relating to Pollution Control in the Federal Republic of Germany*. London, Graham & Trotman, 1982.

Não se pode fazer um hiato antes do dano nuclear e após o dano nuclear, como se fossem situações estanques. Se se aceitasse uma separação de responsabilidade, criar-se-iam situações de não se exigir do operador nuclear (responsável pela instalação nuclear) a realização das medições dos efluentes, o registro dessas medições, o alerta nas emergências e as contribuições financeiras para compra de meios de transporte para evacuação da população potencialmente atingível, construção de hospitais especializados nas doenças advindas das emissões radioativas, construção ou ampliação de estradas, segurança das moradias. É oportuno acentuar-se que não é obrigação jurídica das vítimas adquirirem e instalarem elas próprias esses implementos. Aliás, não é por caridade ou atitude benevolente que se realizará a prevenção do dano nuclear. Além do aspecto ético — sempre existente —, há a responsabilidade jurídica pela criação do perigo, da qual advêm obrigações de fazer, que podem ser postuladas através do Poder Judiciário, utilizando-se a ação civil pública.

Haverá aqueles que ficarão submetidos a interpretações rígidas ou até orientadas pela facilitação do lucro dos operadores nucleares. Dirão que só existe a responsabilidade do art. 9º da Lei nº 6.453/77 (“a responsabilidade do operador pela reparação do dano nuclear é limitada, em cada acidente, ao valor correspondente a um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional”, com as modificações existentes nas ORTN em 1986). Há autores brasileiros que, tratando da responsabilidade civil por danos nucleares, não abordam explicitamente a responsabilidade de prevenir<sup>(8)</sup>. Entendo que essa exegese desvinculadora da responsabilidade preventiva não encontra apoio na Constituição brasileira.

O Poder Público, em qualquer dos seus níveis, está obrigado a respeitar o direito à vida dos cidadãos e, portanto, não pode ser homicida e/ou genocida (nem ecocida). Pode parecer extremamente duro o que se afirma. Contudo, ninguém ignora que — no passado — houve Estado que matou seus próprios concidadãos por motivo racial, de crença religiosa ou devido a comportamento político. Ora, ao se criar e fazer funcionar um instrumento de altíssimo risco, se o próprio Estado — que no Brasil é industrial nuclear — não prevenir adequadamente os danos, ele (Estado) estará matando ou possibilitando a morte ou as lesões, quando de um evento de origem nuclear. A Corte Constitucional italiana — em decisão de 30 de

(8) BITTAR, C. A. *Responsabilidade Civil nas Atividades Nucleares*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, e ALVARES, W. T. *Introdução ao Direito da Energia Nuclear*. São Paulo, Sugestões Literárias S. A., 1975.

junho de 1986 — assinala que a “responsabilidade civil bem pode assumir a tarefa preventiva como sancionatória”<sup>(9)</sup>.

Para aqueles que acham que a produção deve ser privilegiada a todo o custo lembre-se que o direito à vida não é um direito criado ao sabor do capricho do legislador. Primeiramente consta como um direito inviolável. O direito à vida é daqueles direitos que são essencialmente fundamentais, e, no dizer de SCHMITT, são “anteriores e superiores ao Estado, aqueles que o Estado não os outorga com base em suas leis, mas que os reconhece e protege como dados antes deles, e nos quais somente cabe penetrar em quantidade mensurável em princípio e só dentro de procedimento regulado”<sup>(10)</sup>.

A Convenção de Paris de 29-7-60, a de Bruxelas, de 21-2-63, e a de Viena, de 21-5-68, não excluem os deveres de prevenção e não eximem o Poder Público das obrigações de prevenir. O princípio de canalização é observado quanto ao responsável, e a limitação da quantia a ser paga é quanto ao montante em dinheiro a ser pedido ao operador nuclear. Dessarte, a lei ambiental brasileira adotou posteriormente à lei nuclear, isto é, em 1981, o princípio de responsabilidade objetiva ilimitada (art. 14 da Lei nº 6.938, de 31-8-81).

## II — MEDIDAS PREVENTIVAS ESPECÍFICAS DO DANO NUCLEAR

### 1. Introdução

É válido citar PATRICK GIROD em sua obra pioneira **La Réparation du Dommage Écologique**: “Abandona-se aqui a problemática da responsabilidade ou, pelo menos, revertem-se seus elementos, estabelecendo-se uma organização, preventiva da reparação. A imputação faz-se *a priori*, antes mesmo que o dano se realize. Ela funda-se sobre a convicção de que os produtores devem ser tidos como objetivamente responsáveis pelas poluições que produz sua atividade. A lógica é fazer imediatamente e não quando não houver mais tempo: a proteção do meio ambiente não mereceria ser “um negócio de bombeiros”, devendo ela procurar, desde o presente, integrar o custo da reparação na política do desenvolvimento das empresas produtoras. Menciona o autor que esse posicionamento é sufragado pela legislação em geral. Cita a lei atômica alemã, que coloca como uma das condições da licença “o cumprimento de todas as medidas necessárias para satisfazer as dispo-

(9) G. U. n.º 35 de 23-7-86.

(10) SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, S. A., 1982.

sições legislativas em matéria de reparação do dano". Registra que essa prevenção se situa mais no campo do seguro obrigatório ou da constituição de reservas financeiras" (11).

## 2. Medição das radiações

Interna e externamente às instalações nucleares haverá de se medir a existência de radiação. O monitoramento será permanente, tanto para corrigir o que possa ser corrigido (inclusive com a paralisação temporária ou definitiva da instalação) como alertando a população para evacuar a área. Essa medição é de obrigação da CNEN — Comissão Nacional de Energia Nuclear (cujas funções estudaremos adiante). A CNEN poderá autorizar peritos independentes a fazerem essas medições (12). O Corpo de Inspetores da AIEA (Agência Internacional de Energia Atômica) somente poderá fiscalizar, determinando "a observância de quaisquer medidas de proteção da saúde e de segurança" prescritas por esse órgão, se o Brasil solicitar a aplicação das salvaguardas (art. 12, A, 2, do Estatuto de 26-10-56). Entretanto, na prática não serão invocadas as salvaguardas para os fins de prevenção do dano nuclear. Como salienta GUIDO FERNANDES SILVA SOARES, "as salvaguardas são controles da natureza política destinados a verificar a finalidade no uso dos materiais nucleares, que, por definição, devem ser pacíficos. Não devem ser confundidas com os controles sobre segurança e saúde, igualmente contemplados no Estatuto da AIEA (por vezes misturados aos conceitos de salvaguardas)" (13).

Na França uma portaria interministerial de 10-8-76 determina:

**Art. 7º** — O explorador é obrigado em relação a todas as emissões de efluentes gasosos:

1º — fazer uma avaliação prévia da emissão;

2º — fazer análises periódicas nas amostragens da chaminé, durante a emissão;

3º — fazer registro permanente, ao nível do alarme, na chaminé utilizada.

**Art. 8º** — O explorador deve obrigatoriamente efetuar na atmosfera as medidas seguintes:

1º — registro contínuo — no local — da radiação gama do ar ambiente, no mínimo em três pontos definidos em cada

(11) GIROD, P. *La Réparation du Dommage Écologique*. Tese, Universidade de Paris, 1973.

(12) Resolução n.º 2, de 3-4-81. Publicado no DO, 7-5-81, p. 8.275.

(13) SOARES, G. F. S. *As Salvaguardas nos Acordos Nucleares*. São Paulo, José Bushatsky Editora, 1977.

caso, de acordo com o serviço central de proteção contra a radiação ionizante;

2º — determinação, sob o vento dominante da chaminé, da atividade:

a) volume beta total em amostragem cotidiana através da aspiração de poeiras em filtro fixo;

b) volume beta da amostragem total das precipitações;

c) massa beta total (potássio 40 excluído) de duas amostragens de gramado da área;

d) volume beta total (potássio excluído) de duas amostragens de leite.

Em outra portaria interministerial — da mesma data — determina-se que, nos efluentes radioativos líquidos, o explorador deve obrigatoriamente efetuar sobre todo o lote do efluente líquido estocado, antes da emissão, análises e medidas permitindo determinar a composição química, físico-química e a atividade do lote, medindo-se separadamente o trítio (art. 9º). O explorador deve obrigatoriamente medir a atividade de volume beta total, medindo o trítio separadamente da água do meio receptor, retirada em amostra, durante cada emissão nas condições de localização e duração fixadas pelo serviço central de proteção contra a radiação ionizante. Deve o explorador medir mensalmente, ao menos, a atividade de volume beta total das águas subterâneas adjacentes à central.

Na Suécia (Regulamento nº 5, de 19-9-83, modificador do Regulamento nº 2/77) cada instalação nuclear deve apresentar ao Instituto de Proteção contra as Radiações os dados registrados, segundo os seguintes procedimentos:

1º — medidas mensais ou mais freqüentes;

2º — medidas semestrais. Para a avaliação das emissões de substâncias radioativas na água e no ar prescreve o regulamento a apresentação de relatório das amostragens feitas na água (interior do reator) segundo os seguintes procedimentos:

1º — radionuclídeos: radiação gama medida mensalmente;

2º — radionuclídeos: radiação alpha e estrôncio-90 medidos trimestralmente.

O art. 32 determina que a radiação gama deve ser medida permanentemente na zona de um quilômetro em torno da instalação nuclear e os resultados apresentados trimestralmente ao Instituto.

### 3. Notificação do público

Conforme o grau de periculosidade na propagação da radiação, assim deverá ser a rapidez com que se avise a população (sistema de alarmes etc.) e a metodologia utilizada. Essa notificação não deve somente tornar pública a radiação, mas comunicar o fato diretamente às vítimas prováveis.

### 4. Zoneamento da área adjacente à instalação nuclear

#### 4.1 Experiência estrangeira

No exame do evento ocorrido na instalação nuclear de Three Mile Island, a Comissão Kemeny (nomeada pelo Presidente Carter) manifestou-se sobre o zoneamento. Recomendou que o conceito de **low population zone** (zona de baixa população) fosse abandonado na localização e planejamento da emergência. Segundo a Comissão, uma variedade de possíveis acidentes deveria ser considerada durante a localização da instalação nuclear, particularmente os “pequenos acidentes”, os quais teriam maior probabilidade de ocorrer. Para cada acidente calcular-se-iam os prováveis níveis de radiação encontráveis nas diferentes distâncias e, então, seria decidida a espécie de ação protetiva necessária e factível. Tais ações protetoras poderão ser a ordenação da evacuação de uma área próxima à instalação, a distribuição de iodeto de potássio para proteger a glândula tireóide do iodo radioativo, uma simples instrução à população adjacente — no entorno de algumas milhas — para que fiquem dentro de suas casas por um certo período de tempo. Apenas uma análise semelhante pode prever as verdadeiras conseqüências de um incidente radiativo e determinar se um local é conveniente para uma instalação nuclear. Sem embargo da crítica ao zoneamento nuclear feito pela mencionada Comissão, o conceito global de zoneamento da matéria não foi abandonado nos Estados Unidos, tanto que sua preparação foi recomendada pela Lei nº 96.295, de 30-6-80 (14).

MARIA TERESA ESTEVAN BOLEA destaca em seu livro **Impacto Ambiental de Centrais Nucleares** (15) que se devem observar as seguintes regras, quanto ao distanciamento da população com referência às instalações nucleares:

“1º — fixa-se ao redor de cada reator uma zona sob controle de uns mil metros de raio, na qual não pode haver habitantes, nem desen-

---

(14) FINDLEY R. W. & FARBER D. A. *Environmental Law*. St. Paul., West Publishing Co., 1981.

(15) BOLEA, M. T. E. *Impacto Ambiental de Centrais Nucleares*. Madrid, CIFCA, 1978.

volverem-se atividades industriais, agrícolas ou recreativas que não hajam sido previamente autorizadas, nem pode praticar-se a pesca e desportos aquáticos;

2º — fixa-se ao redor da zona sob controle uma zona vigiada concêntrica à anterior, de quatro quilômetros de raio, com uma densidade de população, características e vias de comunicação tais que resulte factível a evacuação rápida de pessoas que nela habitem ou trabalhem;

3º — fixa-se ao redor da zona sob controle outra zona, concêntrica à anterior, de seis quilômetros de raio, de modo que nela não poderá existir uma densidade de população fixa superior a 100 habitantes por quilômetro quadrado (100 hab/km<sup>2</sup>) ou 500 hab/km<sup>2</sup>, no caso de localidade turística."

"O planejamento da evacuação tem sido o aspecto mais debatido das instalações nucleares dos últimos anos. A zona de evacuação determinada pelo governo dos Estados Unidos tem dez milhas de raio, mas a indústria nuclear americana — antes de Chernobyl — solicitava uma zona menor. A evacuação de Chernobyl, contudo, desafiou algumas suposições americanas. Todos os residentes dentro de dezoito milhas da usina soviética foram evacuados. As crianças, entretanto, foram evacuadas de aldeias, algumas, a cem milhas da instalação" (16).

#### 4.2.1 Experiência brasileira e poder de autorizar atracação de navios nucleares — uso de ação civil pública

Com relação ao uso de portos, baías e águas territoriais brasileiros por navios nucleares, a CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear) baixou a Resolução nº 4/71 (17). Prevê o emprego dos conceitos de zoneamento nuclear, utilizando-se a nomenclatura: zona controlada, zona de baixa população, zona de densa população, zona de exposição. Nessa Resolução não se quantifica o número desejado de habitantes por quilômetro quadrado. Esse zonamento ficou no terreno da teoria e, na realidade, não se implantou nas imediações dos portos brasileiros (que pretendam receber navios nucleares) o devido zoneamento, fazendo-se diminuir a população em cada zona, para que as medidas de emergência sejam exequíveis. O Brasil não está preparado para receber em seus portos os navios nucleares diante da insegurança para as populações litorâneas. O ato administrativo que permitir tal entrada ou atracação merece ser qualificado de arbitrário e pode ser enfrentado com a ação civil pública (Lei nº 7.347/85). Comento no livro **Ação Civil Pública e Tombamento** (18) da importância da con-

(16) *The New York Times*, Monday, October 27, 1986 — p. A10.

(17) Resolução de 14-1-1971, publicada no DO, Parte II, de 18-2-1971, pp. 489 e 490.

(18) MACHADO, P. A. L. *Ação Civil Pública e Tombamento*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

cessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário para que os males ambientais sejam evitados a tempo.

#### **4.2.2 Zoneamento nuclear e competências federal e municipal**

Convém mencionar — quanto ao zoneamento nuclear — que não existe claramente definido na legislação — e, *data venia*, a segurança da população merece essa providência do legislador — qual a autoridade incumbida de autorizar construções nas zonas urbana e rural, assim como aplicar as limitações ao direito de propriedade no entorno da instalação nuclear. Essa matéria precisa ficar bem clara, quando se pretender licenciar a instalação nuclear. As zonas adjacentes serão administradas pela Prefeitura Municipal, pelos Estados ou pelo Governo Federal? Qual a ingerência do operador nuclear?

Profundas transformações deverão ser realizadas no regime de uso da propriedade circunvizinha da instalação nuclear. Quem ficará responsável pela expropriação de imóveis que vierem a ter sua utilização completamente interdita? Parece-me que a União é a única responsável. E no caso de somente existir restrição ao direito de propriedade, seria eficaz deixar-se a autorização das atividades das zonas a serem estabelecidas só para o Município? Parece-me que devam atuar conjuntamente União e Município, através de dupla autorização, para que os planos de emergência possam funcionar. Guarda-se, assim, o peculiar interesse municipal, que é somado ao interesse nacional.

A fixação de áreas “passíveis de serem afetadas no caso de emergências conseqüentes de acidentes nucleares” é matéria que preocupou o Poder Executivo Federal que no Decreto nº 85.565, de 12-12-80, previu que a SEDEC — Secretaria Especial de Defesa Civil passasse a efetuar entendimentos com a CNEN para a “amplitude dessas áreas”. Contudo, ainda há um vazio regulamentar, pois não se esciarcceu a dimensão das áreas, os gravames à propriedade imóvel nessas áreas, a densidade de população. Dessa forma, o Sistema de Proteção ao Programa Nuclear — SIPRON — precisa ser enormemente redimensionado para fazer face às suas lacunas.

#### **4.2.3 A estação ecológica como entorno da usina nuclear**

Pelo Decreto nº 84.973, de 29-7-80, determinou-se que as usinas nucleares deverão ser localizadas em áreas delimitadas como estações ecológicas.

O Governo brasileiro usou como fundamento do decreto as seguintes razões:

“1 — necessidade de conservação do meio ambiente e uso racional dos recursos naturais;

2 — imperativo da continuidade do programa nuclear brasileiro;

3 — necessidade de que as instalações nucleares incluam avaliações pormenorizadas que fazem parte das atividades desenvolvidas em uma estação ecológica;

4 — a co-localização da central nuclear com a estação ecológica estabelecerá excelente mecanismo para acompanhamento preciso das características do meio ambiente”.

Examinemos da legalidade dessa pretendida co-localização.

“Estações ecológicas são áreas representativas de ecossistemas brasileiros, destinadas à realização de pesquisas básicas e aplicadas à ecologia, à proteção do ambiente natural e ao desenvolvimento da educação conservacionista” (Lei nº 6.902, de 27-4-81). As estações ecológicas são compostas de duas partes: uma de noventa por cento, ou mais, da área total destinada “em caráter permanente, e definida, em ato do Poder Executivo, à preservação integral da biota”; outra parte que não pode, portanto, ultrapassar dez por cento da estação ecológica, destinada à “realização de pesquisas ecológicas”, que não coloquem em perigo a sobrevivência das populações ali existentes.

Do conceito legal de estação ecológica pode extrair-se como dedução lógica de que não é possível fazer-se, em todos os casos, uma co-localização de usina nuclear com estação ecológica, como pretendeu o Decreto nº 84.973/80.

É preciso constatar-se se o local pretendido para a localização da usina nuclear pode ser considerado “representativo do ecossistema brasileiro”. Ecossistema pode ser entendido como:

“1 — conjunto de uma comunidade e seu ambiente biótico;

2 — o sistema composto das plantas (flora), animais (fauna) e fatores físico-químicos de uma comunidade e as inter-relações entre estes” (19).

A conciliação de localização dessas duas unidades vai inicialmente depender se o ecossistema no local onde se pretende instalar a usina nuclear tem real significado dentro dos ecossistemas brasileiros. Inexistindo essa representatividade, não há razão legal para a co-localização e, se, por outras razões, for aprovada a usina nuclear para o local, não deverá haver a co-localização.

Necessário, também, que, na área dos dez por cento em que ficará a usina e parte da estação ecológica, seja possível a realização de pesquisas em ecologia, a proteção do ambiente natural e o desen-

(19) Glossário de termos usuais em Ecologia, São Paulo, ACIESP n.º 24, 1980.

volvimento da educação conservacionista. Se essas finalidades não puderem coexistir com a usina nuclear, a co-localização pretendida será ilegal.

Outro aspecto a ser examinado é o da proporção de áreas. A co-localização não tira a identidade das unidades que irão conviver. O Decreto 84.973/80 não tornou vizinha uma estação ecológica de uma usina nuclear ou vice-versa. O decreto pretendeu de forma genérica colocar a usina dentro da "área delimitada como estação ecológica". Se a área está delimitada como estação ecológica, o regime jurídico é o de estação ecológica, sob a égide da Lei nº 6.902/81. Assim, a usina nuclear só poderia ficar na área zoneada para pesquisa, pois do contrário não seria possível a existência da estação ecológica. Se a usina for maior que dez por cento da área da estação ecológica, não poderá haver a co-localização. Dessarte, a própria Lei nº 6.902/81 prescreve que "as estações ecológicas não poderão ser reduzidas, nem utilizadas para fins diversos daqueles para os quais foram criadas" (art. 7º).

Ressalta aos olhos que não foi feliz essa pretendida harmonização de finalidades, quando só raramente encontrar-se-ão todos os requisitos para a harmonização. Falseando-se ou mascarando-se as finalidades da estação ecológica, a ação civil pública ou a ação popular poderão ser caminhos para o refazimento do autêntico interesse público.

### III — DIREITO DE INFORMAÇÃO, PREVENÇÃO DO DANO NUCLEAR E INTERVENÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES

Que tipo de informação, quem irá informar, quem irá obter a informação, quem irá transmitir a informação, quais seus destinatários, qual a informação a ser transmitida e quando será transmitida — são temas que preocupam na área de operação de uma instalação nuclear. Do direito à informação ambiental — de modo mais abrangente — tratei na *Revista de Informação Legislativa* (20).

Trata-se aqui do nuclear civil, que se presume para fins pacíficos. Portanto, aqui não se pode cultivar o segredo como um fim em si mesmo ou como estratégia de poder.

A CNEN, por força da Lei nº 4.118, de 27-8-62 (art. 27), poderá estabelecer, "quando julgar necessário, o caráter sigiloso de suas atividades". Em direito administrativo — ancorado e subordinado ao direito constitucional — nenhum ato pode ser feito por capricho da administração ou sem estar lastreado concretamente no interesse público. O segredo é a exceção, e esta, como tudo o mais na Administração

(20) MACHADO, P. A. L. Direito à informação ambiental. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, a. 21, n. 84, out./dez. 1984.

Pública, deve ser demonstrada aos administrados que a pagam. Assim, a CNEN, quando recusar-se a informar, terá de declinar os motivos. Não será suficiente catalogar o ato como sigiloso para eximir-se de informar. O Poder Judiciário poderá, através da ação civil pública, verificar a existência dos motivos ponderáveis para não informar ou ordenar a transmissão da informação. É curial, desde já, que não é aceitável motivar o sigilo "para evitar o pânico da população", como se esta tivesse de se manter passiva diante da poluição radioativa e do sério risco à geração presente e futura.

O modo de transmitir a informação pela CNEN, também, não se situa no campo do arbítrio. No art. 28 da Lei nº 4.118/62 afirma-se que as atividades da CNEN poderão ser divulgadas sob a forma "que julgar mais apropriada". Isso não quer dizer que essa comissão governamental seja detentora exclusiva da informação ou que a transmita por ato de condescendência para com os cidadãos. Ainda que, muitas vezes, haja interesses antinacionais voltados para o conhecimento de informações da matéria, nem por isso a informação deve ser sistematicamente negada ao público.

Ultrapassada a fase da localização e de construção da instalação nuclear (em que deverá ter sido exercido ou podido exercer o direito à informação), cogita-se, agora, de outro tipo de informação. Por exemplo: quais as substâncias utilizadas para a produção, que tipos de efluentes são emitidos, quais são os rejeitos que se pretende estocar, o acompanhamento da estocagem, a existência de anormalidades, os "ensaios periódicos das estruturas, sistemas e componentes" (Resolução nº 6-CNEN, de 18-2-72)<sup>(21)</sup>, o conteúdo dos "relatórios preliminares de segurança", os planos "de emergência" (mencionados na citação da Resolução da CNEN).

A informação desejada poderá ser obtida do "operador" — pessoa jurídica devidamente autorizada a operar a instalação nuclear — (art. 1º, I, da Lei nº 6.453/1977) ou da própria CNEN. Vale ser invocado o art. 6º, § 3º, da Lei nº 6.938, de 31-8-81: "Os órgãos central, setoriais, seccionais e locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitadas por pessoa legitimamente interessada". A CNEN pode ser qualificada como órgão setorial, pois, integrante da Administração Federal, suas atividades estão "parcialmente associadas às de preservação da qualidade ambiental ou de disciplinamento dos recursos ambientais" (art. 6º, III).

A obtenção da informação pressupõe o dever de inspecionar e o seu correlato direito. No caso brasileiro trata-se do Poder Público Federal (CNEN), fiscalizando o Poder Público Federal (por exemplo,

(21) Resolução nº 6, de 18-2-72, publicada no DO de 22-5-72. Sec. I, Parte II, pp. 2.024-28.

Furnas Centrais Elétricas S. A. em Angra I). Os professores RAINAUD e CRISTINI da Faculdade de Direito de Nice (França) assinalam: “que conseqüências jurídicas surgem dessa situação, em que o Estado é juiz e parte, em que o Estado ajuda, autoriza, controla, inspeciona, sanciona e, às vezes, é o autor e verificador das normas que ele impõe” (22). Surge aí o direito de a sociedade obter, por seus meios, a informação desejada. A sociedade, através de cada um dos seus cidadãos ou através dos grupos organizados e permanentes — as associações. Fora daí, isto é, sem a presença da sociedade, ficaríamos reduzidos a saber aquilo que o Estado quisesse nos transmitir.

O dever do Estado de autofiscalizar-se é fundamental. Para isso os cidadãos pagam tributos. Entretanto, surge a necessidade de as associações se instrumentaram para inspecionar. Ficaria no plano da teoria se se concedesse direito para as associações fiscalizarem e não se lhes outorgassem subvenções públicas para a aquisição de equipamentos adequados e contratação de técnicos capacitados. Dir-se-á que se quer a duplicação da fiscalização. Responde-se que tal é absolutamente necessário, pois o perigo nuclear é de tal monta e tal a estrutura de poder aí presente, que investimentos maiores se fazem imperativos buscando-se tentar o controle da agressão da saúde aos cidadãos e assegurando-se-lhes o direito fundamental à vida.

#### IV — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NUCLEAR E PREVENÇÃO DO DANO NUCLEAR

##### 1. Experiência estrangeira

###### 1.1 Espanha

O Conselho de Segurança Nuclear (“Consejo de Seguridad Nuclear”) está regulado pela Lei de 22-4-80. Tem competência para expedir “informes obrigatórios e vinculantes, quando tenham caráter denegatório para autorizações de construção, exploração e fechamento de instalações nucleares, inspeções, controles, vigilância”, conforme expõe o prof. MARTIM MATEO (23). O Conselho referido é composto de cinco membros: um presidente e quatro conselheiros e “em suas nomeações pelo Governo intervém o Congresso de Deputados”. A autorização prévia para localização depende do Ministério da Indústria e Energia, ouvido o referido Conselho. O professor espanhol anota que “um dos maiores obstáculos que hoje enfrenta a energia nuclear

(22) RAINAUD & CRISTINI. La spécificité des sources du droit nucléaire et le droit de l'environnement. *Les Centrales Nucleaires et l'Environnement*. Trevoux, Publications Périodiques Spécialisées, 1983.

(23) MATEO, M. *Nuevo Derecho Energético*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

é a insegurança do processo de tomada de decisões administrativas", acreditando ele que com a intervenção do Conselho mencionado possam ser atenuados esses obstáculos.

## 1.2 França

Existem o Conselho Superior de Segurança Nuclear e o Serviço Central de Segurança das Instalações Nucleares. Foram criados pelo Decreto de 23-3-73, modificado pelo Decreto de 6-6-77, observando-se a Circular de 10-8-84.

O Conselho Superior de Segurança Nuclear (Conseil Supérieur de la Sûreté Nucléaire) tem competência para: 1. recomendar ao Ministro da Indústria sobre todos os assuntos concernentes à segurança das instalações nucleares; 2. fornecer parecer sobre a qualidade científica e técnica das disposições que visem assegurar uma boa informação das populações; 3. informar a Assembléia Nacional, o Senado, os Conselhos Regionais ou Gerais, quando por eles for solicitado (Decreto 81.978, de 20-10-81). Esse Conselho teve sua composição reformulada em 1982. Na sua composição "encontram-se um membro da Assembléia Nacional, um membro do Senado, seis representantes de associações de proteção da natureza e os diretores dos Ministérios e institutos pertinentes" (24). Contudo, só o Ministro da Indústria pode, em caso de urgência, tomar decisões como a suspensão de funcionamento da instalação nuclear.

O Serviço Central de Segurança das Instalações Nucleares (Service Central de Sûreté des Installations Nucléaires) é encarregado de conduzir a tramitação dos procedimentos de autorizações e de fiscalizar as instalações nucleares de base. Essa fiscalização é feita pelos Inspetores das "instalações classificadas" ("installations classées") designados conjuntamente pelo Ministro do Meio Ambiente e pelo Ministro da Indústria, situados, entretanto, sob a autoridade deste último. Salienta o prof. MICHEL PRIEUR — Presidente da Sociedade Francesa de Direito do Meio Ambiente — que esses inspetores não podem formalizar injunções ("injonctions"), nem estabelecer um processo verbal, pelo qual se constatarem fatos ou delitos.

O professor francês destaca que a "complexidade e a multiplicidade dos órgãos de controle não são satisfatórias. As decisões importantes não são tomadas por organismo exterior à Administração. Tudo se passa em mundo muito fechado e as normas que são fixadas o são frequentemente em função das necessidades de produção".

(24) PRIEUR, M. Ob. cit.

### 1.3 Estados Unidos da América

Pela Lei de Energia Atômica de 1954, a Comissão de Energia Atômica (Atomic Energy Commission — AEC) tinha jurisdição sobre localização, projetos e operação das instalações nucleares<sup>(25)</sup>. Salientam os Profs. FINDLEY e FARBER que “a Comissão de Energia Atômica cedeu amplos poderes à Comissão de Regulação Nuclear (Nuclear Regulatory Commission — NRC) para licenciar e regulamentar a construção e operação das instalações nucleares. A análise de segurança da NRC concernente aos projetos propostos pelas companhias de serviços públicos é suplementada pelas análises ambientais concernentes à conveniência do local e dos possíveis problemas de poluição da água e do ar. As análises ambientais são conduzidas não apenas pela NRC, sob a égide da Lei Nacional de Proteção do Ambiente (NEPA), como também pela EPA (Environmental Protect Agency — Agência de Proteção do Ambiente), sob a égide das Leis de Água Limpa (CWA) e de Ar Limpo (CAA) e pelas agências estaduais e locais de ambiente e de uso do solo”<sup>(26)</sup>.

A Comissão designada pelo Presidente Carter, sob a presidência de John G. Kemeny — Presidente do Dartmouth College —, analisou o acidente nuclear relacionado com a instalação nuclear de Three Mile Island, ocorrido em 28-3-79. Essa Comissão apresentou seu relatório em 30-10-79. Manifestou-se, entre outros pontos: “Temos um amplo mandato do Presidente para investigar a Nuclear Regulatory Commission — NRC. Quando a NRC foi separada da antiga Comissão de Energia Atômica, a finalidade dessa divisão foi separar os “reguladores” daqueles que faziam a promoção dos usos pacíficos da energia atômica. Reconhecemos que a NRC teve uma transferência de funções que poderia ser difícil sob algumas circunstâncias. Mas vimos provas de que parte da antiga filosofia promocional ainda influencia silenciosamente a conduta regulamentadora da NRC. A prova sugere que a NRC algumas vezes tem errado tomando partido da conveniência da indústria, enquanto que sua missão primacial é proporcionar segurança”. *Em resposta ao acidente de Three Mile Island*, foi promulgada a Lei nº 9.295, 94 Stat. 780, de 30-6-80, dando novos poderes à Nuclear Regulatory Commission.

A nova lei americana trouxe algumas determinações que ressaltamos: 1. ordenou-se à NRC o preparo e o estabelecimento de regulamentos estabelecendo exigências demográficas para locais com instalações nucleares, incluindo a densidade máxima da população pelas

(25) STOEL JR., T. B. *Energy Federal Environmental Law*. Saint Paul, West Publishing Co., 1974.

(26) FINDLEY & FARBER. Ob. cit.

zonas adjacentes às instalações nucleares; 2. a Lei de 1980, ora referida, determinou também à NRC e a seu Presidente que fosse publicado — no prazo de três meses — o plano nacional de conjuntura para ação coordenada por agências federais, no caso de acidente em alguma instalação nuclear; 3. a penalidade civil máxima para cada violação aos regulamentos da NRC foi aumentada de U\$ 5.000 para U\$ 100.000; 4. determinou que a NRC submetesse ao Congresso Americano — no prazo de seis meses — plano de aperfeiçoamento da capacitação técnica do pessoal autorizado a trabalhar nas instalações nucleares.

## **2. Experiência brasileira**

### **2.1 Fiscalização e fomento da energia nuclear: atividades a serem separadas**

A Comissão Nacional de Energia Nuclear — CNEN — foi criada pela Lei nº 4.118, de 27-8-62, reformulada pela Lei nº 6.189, de 16-12-74.

A CNEN é uma autarquia federal, com autonomia administrativa e financeira. É composta de cinco membros, dos quais um é presidente da comissão. Atualmente, a CNEN está diretamente subordinada à Presidência da República (Decreto nº 93.337, de 6-10-86).

Dentre suas atribuições encontramos duas que se chocam: promoção da utilização de energia nuclear e fiscalização dessa utilização. Não importa que a execução da política nuclear tenha sido confiada à NUCLEBRAS pela Lei nº 6.189/1974. O que fica difícil — como também se constatou nos Estados Unidos da América — é incentivar a energia nuclear e ao mesmo tempo fiscalizá-la. Espera-se e sugere-se iniciativa legislativa separando essas atividades.

### **2.2 Composição da CNEN — necessidade de reformulação**

É de estranhar-se que o estatuto dos empregados da CNEN não seja aquele que propicia indemissibilidade relativa, isto é, demissão através de processo administrativo com ampla defesa. Em 1978, pela Lei nº 6.571, chegou-se ao extremo de se redistribuir os funcionários públicos em exercício na CNEN que não quisessem optar pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. As faixas salariais dos empregados dessa Comissão podem ter melhorado, mas ficou arranhada a garantia de independência de seus integrantes. Como esperar — e se tem o direito de esperar — que um técnico da CNEN vá constatar imperfeições ou desvios em instalações nucleares, quando as pressões dentro e fora do governo forem para que haja omissão e silêncio?

O regime jurídico dos empregados da CNEN evidentemente precisa ser alterado.

O art. 11 da Lei nº 4.118/62 enumerou requisitos para a nomeação dos cidadãos que dirigem a CNEN. Sem embargo das melhores qualidades morais e intelectuais que possam ter os cinco membros desse importante colegiado, depara-se com a necessidade de reformulação de sua composição: ampliação de seu quadro e a necessidade de prévia aprovação do Congresso Nacional. Estão ausentes da CNEN as associações científicas de grande envergadura e representatividade no país e as associações ambientais que ajudam a fiscalizar a deterioração ambiental.

### 2.3 Poder de polícia nuclear: licenciamento e suspensão da licença

A CNEN exerce o chamado poder de polícia nuclear. Essa comissão tem poderes para licenciar a construção de qualquer instalação nuclear no País (art. 7º da Lei nº 6.189/74), isto é, esse órgão decidirá da localização que está imbricada à construção. Pela Lei nº 6.803/80 (art. 10) e consoante as diretrizes da Resolução nº 1/86-Conama, a CNEN deverá exigir a elaboração de estudos de impacto ambiental (RIMA) antes do licenciamento. A não realização do estudo de impacto vicia a licença e esta deve ser anulada pelo Poder Judiciário. Acentue-se que, no caso pelo imperativo da lei, o estudo mencionado deve apresentar alternativas de localização e não pode ter sua exigibilidade alterada por decreto ou por resolução<sup>(27)</sup>.

A suspensão da construção de instalações nucleares é também atribuição da CNEN (art. 7º, § 3º, da Lei nº 6.189/74). Ressalte-se que não se trata de suspensão por mais de trinta dias das atividades da instalação nuclear por ação poluidora, pois esta última enquadra-se na esfera de competência do Presidente da República, conforme o art. 14 da Lei nº 6.938/81. A suspensão da construção da instalação nuclear tem por fundamento a existência de "risco de dano nuclear". Interessa apontar que não se exigiu risco grave para a suspensão. A Lei nº 6.189/74 não disse que a CNEN deverá suspender, mas afirmou que a CNEN "poderá suspender". Deixou à discricção desse colegiado a responsabilidade de aquilatar o risco nuclear. Contudo, como não é admissível a arbitrariedade no trato da coisa pública, a CNEN poderá ser responsabilizada se, existindo risco de dano nuclear sério e comprovado, tenha se omitido na suspensão da construção.

Relevante assinalar entre os requisitos para a concessão da licença da construção o do item III do art. 7º da Lei nº 6.189/74:

(27) A SEMA — Secretaria Especial do Meio Ambiente — não tem poder decisório no licenciamento nuclear, mas por força do Decreto n.º 88.351, de 1-6-83 — art. 20, § 4.º, deve opinar sobre a concessão de licença. O parecer da SEMA não é sigiloso e deve ser acessível ao público.

“adaptação às novas condições supervenientes indispensáveis à segurança da instalação e à prevenção dos riscos de acidentes decorrentes de seu funcionamento”. Desta forma, vê-se que a própria lei não estabeleceu regras prefixadas e que, tendo sido atendidas, dariam direito “automático” à licença, como se entende geralmente sobre o instituto jurídico da licença. No caso nuclear, a licença só poderá ser concedida se houver a obrigação de adaptação às novas condições e, portanto, não há imutabilidade nas condições, nem qualquer direito adquirido de construir conforme a planta original. De outro lado, acresce salientar que a prevenção dos riscos é condição fundamental para a licença. Dessa forma, provada a incerteza de segurança ou a carência de medidas preventivas, deve ser negada a licença.

#### **2.4 Poder de polícia nuclear: autorização e suspensão da operação das instalações nucleares**

Os motivos para fundamentarem a concessão da autorização como para lastrearem a suspensão da autorização de uma instalação nuclear não precisam estar previamente inscritos na lei, regulamento, resolução ou outro instrumento. O instituto jurídico da autorização está preso às regras que balizam o interesse público, mas sendo discricionário possibilita maior campo de atuação do administrador. Contudo, os motivos que constam já na Lei n.º 6.189 (art. 7º) não podem ser desconhecidos ou não levados à prática pelo administrador nuclear.

A adaptação às necessidades de segurança da instalação e à prevenção dos riscos de acidentes decorrentes de seu funcionamento “é um dos requisitos a ser examinado pela CNEN no momento em que autoriza o funcionamento. Outrossim, deve na atividade fiscalizatória continuar acompanhando ou monitorando a instalação, de tal sorte que, descumprida determinação ou regra de segurança ou de prevenção que cause risco de dano nuclear, a CNEN tem a possibilidade legal de suspender a autorização.

#### **2.5 A ação civil pública e a omissão no exercício do poder de polícia nuclear**

O Poder Judiciário na prestação jurisdicional não se substitui à atuação da própria Administração nuclear; contudo, em havendo omissões desta no cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, este Poder pode e deve levar a Administração a agir ou não agir.

No campo nuclear, se a Administração licenciar incorretamente, arranhando ou desconhecendo as normas legais, o Judiciário tem poder para anular a licença. Já na área da autorização, muda o sistema de apreciação jurisdicional: o Judiciário tem o múnus de entrar

na motivação do ato administrativo discricionário, confrontar os motivos e valorizá-los dentre os parâmetros e pesos que dimanam da própria Constituição. "A motivação mostra a valorização de quem decide em relação ao motivo principal e aos motivos secundários e ela tem duas funções: instrumento para a interpretação do ato e instrumento para o controle do próprio ato", como acentua MASSIMO GIANINI (28). E este administrativista assinala que "a autoridade deve ater-se à regra de maximização da procura do interesse principal", afirmando que o juízo de excesso de poder é "substancialmente uma verificação da inteireza da aquisição dos interesses, seja principal, sejam secundários, no ato", e, completando seu magistral pensamento, diz que "ao juiz não é vedado avaliar os resultados da escolha feita pela Administração".

Os três controles serão sempre necessários para a adequada prevenção do dano nuclear: o do Executivo, autofiscalizando-se, o do Judiciário, evitando a ilegalidade de forma e de fundo, e o próprio Legislativo, que, além de funcionar como um fiscal permanente, poderá legislar até casuisticamente, quando constatar a arbitrariedade do Executivo e a omissão do Judiciário.

Diante dos danos de estrutura, tanto a autoridade que exerce o poder de polícia como o juiz têm tendência a resignar-se. Eles vêem uma fatalidade inelutável, um "preço do progresso industrial". Dessa forma o direito se inclina simplesmente diante do fato tecnológico. Ora, uma tal situação é malsã. O decano SAVATIER tem perfeita razão ao afirmar: "O direito deve dominar as técnicas para fazer retornar a uma medida humana o ritmo angustiante de uma corrida que pode vir a ser monstruosa. Em um mundo conquistado pelas técnicas, o direito resta, ainda, para a humanidade como um instrumento de salvação" (29).

## CONCLUSÕES

1. Quem cria o perigo é por ele responsável. A responsabilidade civil do operador nuclear brasileiro e da União abrange todos os atos de prevenção do dano nuclear: montagem e operação de sistema de medições de radiações, montagem e funcionamento de sistemas de alerta, construção de estradas para evacuação da população, fornecimento de meios de transporte para a rápida evacuação da população,

---

(28) GIANINI, M. S. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1981.

(29) CABALLERO, F. *Essai sur la Notion Juridique de Nuisance*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

instalação de setores em hospital especializado para tratamento das vítimas etc.

2. As medidas de prevenção do dano nuclear concretizadas no cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer podem ser postuladas perante o Poder Judiciário, através de ação civil pública.

3. A reparação do dano através do pagamento de até 1.500.000 OTN, em caso de acidente nuclear, não exclui a responsabilidade do operador nuclear e da União na prevenção do dano nuclear.

4. Navios movidos a reator nuclear ou que transportem material nuclear, segundo os conceitos admitidos internacionalmente, não devem ser autorizados a entrar em águas brasileiras e nem a atracar em portos brasileiros. A Resolução nº 4/73 da CNEN não foi integralmente implantada, não havendo nem sistema de segurança e de prevenção de acidentes nucleares nas costas e portos, nem zoneamento precizado na mencionada resolução.

5. A ausência ou a irregularidade no estudo de impacto ambiental para a localização, construção e operação de instalação nuclear tornam ilegal o empreendimento e ensejam a imediata concessão de medida liminar judicial para paralisação da instalação.

6. A CNEN, para poder exercer com eficácia sua tarefa, não deve acumular as funções de indetivadora da energia nuclear e de fiscal da energia nuclear. A Lei nº 6.189/74 necessita ser alterada.

7. A co-localização de "usina nuclear" e de estação ecológica não pode ser generalizada e deve ser precedida de estudo aprofundado diante das dificuldades de harmonização das finalidades de cada entidade.

8. A CNEN merece ter sua composição alterada e ampliada, inserindo-se nessa comissão representantes de associações ambientais e de sociedades científicas brasileiras.

9. O regime jurídico dos empregados da CNEN merece ser alterado, dando-lhes condições de independência no exercício da função.

10. Será de alta valia para o fortalecimento da CNEN, no sentido de que possa cumprir integralmente seus objetivos, que se coloque na Constituição Federal a exigência de que seus membros sejam aprovados pelo Congresso Nacional.

## Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

À venda na SSETEC (Senado Federal)

Postos de venda: Anexo I — 22º andar

Anexo II — 1º andar (*hall dos elevadores*)

*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 94.

### “ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 90)”

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista.

### “CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” — — formato de 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 2/72 a 27/85.

Índice temático.

### “CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

*Volume 1* — Textos das Constituições de 1924, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (*consolidado* — Emendas nºs 1/69 a 27/85).

*Volume 2* — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**"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 Constituição de 1946.

Notas explicativas, contendo os textos dos Atos Institucionais e das Emendas à Constituição de 46.

Índice temático do texto constitucional vigente.

**"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"  
(edição 1984) – 4 volumes – com suplemento de atualização de 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.

**"CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS"  
(edição 1987) – 3 volumes**

*Volume 1* – Constituições: Brasil, Alemanha (República Federal), Argentina, Chile, China (República Popular), Cuba, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha (alguns textos constitucionais) e Guiné-Bissau.

*Volume 2* – Constituições: Itália, Japão, México, Paraguai, Peru, Portugal, Suíça, URSS, Uruguai e Venezuela.

*Volume 3* – Índice temático comparativo de todas as Constituições.

**"CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS" – série (edições 1987) – com  
índices temáticos comparativos**

*Volume 1* – Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polónia, Romênia, Federação Tchecoslovaca.

*Volume 2* – Costa Rica, Nicarágua.

*Volume 3* – Angola, Cabo Verde, Moçambique, São Tomé e Príncipe.

**"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.

**"REGIMENTOS DAS ASSEMBLEIAS CONSTITUENTES 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.

**"LEIS COMPLEMENTARES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL"** (edição 1985) — 3 volumes — com suplemento de atualização de 1987

Leis Complementares nºs 1/67 a 54/86.

Textos

Legislação citada

Histórico (tramitação legislativa)

Índice temático

**"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.

**"PROCESSO LEGISLATIVO"** (4ª edição 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.

#### “LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (5ª edição – 1986)

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 (esta última com revogação em adendo).

Organização partidária do Distrito Federal. Revisão do eleitorado. Normas para as eleições de 1986.

#### “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.

#### “CÓDIGO DE MENORES” (2ª edição – 1984)

Lei nº 6.897/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

#### “SEGURANÇA NACIONAL” (2ª edição – 1982)

Lei nº 6.620/78 – texto com índice 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.

“REFORMA ADMINISTRATIVA – ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4ª edição – 1984)

Decreto-Lei nº 200/67 – texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“COLEÇÃO DE ATOS INSTITUCIONAIS, ATOS COMPLEMENTARES E DECRETOS-LEIS”

Volumes à venda: 6 a 16

“DIREITO DE GREVE” (edição 1986)

*Quadro comparativo:* Projeto de Lei nº 8.059/86 – Legislação vigente.

Anteprojetos.

Projetos em tramitação no Congresso Nacional.

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**

**70160 Brasília, DF**

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