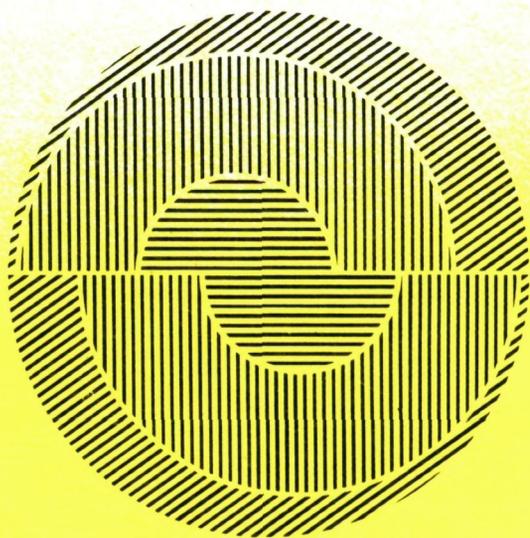


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1987

ANO 24 • NÚMERO 96

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 24 n. 96 outubro/dezembro 1987

Publicação trimestral da
Subsecretaria de Edições Técnicas
do Senado Federal

Fundadores:

Senador AURO MOURA ANDRADE

Presidente do Senado Federal

(1961-1967)

Dr. ISAAC BROWN

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1946-1967)

Direção:

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL

Chefe de Redação:

PEDRO HELVÉCIO BOMTEMPO

Chefe de Diagramação e Revisão:

JOÃO EVANGELISTA BELÉM

Capa de **GAETANO RÉ**

Composição e Impressão:

Centro Gráfico do Senado Federal

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

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 24	n. 96	out./dez. 1987
-----------------	----------	-------	-------	----------------

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

SOLICITA-SE PERMUTA
PIDE-SE 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

	<i>Pág.</i>
Os dilemas institucionais no Brasil — <i>Ronaldo Poletti</i>	5
A ordem estatal e legalista. A política como Estado e o direito como lei — <i>Nelson Saldanha</i>	19
Compromisso constituinte — <i>Carlos Roberto Pellegrino</i>	31
Mas qual Constituição? — <i>Torquato Jardim</i>	41
Hermenêutica constitucional — <i>Celso Bastos</i>	53
Considerações sobre os rumos do federalismo nos Estados Unidos e no Brasil — <i>Fernanda Dias Menezes de Almeida</i>	57
Rui Barbosa — Constituinte — <i>Rubem Nogueira</i>	65
Relaciones y convenios de las Provincias con sus Municipios, con el Estado Federal y con Estados extranjeros — <i>Jesús Luis Abad Hernando</i>	73
Constituição sintética ou analítica? — <i>Fernando Herren Fernandes Aguillar</i>	89
Constituição americana: moderna aos 200 anos — <i>Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza</i>	97
A Constituição dos Estados Unidos — <i>Kenneth L. Penegar</i>	105
A evolução constitucional portuguesa e suas relações com a brasileira — <i>Fernando Whitaker da Cunha</i>	113
Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Ney Prado</i>	121

	<i>Pág.</i>
A intervenção do Estado na economia — seu processo e ocorrência históricos — <i>A. B. Cotrim Neto</i>	139
O processo de apuração do abuso do poder econômico na atual legislação do CADE — <i>José Inácio Gonzaga Franceschini</i>	155
Unidade e dualidade da magistratura — <i>Raul Machado Horta</i>	179
Judiciário e minorias — <i>Geraldo Ataliba</i>	189
Dívida externa do Brasil e a arguição de sua inconstitucionalidade — <i>Nailê Russomano</i>	195
O Ministério Público e a advocacia de Estado — <i>Pinto Ferreira</i>	201
Responsabilidade civil do Estado — <i>Carlos Mário da Silva Velloso</i> ...	233
Esquemas privatísticos no direito administrativo — <i>J. Cretella Júnior</i>	253
A sindicância administrativa e a punição disciplinar — <i>Edmir Netto de Araujo</i>	263
A vinculação constitucional, a recorribilidade e a acumulação de empregos no Direito do Trabalho — <i>Paulo Emílio Ribetro de Vilhena</i>	275
Os aspectos jurídicos da inseminação artificial e a disciplina jurídica dos bancos de esperma — <i>Senador Nelson Carneiro</i>	283
Casamento e família na futura Constituição brasileira: a contribuição alemã — <i>João Baptista Villela</i>	291
A evolução social da mulher — <i>Joaquim Lustosa Sobrinho</i>	303
Os seres monstruosos em face do direito romano e do civil moderno — <i>Silvio Meira</i>	315
Os direitos intelectuais na Constituição — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	323
O direito autoral do ilustrador na literatura infantil — <i>Hildebrando Pontes Neto</i>	327
Reflexões sobre os rumos da reforma agrária no Brasil — <i>Luiz Edson Fachin</i>	339

PUBLICAÇÕES

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	347
---	-----

Os dilemas institucionais no Brasil

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

SUMÁRIO

1. Dificuldades do tema. 2. Propósito. 3. Sentido do termo instituição. 4. Visão institucional. 5. Pluralismo. 6. Menos Estado e mais direito. 7. Funções jurídicas do Estado. 8. O povo brasileiro. 9. A consciência da realidade não age sobre os projetos de organização. 10. Ausência de debates e a consequência do País legal. 11. Revolução ou institucionalização. 12. Estado e despolitização. 13. Constituinte: uma oportunidade perdida. 14. Nova Carta ou reforma. 15. Formação da Constituinte. 16. Mentalidade analítica e a pulverização das idéias. 17. A não convocação da inteligência nacional. 18. Dilemas institucionais. 19. O problema da classe política. 20. O símbolo brasileiro de massa. 21. A constituição social e a representação do homem situado.

1. O tema revela, desde logo, uma situação emergencial, onde nos encontramos por ocasião de uma "Assembléia Constituinte" (entre aspas), como a indicar dilemas solucionáveis, mas também de difícil, imprevisível e distante solução. Vivemos e sofremos pelos dilemas, porém não vislumbramos a sua superação, o que, dada a "Constituinte", mostra uma oportunidade perdida, sem que saibamos quanto tempo passará até que solução possa haver.

A amplitude do significado de "instituição" inviabiliza uma sistematização apressada e dificulta, sobremaneira, uma avaliação correta da conjuntura e sua perspectiva no tempo próximo, quando se nos avizinha o limiar de um novo século.

2. Inobstante as dificuldades do tema, cabível o propósito de indicar alguns pontos da realidade contemporânea brasileira de modo a possibilitar um nexu explicativo entre a situação desfavorável das instituições brasileiras, a Constituinte como possibilidade desperdiçada de aprimorá-las, e o rumo dos acontecimentos futuros com a participação, neles, do homem, de modo a lograr o aperfeiçoamento daquelas.

3. O termo "instituição", como as palavras de nosso tempo, parece conter certa ambigüidade ou possibilitar mais de uma compreensão. De pronto, "instituição" se vincula à idéia de regime político = "... o conjunto das instituições que regulam a luta pelo poder e o seu exercício, bem como a prática dos valores que animam tais instituições". Estas, por sua vez, "... constituem, por um lado, a estrutura orgânica do poder político, que escolhe a classe dirigente e atribui a cada um dos indivíduos empenhados na luta política um papel peculiar. Por outro, são normas e procedimentos que garantem a repetição constante de determinados comportamentos e tornam assim possível o desenvolvimento regular e ordenado da luta pelo poder, do exercício deste e das atividades sociais a ele vinculadas" (do verbete "Regime Político", assinado por LUCIO LEVI, in *Dicionário de Política*, de NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO, Ed. Universidade de Brasília, 1986).

No entanto, nem sempre instituição tem o sentido com que a palavra vem empregada no texto acima. Nem sempre instituição significa algo ligado diretamente ao poder, à pólis, ao Estado. Quando se fala, por exemplo, que o Brasil vai mal é porque não tem instituições ou porque elas não funcionam a contento. A referência não se resume às instituições políticas, mas a outras.

4. Daí a implicação necessária de uma visão institucional do direito e da sociedade. Na verdade, há instituições ligadas diretamente ao Estado, como ele próprio, a Constituição, o povo e sua representação política, a federação, os órgãos do poder, a administração pública, a justiça, as forças armadas etc.

Há, todavia, instituições aquém ou além do Estado: a Igreja, as associações de diversos fins, as fundações, os clubes, a família, a universidade, a imprensa, os sindicatos, as corporações profissionais, as comunidades.

Há aquelas, bem se vê, cuja natureza não é estatal, inobstante insuscetíveis de classificação fora do Estado, dada a nossa realidade política de onipresença estatal: a universidade, o partido político, os sindicatos, as corporações e as empresas econômicas.

5. A existência de instituições dentro e além ou aquém do Estado leva-nos a uma concepção pluralista da vida social. Tal pluralismo jurídico e político significa admitir, como realidade, um direito estatal mas além dele e até contra ele outros direitos. Considera, portanto, uma multiplicidade de ordenamentos. O direito não se confunde com o Estado. É preciso frisar, contu-

do, que essa adversidade entre *pluralismo* e *monismo* não leva a qualquer contenda ideológica. O *pluralismo* possui diversas faces, como o corporativismo fascista, o neoliberalismo, o institucionalismo católico, o sindicalismo revolucionário. E o *monismo* é defendido, p. ex., por KELSEN, cuja vocação democrática é evidente.

Convém salientar, todavia, que o *pluralismo* corre o risco de descambar para um sociologismo, em prejuízo de uma verdadeira ciência do direito, e, na verdade, foi mesmo uma reação contra o Estado de direito concebido à maneira de KANT. Enquanto o *monismo* pode estiolar o fenômeno jurídico, amarrando-o ao Estado, ou seja, a uma realidade presumidamente efêmera (desde que concebido como Estado nacional ou moderno). Além disso, a identificação Estado-direito reduz o objeto da ciência jurídica às normas, nem sempre nítidas no universo do direito, dadas as variadas formas em que esse último se manifesta. As normas, todas elas provenientes ou reconhecidas pelo Estado, resultam em algo, embora suscetível de crítica, revelador de uma realidade inafastável. Ficam como despojadas de sentido social e moral para o jurista, que se vê, por isso, diminuído em seu nobre mister.

Apesar de a dualidade tipológica — monismo e pluralismo — não conter, necessariamente, uma definição política atinente aos valores democráticos, é fora de dúvida que o autoritarismo não penetra jamais no pluralismo, onde a manifestação social e fática acarreta também a multiplicidade de maneiras de pensar e de agir, enquanto a máquina estatal será sempre a possibilidade de um domínio ou de uma opressão.

Os dois pólos mostram duas tendências. Uma em que o direito tem por fim o Estado, identificado como uma realização concreta de ideais éticos. Já o pluralismo nega o primado interno do direito estatal e proclama a supremacia do direito das instituições particulares. O direito desorgânico ou direito social ou de integração (GURVITCH).

O pluralismo se opõe ao Estado e repudia o poder como fundamento da ordem jurídica positiva.

Há, porém, um pluralismo mitigado que concilia a multiplicidade de ordenamentos com a hierarquia de ordem legal ou de sistemas normativos. Essa segunda corrente (HAURIUO e SANTI ROMANO) sai da tese de uma normatividade pura para ater-se ao fenômeno jurídico concreto. O pluralismo nada tem que ver com qualquer tendência anti-social. Ao contrário, parece fortalecer a concepção de uma sociedade forte independentemente do Estado. Não diz, tão-somente, que há direito fora do Estado, mas que esse direito não estatal é pleno e dotado de garantia jurídica. Mais ainda, que há uma equivalência qualitativa entre o direito positivo estatal e o não estatal. Certamente essa visualização nada tem que ver com um novo medievalismo, mas a posição de GIERKE cabe ser destacada. Na verdade, uma nova Idade Média parece nascer pelo menos na concepção internacionalista e plural de Estados, cuja soberania já não se adota como critério para distingui-los.

Embora não estejam ligadas diretamente ao tema, as idéias de OTTO GIERKE merecem lembradas. Ele elaborou a teoria organicista ou realista para explicar a pessoa jurídica, como sujeito de direitos, por oposição à teoria da ficção. Para tanto se valeu das comunidades medievais. Cada associação possui uma personalidade real e efetiva, personalidade natural e originária que não vem do Estado e que lhe garante uma atividade autônoma, independente da ação do Estado. Cada corporação tem um sistema de direito próprio, sendo idêntica ao Estado do ponto de vista de sua personalidade legal, pois “toda comunidade orgânica é capaz de produzir direito”. As comunidades — entes coletivos — unidades sociais — são limites naturais à autoridade do Estado, porquanto o Estado é uma pessoa jurídica dotada de soberania, mas não cria as pessoas jurídicas e coletivas. O Estado é a corporação por excelência. Mas em GIERKE ainda o Estado está acima das unidades sociais, de uma certa forma nele inseridas.

Já outros (DUGUIT) formularão a idéia de um plano igual entre o Estado e as comunidades.

O Estado é somente o Estado funcional, cujo papel vem muito mitigado e pouco lembra a sua origem, como Estado-nacional. Além do governo, no Estado-funcional, há uma força que permanece estável acima da vontade daquele e um nexos presente na sociedade, que lhe garante a existência e que *tecniciza* as atividades estatais, transformando-as em instrumentos dela (a sociedade).

6. Dentro dessa concepção institucional e pluralista da sociedade e do direito, admitindo a realidade estatal nem sempre desejável, será mister visualizá-la na melhor das hipóteses como uma condição. Não certamente como o Estado puro de direito à moda kantiana, alheio aos problemas sociais ou inconsciente das desigualdades aguçadas pelo exercício da liberdade. Não é o Estado liberal, no sentido daquele que jamais age a não ser para produzir a ordem jurídica. Mas também não é o Leviatã, que tudo açambarca. Há de ser, no mínimo, o Leviatã contido, limitado pelo direito. Se não podemos destruí-lo, pelo menos devemos acorrentá-lo dentro de limites razoáveis. Trata-se do mínimo de Estado. A sociedade política como condição para a existência das instituições nela encerradas. Meio para que as instituições e os homens nela presentes atinjam os seus fins e se realizem. Que o Estado não seja o bem comum, mas que o forneça. Como na frase-título da livro de ATALIBA NOGUEIRA: “Estado é meio e não fim”.

Sabemos da importância da questão social e como ela foi tratada nas Constituições do após a Primeira Guerra Mundial, dando ensejo à democracia social; sobretudo como isso presidiu o discurso constitucional brasileiro em 1934, com repercussão até na problemática da “Constituinte” presente. No entanto, indispensável considerar que também o excesso de Estado pode, ao contrário de atenuar a questão social, agravá-la pelo desperdício público, sobretudo em países como o Brasil, em que o Estado não é apenas um ordenamento, mas uma aparatosa e dispendiosa máquina burocrática a servi-

ço não da sociedade mas de uma oligarquia. Um exemplo cotidiano interessante consiste nos planos econômicos que visam a uma estabilidade. Eles são frustrantes porque é sua condição a diminuição do déficit público, na contenção da despesa pública. Mas isto é inviável, porque o Poder se sustenta pelo gasto do dinheiro público. Além disso, de nada ou pouco adianta o Estado rico e o povo pobre. As nações crescem não em função de seus governos mas da sociedade, de suas instituições, de algo que cresce independente do Estado. Daí, a idéia divulgada por LAURENT COHEN-TANUGI: "O direito sem Estado". "Liberalismo: menos Estado e mais direito". Repugna ao sentimento de justiça e ao bom senso a pregação de que a presença do Estado resolve ou atenua a questão social, como se o fenômeno da estatização, no sentido não exclusivamente econômico, viesse ao encontro dos desfavorecidos sociais. Se da presença estatal, sobretudo no caso brasileiro, resultasse uma espécie de "socialismo" ou de "socialização", pela repartição social dos bens disponíveis, ainda se vislumbraria algum argumento, de ordem prática, a seu favor. O que se verifica, todavia, consiste na expansão do Estado em benefício, não do povo, mas de alguns poucos que, pelo "aparelho estatal", o dominam. Noutras palavras, a estatização, não sendo socialismo, é forma de ampliar os poderes de uma oligarquia, a qual é um pouco econômica, mas é bastante política, demagógica, oportunista e matreira.

7. *As funções jurídicas do Estado, a legislação, a administração e a jurisdição, bem como os seus produtos, a lei, o ato administrativo, a sentença, reforçam a idéia de que o Estado de direito se realiza mais através de uma concepção pluralista. O Estado de direito se purifica na medida em que aquelas funções e os seus produtos não são suscetíveis de distinção cientificamente válida. A função do Estado se resume em produzir o direito, tal como as outras instituições. Ele o faz através da lei, da sentença e do ato administrativo. Pode produzi-lo para as instituições, não lhe competindo, porém, reconhecer o direito nascido naquelas, ou discipliná-lo ou restringi-lo. O Estado tem sua existência justificada pelas suas funções em favor da sociedade, para servi-la, não para ser servido por ela.*

8. Colocados esses pressupostos, um pouco teóricos, cabe indagar como o povo brasileiro, em sua senda histórica, tem resolvido o seu problema em relação ao Estado. Como o povo tem se organizado? Como a Constituição, que é a organização política e jurídica do Estado, tem servido à presença do povo na política?

Antes de mais nada, convém saber que é o povo? E o povo brasileiro? O conceito político de povo tem sua origem em Roma. O partido popular, em um determinado momento, passou a ter uma relevante presença na gestão do poder, ou seja, passou a ser sujeito da vida política. Essa situação, todavia, tem variado na história. O povo ora é esquecido de maneira absoluta, ora é lembrado de maneira demagógica, ora assume de forma efetiva o seu papel.

O povo brasileiro, não a massa de qualquer forma manipulada, pode, através de sua elite, ter consciência de sua origem e perquirir de seu destino.

As peculiaridades desse povo vêm reveladas, desveladas, pelos homens que o pensaram. Somente uma parte do povo pôde ler os poetas, os romancistas, os historiadores, os sociólogos, que mostram, nas suas obras, a face verdadeira do povo, ou teve acesso a seus músicos e pintores. Uma parte do povo pôde ler *Casa Grande e Senzala*, de GILBERTO FREIRE; *Raízes do Brasil*, de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA; *Formação Econômica do Brasil*, de CAIO PRADO JÚNIOR; *Os Donos do Poder*, de RAIMUNDO FAORO; ou pôde ler e entender OLIVEIRA VIANNA e ALBERTO TORRES, EUCLIDES DA CUNHA e ÉRICO VERISSIMO, PANDIÁ CALÓGERAS, NABUCO, os autores da vertente integralista, e tantos outros.

Esse povo revelado pelos seus artistas e pensado pela sua elite e conhecido por poucos privilegiados com acesso àquelas revelações nada tem que ver com as abstrações jurídicas ou com as construções doutrinárias e ideológicas. É, ao contrário, um povo de uma realidade concreta e nessa realidade é constituído de homens comuns, sensíveis e de plena afetividade.

9. A questão, todavia, não está em saber da realidade do povo, afinal condição de sua organização; nem interessa se as explicações sociológicas estão certas. O problema reside em ser fora de dúvida que a consciência cultural brasileira não tem atuado ao nível da ação política e, sobretudo, não tem influenciado, salvo em episódios, na elaboração de nossas Cartas constitucionais.

É lógico que, em 91, houve a influência positivista da propaganda republicana e a inspiração, logo cunhada, e com razão, de idealismo abstrato, porque importado, do modelo americano; que, em 34, sobretudo na elaboração do anteprojeto, um publicismo jurídico nasceu, as idéias críticas da organização republicana afloraram e as novidades atinentes à questão social estiveram presentes; que, em 46, houve figuras intelectuais de importância a defender um liberalismo sempre almejado e invariavelmente frustrado. No entanto, essa participação da inteligência nacional parece esporádica, quando não dominada pela ideologia e pelo sectarismo revolucionário.

10. Além disso, o Brasil parece não ler, não debater, não discutir. De vez em quando um patrulhamento ou uma promoçãozinha, aqui e acolá, do amigo ou quase sempre do companheiro; uma propaganda dissimulada pela televisão, dirigida em um ou outro sentido.

Como, porém, estamos distantes do verdadeiro debate democrático das idéias! Disso que está tão presente nas *Memórias* do RAYMOND ARON. Ele mostra como as suas idéias e a dos outros foram debatidas, não somente no plano da filosofia ou da sociologia, mas também no da ação política, nela repercutindo, positiva ou negativamente, não importa.

No caso brasileiro — no máximo — as Constituições são discutidas depois, não antes. Toda a política se dirigiu, em tempos recentes, ao tema da Constituinte, não da Constituição. A Constituinte foi bandeira de comícios, que deu e não deu certo, pois vingou apenas na aparência.

As idéias constitucionais e menos a realidade do povo, e sequer a sua participação, não agem sobre a elaboração da “futura” Carta. Isso para não falar do anteprojeto em trâmite após a sua “sistematização”, na Comissão desse nome. Como não houve anteprojeto do Governo, nem de ninguém, o que chegou à Comissão de Sistematização é algo “insistematizável” e, portanto, insuscetível de avaliar-se desde já. Mas, abstraindo isso, como também a discussão a respeito das implicações possíveis, convém anotar um dos ranços totalitários, que mostra como a Constituinte tem ficado à margem da problemática contemporânea. O texto diz que a “soberania” pertence ao povo e que os Poderes são instrumentos do povo para exercê-la. Ora, em primeiro lugar, no mundo de hoje, com tantos problemas e tanta necessidade de equacionamentos internacionais, falar em “soberania”, por exemplo, soa ao século XVIII. De qualquer maneira, a soberania não é do povo, mas do Estado. A soberania, se concebível em termos hodiernos, se exerce, também, sobre o povo e o território, que são elementos do Estado. Depois, essa história de “Estado do povo” não passa de um jargão auto-crático. Nasceu um pouco para corrigir o deslize semântico de MARX ao considerar o Estado capitalista como instrumento de luta de classes da burguesia, portanto “a ditadura da burguesia”, a qual, com a revolução, passando o Estado para as mãos da maioria explorada, ensejaria a “ditadura do proletariado”. O Estado, mal inafastável no momento revolucionário, continuaria com os seus defeitos, mas, tão-somente, passaria a ser instrumento do proletariado na luta de classes. Para corrigir a expressão incômoda, “ditadura”, os teóricos começaram a sustentar a superação da luta de classes e o surgimento de “O Estado do povo inteiro” etc. Acontece que, se o Estado pertence ao povo, passam a ser injustificáveis os direitos do povo, ou das pessoas que o integram, contra o Estado. Não há lugar para os direitos públicos subjetivos. O Estado não pertence ao povo, como não deve pertencer a ninguém, nem ao rei ou ao partido ou à classe ou à raça ou à Igreja. O Estado não há de ser concebido como “objeto”, porém como “sujeito”, pois somente assim terá “direitos” e “deveres”; somente assim será possível, no plano interno, controlá-lo pela lei garantidora dos direitos; limitar-lhe o governo, através da separação de poderes ou da federação; dividi-lo, mesmo, em diversos “entes” para a sua ação interna, aí sim, em relação ao território e ao povo.

Essa inconsciência da realidade brasileira tem gerado essas abstrações, esses “idealismos”. Continuamos, como na primeira Carta republicana, naquele “idealismo” de méritos formais e lógicos, que OLIVEIRA VIANNA tão bem diagnosticou. Mas na questão social, a Constituição de 34 tem também sua culpa. Nunca é demais louvar-se aquele documento tão efêmero e mais, ainda, o anteprojeto tão inovador, e criativo, elaborado por

uma Comissão, realmente de notáveis. Há quem diga, parece que é o Professor Afonso Arinos, que tudo de bom e de mal existente no constitucionalismo brasileiro provém daqueles tempos. No entanto, na busca de resolver a questão social, na implantação dos valores sociais democráticos, tudo na esteira da influência mundial da época, acabamos por reincidir no erro do idealismo anterior. E a Constituição avolumou-se de normas boas, porém de exequibilidade problemática. Vieram os mandamentos programáticos, o sonho, o desejo de mudar a realidade com a letra da lei. Daí para o demagogismo populista hodierno foi um passo. A nossa Constituinte é um pouco a Comissão do anteprojeto de 34, sem os méritos dessa última.

A nossa realidade e o debate sobre ela não têm servido a uma orientação constitucional. A conseqüência está em que não se faz uma história nova, nem se reescreve.

11. A ausência na Constituinte da consciência da realidade nacional, com as necessárias conseqüências no texto da futura Lei Maior, gera graves problemas em torno das instituições. Essas questões trazem à baila um dilema básico, consistente na alternativa entre uma solução revolucionária ou um encaminhamento institucional, vale dizer, através de alterações na ordem jurídica de maneira a fazer funcionar, a contento, as instituições. Ou institucionalização ou revolução. Uma solução institucional não é uma solução revolucionária, mas o seu contrário. A revolução não visa a institucionalizar, mas a derrubar o que resta das instituições, já em frangalhos, e assim preencher o vazio institucional pelo movimento da força revolucionária.

O livro de ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *O Antigo Regime*, explica bem esse problema. Ele, aristocrata, é contra a Revolução Francesa. Procura demonstrar, o que parece verdade, que ela surgiu onde as instituições antigas não funcionavam mais ou funcionavam muito mal. Ao contrário, onde elas cumpriram suas finalidades, não aconteceu a Revolução.

Dessa maneira, se estamos diante de crise institucional, agravada e não atenuada pela "Constituinte", convém optar entre os dois caminhos. Se a escolha for revolucionária, que redunde em uma simplificação, a discussão sobre o tema pode ser encerrada. Se, todavia, o objetivo for a institucionalização, o primeiro passo está em respeitar as instituições, servi-las, ampará-las, ouvi-las e atendê-las.

12. A idéia de confundir o povo com a população, com a massa, está de mãos dadas com a ficção idealista e republicana de que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. Trata-se de mera proclamação retórica. Não basta à democracia. É preciso saber como o povo vai exercer o poder. De que maneira vai participar do poder. Insuficientes as eleições, do contrário prevaleceria a crítica de ROUSSEAU, adversária da representação política: o povo somente é livre, quando vota, depois. . .

Afinal, o povo não é constituído apenas de cidadãos, mas de homens concretos e históricos, presentes em diversas instituições.

Se o Estado, fundado na ficção popular, não considera, em seu sistema de representação política, o povo real e interfere, sem medidas, nessa realidade, a conseqüência é a despolitização, o que não deixa de ser um paradoxo. Quanto mais Estado, menos política. Os laços não se fortalecem, antes, são enfraquecidos pelo desinteresse, pela impotência, pelo desânimo. O Brasil não sobreviverá com um Estado forte, mas com uma sociedade livre de interferência quase sempre indevida da sociedade política maior, nacional, do Estado, enfim. É enganoso pensar o contrário. Nem a força, nem o paternalismo assistencialista, de resto necessários se usados com moderação e comedimento, o que significa também afastar o populismo demagógico, nem a força nem o paternalismo serão suficientes para impedir o esfecelamento de uma unidade, tida como milagrosa. Mas o risco existe e em função do não funcionamento das instituições ou do desrespeito a elas.

Assim o dilema institucional implica na sobrevivência. A institucionalização significa admitir a realidade das instituições, a verdade como elas se concretizam como fatos sociais.

13. A idéia de Constituinte foi antes uma propaganda política, transformada em tema de comícios, de modo a instrumentalizar a crítica à legitimidade do regime, do que um projeto consciente, com um conteúdo próprio, de reforma ou modificações das instituições. Noutras palavras, a "Constituinte" foi bandeira política em que a futura Constituição não foi debatida.

Em face disso e do rumo dos acontecimentos, o temor mora na ânsia de um desperdício da ocasião. A futura Carta teme-se como uma oportunidade perdida. Daí representar um tópico necessário.

Nas circunstâncias em que se deram sua convocação e trâmite, a "Constituinte" se revela nó de difícil deslinde.

14. O impasse inicia com a indagação sobre como conceituar o futuro texto constitucional. Tratar-se-á de uma nova Carta ou de uma reforma da antiga? A Emenda Constitucional n.º 26, que convocou a Assembléia Constituinte, dando esse nome ao Congresso existente, foi de iniciativa do Poder Executivo. Para criar-se a Constituinte, foi preciso emendar a Constituição! Não houve qualquer ruptura! Há uma Constituinte com o País constitucionalizado! Tudo se resume em uma inversão. O Congresso diz, mediante emenda do Poder Executivo, devidamente constitucionalizado, que vai haver uma Constituinte e que ela é ele, o Congresso. Mas não deveria ser a Constituinte que diria da existência do Congresso ou do Governo, em geral?

Salvo o simulacro de 67, as outras ocasiões, 1824, 1891, 30/34 e 46, foram "constitucionalizantes", por força da ruptura com a ordem anterior e com a necessidade de constitucionalização. Nunca se fez, como agora, Constituinte com o País constitucionalizado.

Dar ao Congresso poderes constituintes é dizer o que a Lei Maior já afirmava.

Não há qualquer Poder Constituinte “originário”, porém e tão-somente o “derivado”, i.e., o que já havia, atribuído ao Congresso, antes da Emenda Constitucional n.º 26.

Os atributos do Poder Constituinte originário são a soberania, a indivisibilidade e a incondicionalidade. Soberania porque não tem poder superior, salvo, naturalmente, o do próprio povo que o constituiu. Indivisível, porque é uno, sem limites, sem pesos e contrapesos, sem qualquer outro poder que se lhe oponha. Incondicionado, pois nenhuma condição existe para o seu funcionamento ou para o cumprimento de suas funções, que se resumem na elaboração da futura Carta política.

O Poder Constituinte derivado não é soberano, nem indiviso e se condiciona pelos fatores que uma situação previamente existente lhe impõe. É o que acontece com a chamada “Assembléia Constituinte” de agora. Ela está sujeita às limitações da Constituição em vigor, mesmo porque, constitucionalizado o País, estão nele instalados poderes, em plena operosidade. O poder, por isso, já está dividido. Sem a garantia jurídica dos poderes existentes e instalados, como seria possível a Constituinte? Afinal, a Emenda n.º 26 foi proposta pelo Presidente da República, investido em seu cargo, por força da Constituição vigente, e o Congresso que aprovou a emenda da Constituinte era, e é, Congresso por força, também, da Constituição.

Desnecessário alongarem-se essas considerações. Em termos teóricos (receiam-se as repercussões igualmente práticas), não há Constituinte originária. Há, tão-somente, um processo malicioso de reforma da Constituição.

15. Esse quadro se agravou com a formação da Assembléia Constituinte. A eleição dos constituintes-parlamentares, que a compõem, vem sendo, muito justamente, contestada pelo fato de a vontade popular haver sido viciada pela interferência desmedida do poder econômico e pela ausência de partidos políticos verdadeiros, pois o processo eleitoral e partidário não foi aprimorado, nem refeito; o poder econômico não foi contido e os partidos continuaram a ser meros instrumentos, sem conteúdo doutrinário; a confusão das eleições para o Congresso-Constituinte com as realizadas para os Governos estaduais, somada à manipulação pelo principal partido governista de um “plano econômico” cujo sentido, dada a gravidade da situação, seria cabível apenas se acima da contingência política, proporcionaram grave simulação, inviabilizando, também por isso, uma manifestação livre das urnas.

16. Instalada a Constituinte e não lhe oferecendo o Governo, nem ninguém, à discussão um projeto de Carta política, deu-se início a um processo analítico, disforme, assistemático, dissimulado quanto às verdadeiras intenções e temas adotados.

O Governo deveria ter enviado o seu projeto. Não importa que fosse rejeitado liminarmente ou desprestigiado pelas lideranças congressuais. Ainda assim, seria melhor para a Nação, do que nada. O Presidente da

República teve a oportunidade de, ao receber o anteprojeto da Comissão dos cinquenta "notáveis", trabalhar sobre ele e transformá-lo em seu projeto. Nesse mister, não lhe faltariam homens desprendidos e juristas *talentosos que*, à sombra, sem aparecer, lhe prestariam inestimável colaboração. Não tendo sido esse o caminho, ocorreu a oportunidade, não sem alguma malícia, para que a Constituinte gerasse a pulverização das idéias em um texto demagógico e populista, feito para não vingar, fruto de estéril acerto nas subcomissões e nas comissões temáticas, antes de chegar à Comissão de Sistematização, a qual pouco pôde fazer. A verdade reside em que, com a Constituinte inoperante, ninguém sequer sabe o que se discute, salvo temas setorizados e de interesse restrito, como a duração do *mandato do Presidente*, o regime parlamentarista-presidencialista, a reforma agrária imprecisa e difusa; com a inoperância, salvo a de engendrar-se uma cortina de fumaça, ficou resolvido também o problema incômodo de um Congresso, hoje tão rebelde, mas tornado inerte.

17. A ausência de uma discussão nacional e da convocação da inteligência, bem como o seu não aproveitamento, substituídas, como o foram, pelo populismo, oferece vantagens ao Poder. A participação ficou a cargo dos grupos poderosos e seus *lobbies*. Não são apenas os dos empregadores e proprietários. A diferença, embora difícil de ser captada, não está entre os do poder econômico, titulares dos bens de produção, e, por isso, participantes e influentes, e os outros, sem meios econômicos e financeiros para interferirem. A diferença entre os que podem e aqueles que não podem influenciar decorre de um controle sobre as organizações, às vezes mario-netes de outras mais espertas, e, também, quase sempre, das forças que controlam os meios de comunicação.

Esse quadro oferece, como matéria de reflexão, o argumento de que, sendo as forças influentes as mesmas de antes, a Constituição a fazer-se não será diferente da que existe.

18. A par do dilema, já posto, "*institucionalização ou revolução*", há outros interligados entre si, os quais podem ser assim arrolados.

Síntese ou análise. A Constituição precisa escolher entre esses dois caminhos. Ou bem contém, tão-somente, os princípios gerais atinentes à matéria constitucional propriamente dita; ou baixa a pormenores, tecnicamente mais próprios à legislação ordinária. A Carta deve ser sintética ou analítica?

O primeiro dilema (*síntese ou análise*) tem desdobramento em outros.

Ordem constitucional ou ordem jurídica. O que se intenta é produzir uma nova ordem constitucional, fundamento de todo o arcabouço estatal, ou, como transparece, a motivação se dirige não apenas à ordem constitucional, mas a toda a ordem jurídica. Aqui, restamos em terreno perigoso. A Constituição é uma base, mas não é tudo. Se ela sair de seu campo próprio, visando a, diretamente, revolucionar a ordem jurídica, correr-se-á o risco de, pela falta de arquitetura jurídica, fazer ruir o edifício social.

Retórica ou concreção. A tendência para um populismo demagógico proporciona o afastamento do concretismo, necessário ao direito, e conduz a uma retórica abstrata. A nossa Constituição está repleta de sonhos, de ideal, de normas programáticas e de boas intenções. O projeto da futura Carta parece exacerbar essa tendência meramente retórica, que reacende o dilema mal resolvido da primeira República: *idealismo ou realidade*. O exame do texto constitucional vigente, mesmo na parte sensível da questão social, mostra que, salvo a revolução, todas as normas possíveis estão presentes. É voz corrente: — o que falta é cumprir a Constituição. Daí não interessar a proclamação solene dos princípios, mas a sua adoção em realizações concretas. Por isso, o outro dilema conseqüente é: *direito material ou instrumental*. Parece já termos, e em evolução razoável, o primeiro. Necessitamos dos instrumentos para cumpri-lo. Noutras palavras, o aperfeiçoamento constitucional possível está nas garantias e seus procedimentos eficazes. De nada adianta proclamar o direito de ir e vir, sem uma medida, como o *habeas corpus*, que o garanta; ou a proteção de direitos líquidos e certos, sem a ação do mandado de segurança; ou a proteção do patrimônio público, sem a ação popular. E assim por diante. O dilema se resolve facilmente a favor da concreção, da realidade, do direito instrumental.

A solução implica, por outro lado, em afastar o *dogma* constitucional que impõe à *história* os seus desígnios, sem considerar o fato de a realidade lutar contra ele, o dogma, quase sempre transfigurado em ficção jurídica. As Constituições históricas parecem, pelo respeito à realidade, atender mais aos reclamos sociais. Entre o *dogma* e a *história*, fica-se com essa, de igual maneira que entre uma Constituição, que intente agir sobre a realidade a fim de transformá-la, ou revolucioná-la, e outra que pretenda — e como isto é difícil — espelhar a realidade, a última será preferível. Afinal, as Constituições não existem para o homem abstrato, parcial, cidadão, trabalhador, ou emissário de uma doutrina política ou da politização, em geral, ou da educação; elas são feitas para o homem concreto e histórico, com todas aquelas dimensões e outras imanentes à sua natureza social. Essa Constituição, que pretende agir sobre o processo histórico ou educar o homem, lembra, também, aquela condenável idéia-proposta de o rei querer fazer felizes os seus súditos, ainda que seja à força. Não! Ninguém tem o direito, e muito menos o Estado o tem, de escolher o caminho da felicidade do povo.

A questão do povo, ou melhor, da concepção que se tenha sobre esse elemento do Estado, reabre um dilema, com repercussões na prática constitucional, desta vez sob o ângulo da democracia. *Povo ou massa?* Qual o regime político que se pretende projetar? A democracia representativa, vale dizer, o governo do povo pelos seus representantes, se prende a alguma organicidade e em nada se vincula à representação da massa, informe e manipulável. *Representação liberal* à antiga, *representação partidária*, ou *fórmulas novas* garantidoras não somente da origem popular do poder, mas

do controle do seu exercício, a permanente penetração da vontade e decisão dos governados na decisão dos governantes, de que nos fala ALAIN.

Poder limitado pelo próprio poder ou *limitação meramente formal*, com exclusão das forças vivas da economia e dos elementos sociais presentes nas instituições não estatais. Tal dilema pode também ser formulado de outras maneiras, segundo uma perspectiva liberal. *Economia livre ou economia planejada? Sociedade ou Estado? Estado ou direito?* A questão diz respeito ao próprio destino nacional, que não prescinde de uma escolha fundamental: ou bem seguimos um tipo de regime político-econômico em que deixamos à própria sociedade, pelos seus meios, apenas auxiliada pelo Estado, a solução dos seus problemas; ou bem assumimos, de vez, a idéia do Estado-paternalista, assistencialista, do todo-poderoso, que agora se pretende ser objeto de propriedade do "povo" e ele tudo açambarcar para realizar o grande natal com os presentes aos desfavorecidos, pelo mito da distribuição da riqueza (se existir), correndo, assim, os riscos do burocratismo, da inoperância, da ineficiência e, pior, da oligarquia. Daí o dilema ser também, como referido linhas atrás, o do *Estado-objeto versus Estado-sujeito*.

19. O problema que se coloca após os dilemas é sobre quem os decidirá. Quem os decidirá, ouvindo ou não o povo, são os representantes dele erigidos, pela eleição, em constituintes. É a classe política. A expressão é nova, pós-64, e falaciosa. A locução não podia ser pior. A origem da palavra *classe* está no censo dos romanos para o efeito de arrecadação de tributos. Em MARX, a expressão adquire conteúdo sociológico e revolucionário. Mas a palavra *classe* se aplica aos trabalhadores, aos conservadores, ou às corporações de ofício, como a classe dos alfaiates, dos jogadores de futebol, do advogado etc. A novidade enganosa, porém, está na "classe política". Em um regime democrático *pluralista*, a política não compreende uma profissão exclusiva de alguns, mas uma obrigação de todos. Os políticos não são um grupo de escolhidos ou privilegiados. A política pertence a todos. Daí que os dilemas somente serão resolvidos de maneira satisfatória na medida em que todos participarem do processo de sua solução.

20. Em um dos seus passos brilhantes, o livro de ELIAS CANETTI, *Massa e Poder*, examina os símbolos de massa de algumas nações, quase lhes dando cunho religioso ou, pelo menos, militar, porque refletem a maneira como elas vão à guerra.

O símbolo dos ingleses é o mar. Reúne ele o sentimento nacional e o acendrado individualismo. O inglês é um capitão de um pequeno grupo de homens em um navio. Por toda a parte, o mar. O homem está quase só. O capitão se isola na cabine de comando. E o mar é dominado, singrando-o o inglês e o seu navio na direção de suas colônias.

Já o símbolo do holandês, tão semelhante ao inglês, é nisso diferente. Ele precisou conquistar ao mar a terra onde habita. O dique é o princípio e o fim da vida nacional. A massa dos homens se identifica com os próprios diques; unidos, eles opõem resistência ao mar.

E assim por diante. O símbolo alemão é o exército, que marcha como uma floresta compacta, onde moraram seus antepassados. Na França, tudo está na revolução. A data nacional é a da queda da Bastilha. Os fracassos são do rei, as vitórias, da revolução e do seu general. Na Suíça, são as montanhas que funcionam como diques e onde, confundido, está o seu exército. Na Espanha, assim como o capitão inglês, há o "matador". O mar obedece ao capitão. O toureiro é o dono da multidão que o admira; o animal se confunde com o monstro traiçoeiro das lendas. Já na Itália, o fascismo fracassou ao tentar-se impor como símbolo de uma Roma já ausente, dos litores e os seus *fascas*. O símbolo de massa dos judeus é o êxodo do Egito.

Pois bem! Não é conhecido o símbolo de massa do Brasil, a justificar o exercício do poder político disciplinado por uma Constituição legítima e realista. Seriam as manifestações do trópico no futebol e nos carnavais das Escolas de Samba? Ou o sincretismo religioso, atuando diante da omissão do cristianismo? Ou o amálgama das raças? Ou a vocação de império, pela expansão territorial imensa e a costa para o mar inexaurível?

Não importa! Basta lembrar uma frase de PROUDHON, que serve de advertência para os constituintes todos, de todos os países e de todas as épocas. Diz ele que as Constituições políticas nada mais têm feito do que destruir as Constituições sociais.

Por isso, a Constituição brasileira, a Lei Maior, se quiser vingar e perenizar-se, há de considerar a realidade do Brasil, do homem e do povo brasileiros.

21. Essa temática tem muito que ver com a questão da representação política e das instituições, porque somente o homem situado nessas instituições será capaz de aprimorá-las e transformar-se em sujeito da história e do poder político.

A representação necessária, porque impossível a democracia direta, não deve fundar-se no homem abstrato, como o é o cidadão, no homem cívico do liberalismo político, nem no homem econômico, como o trabalhador nos regimes comunista e fascista-corporativo. A representação política no mundo moderno há de repousar na realidade da vida para a qual devem existir o Estado e seus serviços.

A representação há de fundar-se no *homem-real*, situado nos seus círculos de vida, como o ambiente de seu trabalho ou do seu lazer, de sua Universidade ou da sua agremiação cultural, esportiva ou social, sua igreja etc. Círculos de liberdade, de onde o homem poderá representar-se no Estado, mas imune às interferências desse monstro de modernidade, ainda poderoso mas contido pela representação do homem situado em suas instituições.

Nesse sentido, precisa ficar bem claro que, a par dessas questões todas, uma coisa é certa: a Constituição deve deter o poder e o Estado, não amordaçar a sociedade.

A ordem estatal e legalista

A política como Estado e o direito como lei

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia; da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco

SUMÁRIO

1. *O problema moderno das formas de governo. 2. A ordem dita "absolutista" e sua teorização. 3. Evolução dos "ismos" racionalistas. 4. O direito e a política entre os "ismos" e a crise. 5. Digressão sobre o Estado e a verdade.*

1. *O problema moderno das formas de governo*

No pensamento antigo, a teoria das formas de governo resultou da própria variedade que se deu na experiência política dos gregos: com exceção talvez dos hebreus (e dos romanos), nenhum outro povo daqueles tempos conheceu tão diferentes sistemas políticos. A variedade experimentada se sobrepuseram os moldes críticos existentes no próprio pensar grego,

penetrado de sentido ético e trabalhado por uma linguagem dúctil: daí as conexões e distinções terminológicas e os parâmetros éticos, como, por exemplo, no esquema formulado por PLATÃO no *Político* e reelaborado por ARISTÓTELES na *Politeia*. Dentro deste esquema, aliás, residia um certo relativismo — mais na versão aristotélica, como se sabe —, bem como um conceito bastante objetivo de “politicidade”, que seria retomado na Inglaterra medieval por Fortescue.

Não se incluíram, nas exposições clássicas (principalmente PLATÃO e ARISTÓTELES), alusões ao conceito de império nem às federações, incidindo os esquemas mais sobre a estrutura interna da *polis* do que sobre formações políticas complexas. O problema, porém, estaria inserido na obra de Tucídides.

O legado clássico, herdado pela Idade Média e recebido pelo humanismo pré-renascentista, acentuou através dos tempos, conferindo-lhe verdadeira exemplaridade, uma certa imagem do que teriam sido na antiguidade os sistemas políticos. A referência aristotélica à “democracia” (*politia*) sempre seria repetida em detrimento da “aristocracia”, apesar das ressalvas do filósofo; e sempre seria ambígua a alusão à *tiranía*, posta entre o sentido aristotélico do termo e a noção romana de “ditadura”. Tornar-se-ia praticamente definitivo o estereótipo que pressupõe a inexistência, entre os povos *barbaroi* do oriente antigo, de qualquer esboço de democracia.

Geralmente se menciona o capítulo inicial do *Príncipe* de MAQUIAVEL como marco do aparecimento de uma concepção “moderna” das formas de governo, e em princípio a menção é correta. Naquele capítulo, além do uso novo da palavra *stato* — dantes referida a outras coisas —, se encontra a alternativa entre “repúblicas” e “principados”. Realmente MAQUIAVEL sentiu a emergência de novas opções, e com ela a insuficiência das terminologias anteriores (e note-se que ele era um amante dos escritores antigos). Pesou sobre ele uma série de evidências novas, dentro de um novo quadro de condicionamentos. É certo também, e não cabe omitir isto, que antes MARSÍLIO havia tratado de política sem usar o esquema clássico, e que GUILHERME DE OCKAM, expressando já o nominalismo moderno e com ele o racionalismo secularizado, havia delimitado a esfera do monarca e a do papa; entretanto, o pequeno tratado do *Príncipe* encontrou ressonâncias maiores. O autor da *Mandrágora* percebeu que era mais característico o fosso entre governos baseados no povo (*populus*, donde “repúblicas”) e governos fundados sobre o poder pessoal do monarca, do que a distinção entre monarquias e aristocracias (frequentemente conjugadas) ou entre aristocracias e democracias, frequentemente imprecisa. Compete acentuar que a adesão à eficácia do monarca, exposta no príncipe, tinha cunho inteiramente prático, inclinando-se o autor para a “República” na obra sobre Tito Lívio. Por outro lado — vale também acentuar —, o termo República continuaria por muito tempo a designar o Estado como

um todo, na velha acepção latina e sem alusão a uma forma especial de governo (como se vê na obra de BODIN).

2. *A ordem dita absolutista e sua teorização*

A ordem feudal (medieval) se substituiu, na cultura do Ocidente, uma ordem nova, implantada no período correspondente aos séculos XV e XVI. A burguesia impôs aos poucos sua presença na sociedade, a economia capitalista começou a estruturar-se, rompeu-se a imagem cristã-geocêntrica do Mundo, retomou-se o contato com os clássicos "pagãos". Em todas as grandes nações — e em torno das cidades principais — ocorreu este processo, que em verdade pressupunha ou integrava o amplo processo de secularização da cultura (dessacralização), presente e constante na evolução dos povos ocidentais desde cerca do século XIV, como no caso grego desde o século VII ou VI e sobretudo desde o V a.C. Burguesia, cidades, Reforma, capitalismo, Renascimento: com estas novidades se refazia a visão do mundo, com revisão dos valores sociais, e se *reordenavam* as coisas. Os historiadores situam também naquele processo o crescimento de uma tendência racionalista, a par de um sentido de unificação espacial em termos nacionais: enquanto na Idade Média teriam predominado as perspectivas universais (a cristandade, o Império), mas também as tradições locais, agora se tinha o Estado nacional como órbita soberana, delimitando-se por ele ou com ele a religião e a economia. No caso a economia mercantilista, ligada à monarquia absoluta e depois substituída (na França) pelo prestígio dos fisiocratas.

Evidentemente os que viveram o processo não haviam de saber que o futuro denominaria globalmente "absolutas" as monarquias estabelecidas em cada grande nação naquele período. Entretanto houve uma consciência de que algo novo se passava, e isto ocorreu nas letras e nas artes, como na filosofia e na astronomia; ocorreu também no pensamento político, onde vários grandes autores, sob ângulos diversos, reconheceram o surgimento (ou então a necessidade) de uma ordem nova, com um *princeps solutus a lege*.

Em verdade a idéia de um Estado com sentido específico e *construído* por via política, isto é, não "natural" nem divina, viria corresponder ao essor do espírito leigo e do racionalismo pós-aristocrático; ao antropocentrismo epistemológico e a uma visão mais dinâmica das coisas. No centro das alterações trazidas pelo quebraimento do ordenismo medieval, permanecia este lastro de tendências racionalizantes e latentemente pragmáticas, que iriam pôr de lado as alusões teológicas e entronizar o questionamento empírico das coisas, como ocorreria inclusive em HOBBS.

* * *

Nas teorizações dos séculos XVI e XVII se manifestou uma espécie de autoconsciência da nova ordem política. Justamente por ser esta ordem

— constatada, no caso francês, que era uma monarquia estável desde o século XIII, ou pretendida, como no italiano — um modelo *centralizador*, contrastante com os localismos medievais, ela precisava de uma teoria própria. Desde logo, precisava de um reexame dos fundamentos: o princípio feudal, que vinculava o rei ao Império e ao Papado, bem como aos cepos da nobreza, não servia mais. Precisava também de um modelo, variável para cada caso. Daí termos tido em MAQUIAVEL a postulação de uma unificação da Itália por parte de um monarca mais conseqüente, sem detalhes quanto à organização administrativa; em BODIN, a descrição, tanto quanto possível técnica (e jurídica), da monarquia francesa, robustecida e confirmada; em HOBBS, já no século XVII, o prolixo embasamento de um modelo que correspondia à absorção dos indivíduos pelo poder soberano. O reexame dos fundamentos seria em realidade um reexame da “legitimidade” do poder estatal: em MAQUIAVEL, a necessidade de unificação nacional, em BODIN, a continuidade da realeza, em HOBBS, a segurança e a paz. Em todos os casos um ideal de *ordem*: em face das lutas internas, da guerra ou da anarquia.

Na Itália, antes de MAQUIAVEL, toda uma série de juristas e de escritores políticos tratou do problema do poder monárquico, em geral em confronto com o poder papal (na esteira de OCKAM); inclusive, a incílios do *quatrocento*, ANTONIO ROSELLI. O tema do *Príncipe*, nas diversas monarquias cristãs, daria lugar a tratados de variável importância teórica. Na Inglaterra, após o tratado do rei Jaime sobre as monarquias livres, publicado em 1598, FILMER escreveria seu tardio e inócuo *Patriarcha*, que não seria tão insignificante, pois LOCKE se ocupou em refutá-lo em seu primeiro *Tratado*.

O problema do *Estado*, percebido como presença estrutural por trás da forma monárquica, e na verdade *distinto* dela, foi objeto de agudas preocupações doutrinárias, tanto na Itália depois de MAQUIAVEL com o tema da “Razão de Estado” — discutida sobretudo por BOTERO e BOCCALINI —, quanto na França com a teoria dos “interesses do Estado”, desenvolvida sobretudo por influência de Richelieu.

A preocupação com a *ordem*, latente nos debates sobre o Estado, bem como nos elogios e “espelhos” de príncipes, esteve explícita na linguagem barroca de HOBBS. Sua doutrina contém uma visão já moderna (burguesa) e de certo modo pragmática da necessidade de um convívio social seguro e estável. O Estado (*civitas* ou *respublica*), concebido como um “homem artificial”, teria por alma a soberania; por potência, a riqueza de seus integrantes; por *salus populi*, os negócios; por razão e vontade, a equidade e as leis; por saúde, a concórdia; por doença, a sedição; e por morte, a guerra. Para HOBBS, somente pondo-se de lado as leis naturais (*Leviatan*, cap. XVII), se poderá alcançar o caminho para a harmonia e a segurança, e este caminho consiste em conferir todo o poder a um homem ou um grupo de homens, capaz de assegurar a todos a defesa comum.

Ao mencionar o advento do Estado monárquico ocidental nos séculos XVI e XVII, caracterizado por diversos autores como “o Estado” por excelência, ocorre mencionar a contradição entre seu surgimento — autoridade política soberana e concentrativa — e o da teoria do direito subjetivo, aflorada durante a geração de GROTIUS e seguida pela teoria dos direitos naturais, que surge ao tempo de LOCKE. Por um lado a consolidação da ordem política irrefutável, unificada, quase divinizada (considerando-se pecado e heresia o voltar-se contra ela); por outro, a descoberta da dimensão ético-jurídica inerente ao ser humano e universalmente interior a ele. O Estado absorvia o papel de exclusivo criador do direito positivo, e os homens passavam a considerar-se possuidores de prerrogativas anteriores ao Estado.

Há também a contradição entre o modelo real, existente então nos países maiores em contato com as injustiças sociais concretas, e os modelos utópicos que se criaram a partir da característica *Utopia* de MORUS. Nestes modelos uma outra visão da ordem se estadeou: a ordem como organização justa e estável, imune às instabilidades reinantes e às insatisfações generalizadas. Ao mesmo tempo confirmação e negação das monarquias existentes.

* * *

Naquela ampla teorização, desenvolvida nos países em que ocorria o processo de centralização monárquica, se achava presente a valorização da ordem. Se na história das primeiras sociedades a ordem foi a monarquia, a mesma realidade voltava a dar-se, dentro de novo contexto, novo e talvez mais complexo.

A ordenação institucional da sociedade, ou seja, a ordem política, passava a dar-se necessariamente como *Estado*: o Estado representava o plano em que o poder existia como unidade maior e atuava como instância irrecorrível. Enquanto isso o direito, saindo do padrão consuetudinário, se encaminhava para sua forma legalista, que viria a ser inteiramente dominante após as Constituições escritas e as codificações. Mas como a função de elaborar o direito passava a ser atributo do Estado — pois o legalismo é um estatismo —, então o problema do direito se tornaria um dos “aspectos” do Estado: a realidade estatal não seria apenas um problema político, mas também um problema jurídico. A organização do poder, desdobrado como política e como direito, seria um desdobrar-se da ordem estatal.

3. *Evolução dos “ismos” racionalistas*

Junto ao racionalismo que se elaborou nos inícios da história dita moderna, com DESCARTES inclusive, surgiram o capitalismo e o protestantismo, mais o “individualismo” e o humanismo, todos *grosso modo*

oriundos da crise do mundo feudal, ou inicialmente coetâneos dela. Do racionalismo, voltado nos séculos XVII e XVIII para os problemas reais e práticos, proveio o iluminismo, que serviria de lastro ao liberalismo — plasmado em conexão com os debates reformistas e com o intelectualismo de origem renascentista. O absolutismo (monárquico) também conviveu com o racionalismo, e foi racionalista, antes da irrupção do liberalismo; o Estado, ao passar à fase liberal, conservaria sua feição legalista, consagrando, de resto, o contratualismo e o jusnaturalismo, além do imanentismo e do deísmo.

Este intrincado leque de *ismos*, consolidados a partir da “ilustração” e das revoluções liberais (ditas burguesas), consagrou para o Estado um determinado modelo, centralizado-nacional-racional, e para o direito, um modelo legalista-positivo, racional também — na medida em que despreendido da *traditio* medieval e do transcendentalismo igualmente medieval.

Com a fixação de um âmbito nacional para a política, o conceito de povo se encaixou neste molde: povo e nação se fizeram imagens espacialmente correspondentes. Assim se teria em cada grande nação uma versão do problema, com diversas versões do nacionalismo, sobretudo depois dos ideários setecentistas. O direito e o Estado, em cada caso, tiveram de conviver com a ordem internacional: todo um vasto sistema composto de dois níveis de ordem, a nacional e a internacional.

A presença do Estado, implantado como monarquia absoluta e reelaborado depois como ordem constitucional, restabeleceu para a linguagem e para a realidade a diferença clássica entre direito público e direito privado. A dimensão *pública*, vivida como organização e institucionalidade, se distinguiria nitidamente — segundo o racionalismo geometrizarante — da dimensão *privada* da vida, conjunto de relações “menores”, porém mais próximas do existir individual: ordem da propriedade privada, do trabalho individual, do comércio e da família. Novas necessidades conceituais, nova terminologia se estadearam nas Constituições escritas e nos códigos, que pretendiam ser *ratio scripta* e que assumiam uma nova função de transparência em face da vida social. O controle dos comportamentos se assinalava à lei, isto é, a um dado posto pelo Estado: a lei como forma, como “expressão” (expressão da vontade geral). Não seriam os comportamentos controlados de dentro, como no caso dos costumes, mas regulados de fora e de cima, pelo direito; ou seja, pelo Estado, já que o direito-lei representava o estatismo. Dos códigos liberais iniciais ao fim dos oitocentos, a nova ordenação das relações entre atos estatais e situações privadas se refletiria no direito administrativo, um “direito” específico que pressupõe o arcabouço do Estado e que regula em face dele problemas especiais.

Liberalismo e legalismo, versões iluministas da política e do direito, eram latentemente estatismo: em ROUSSEAU, proclamador da infalibilidade da lei, estava o *penchant* em direção ao Estado (em direção a HEGEL,

diria HAROLD LASKI). Entretanto, o lado ideológico do credo liberal ensinaria uma proliferação de *ismos*, e com eles uma grande diversificação na idéia de *ordem*: do anarquismo, condenador de toda ordem como escravização do indivíduo, ao conservadorismo, estimador da ordem enquanto harmonia e estabilidade. No caso, condenação ou estimação, por decorrência, do direito e da lei, bem como do Estado.

* * *

O advento do racionalismo moderno significou um gradativo predomínio da perspectiva formal, inclusive na ética (o que culminaria com KANT), bem como na substituição do substancialismo pela temática relacionista. O racionalismo coincidiu, por outro lado, com os inícios do processo de esvaziamento dos fundamentos transcendentais da ordem. E com isso a ordem passou a fundar-se sobre si mesma, isto é, passou a fundar-se sobre a forma assumida. A camada institucional da ordem social tendendo a ser vista como forma, conjunto de formas, "sistema". Daí a política e o direito como formas; daí o liberalismo acentuando pleitos formais. A postulação de valores, do século XIX para o XX, seria uma atitude de desconfiança ou de crítica em relação aos caracteres formais do pensar contemporâneo. Disto viriam, contra o organicismo esboçado no século XIX, a imagem do Estado como ordem formal, entronizada no século corrente durante os anos de influência do kelsenismo, e a noção do direito como mera configuração de normas. O próprio tema dos "regimes" tenderia ao formal, dentro de um leque de formalismos que se apresentaria também na filosofia e na sociologia.

E todavia todo processo de fundação, em plano institucional, necessita de um apelo ao sagrado. Daí, então, que no meio do próprio racionalismo e dentro do próprio prosaísmo burguês tenham as revoluções modernas buscado amparo em idéias supremas (como "o povo", "a nação", "a liberdade"), atribuindo-lhes valor transcendente. Na Revolução russa de 1917, a classe e o partido aparecem como entidades inquestionavelmente basilares (e o Soviet viria a ser "supremo").

Com as revoluções liberais se abria o passo para duas visões antagônicas da ordem. A visão conservadora encarando a ordem como estabilidade vivida, valorizando a experiência histórica como aval da ordem; e a revolucionária, pleiteando uma ordem a ser colocada, independentemente da história. Ambas teriam vez dentro do chamado romantismo, mas posteriormente se pensaria sobretudo na concepção conservadora como atitude romântica, e mais, se entenderia a própria estimação da ordem como tendência conservadora. Realmente não estaria longe disto a reflexão dos conservadores sobre o poder e a sociedade. O estatismo, repudiado pelos conservadores — desde os ingleses, como BURKE, aos alemães e franceses —, era realmente a vocação sub-reptícia do formalismo legalista, vimo-lo acima; mas era algo diferente do estatismo "despótico" da antiguidade oriental.

4. O direito e a política entre os “ismos” e a crise

De certo modo, o quebramento da ordem inicial, em qualquer das civilizações, sempre representou uma “crise”, com o desenvolvimento de um processo de laicização (dessacralização) e com uma série de alterações nas estruturas ou (e) nos valores.

Na cultura ocidental, o processo de laicização se iniciou a partir do enfraquecimento da ordem feudal e das respectivas crenças. Começou a delinear-se o nominalismo; cresceu a presença econômica e social da burguesia; modificou-se a cosmovisão vigente; e com ela, várias imagens consagradas. A ordem social, tida como parte do plano da providência divina desde o advento da religião cristã, passou a ser pensada como obra das ações humanas; o poder político, sempre referido como projeção do de Deus, passou a ver-se como fenômeno histórico, ligado a paixões humanas e a forças também humanas. Os valores se deslocaram, prevalecendo aos poucos a estimação do movimento sobre a do imobilismo; a do capital e do cálculo sobre a terra e o sangue; e ainda — tópico lembrado nos mais diversos expositores — a da razão sobre a tradição.

Tudo isso *revolucionou* o mundo cultural europeu, entre os séculos XV e XVIII, condicionando as revoluções políticas criadoras do “Estado constitucional” contemporâneo. Condicionando, por contrapartida, as diversas *crises* que vieram estalando no campo das crenças, da política, da sociedade, da vida pública e da privada. Crises da ordem: rachaduras na velha ordem institucional, corrosão nas doutrinas tradicionais, instabilidades por toda a parte. E, portanto, emersão de uma nova imagem da *ordem*: a ordem como forma, ordem relacional, ordem redimensionada segundo parâmetros supostamente racionais.

Na política absolutista, as *ordonnances* representaram a unificação legislativa, em consonância com a unidade administrativa implantada pelos Estados monárquicos; daí saíria depois, já sob inspiração liberal, a noção de *ordre public* manejada por SIEYÈS. O comando jurídico da sociedade se unificava como regulação escrita: o direito escrito, como forma específica, seria o correlato do estatismo (mesmo durante o período liberal), e sua conexão com o Estado revela com mais clareza seu sentido de ordem. A própria “recepção do direito romano” já tinha sido, conforme observou WIEACKER, condicionada pela tendência racionalizadora imposta pelo Estado moderno. À altura das revoluções liberais, o pensamento político retomava o tema dos *poderes*, reformulando-se inclusive o conceito de jurisdição.

Todos os grandes temas e todos os materiais integrantes do “saber jurídico” e da teoria política dos séculos XVIII e XIX foram reformulados dentro do padrão racionalista e do seu sentido de ordem formal. Uma teoria das *fontes* do direito começou a ser elaborada, com base na contraposição entre o direito costumeiro e o direito legal, este considerado como superador daquele. A lei, como expressão escrita, possuía muito mais clara-

mente um lado formal a exhibir, do que o costume, emaranhado em nuances locais e dependente de diferentes versões, representações e testemunhas.

A onipresença do Estado, unificado e unificador, mesmo no período liberal, consagrou a unidade da imagem da ordem política, detestada pelos anarquistas e implicitamente aceita pelos cientistas do direito: o direito entendido como sistema e objeto de uma ciência implacavelmente sistemática. A romanística, que no Renascimento fora erudição filológica, se adaptou no século XIX aos rigorosos propósitos da pandectística. O tema das formas de governo, ignorado pelos pandectistas, ocuparia uma parte do direito constitucional, elaborado a partir de BENJAMIN CONSTANT e de outros como "Direito das liberdades"; e este toque ideológico, que amarrava às estimações partidárias os capítulos deste ramo do direito, converteria depois a questão das formas de governo num debate sobre os *ismos* políticos, sempre postos em crise.

A revisão do tema das formas de governo, nos dois últimos séculos, tem geralmente aderido ao dualismo, falando-se em monarquia e república (como o fizera MAQUIAVEL) ou em democracia e autocracia. Aos poucos um certo relativismo vem encarando o tema sob a consideração de que formas de governo (ou sistemas, ou "regimes"), até por serem formas, são em verdade meios: não fins. São meios para determinados valores, determinados interesses. E com isso se dá que a forma, que no caso é política, se entende como instrumental senão mesmo "neutra", perspectiva oposta à que encontra na política o drama do poder, e da ação em espaço público. Seria talvez o caso de vermos no fenômeno político dois lados, um formal, o das estratégias e da operacionalidade (vinculado ao "governo" a aos seus programas), outro material e axiológico, ligado ao poder e aos valores situadamente vividos. A decisão seria uma categoria a ligar os dois lados. O problema, no fundo, levaria à velha questão da "necessidade da política", e dos riscos de ser a objetividade das estruturas substituída pelo poder pessoal, segundo o velho ideal — platônico inclusive — do sábio governante. A estruturação do poder é realmente um resultado da evolução política; e o tema das formas de governo, apesar dos méritos do relativismo (sem chegar-se ao ceticismo de POPE), é um tema ineligiável.

Outro problema seria, dentro das crises contemporâneas, a evolução das negações do direito e das do Estado. As negações do direito com tendência mais epistemológica (negações da ciência do direito, e através delas negação do objeto), as do Estado com conotações mais concretas, ligadas ao individualismo absoluto, ao nihilismo e ao movimento anarquista. Há ainda o problema do advento do *Estado social*, assim designado para distinguir-se do liberal, mas de fato constituindo um assunto mais amplo do que esta mera distinção. O Estado social, no século XX, é e não é uma retomada do dirigismo do século XVII; suas relações com o conceito de democracia não são paralelas às do liberalismo com este conceito; ele oscila entre o intervencionismo e o totalitarismo, entre a justiça social e

o igualitarismo; será, de qualquer sorte, um problema caracterizá-lo enquanto ordem.

* * *

Entretanto, dentro da terminologia liberal, as referências à ordem jurídica configuravam novas linhas. O princípio iluminista, formulado especialmente por TOMASIUS, segundo o qual o direito e a moral se distinguem nitidamente — o direito aludindo ao “foro externo” e a moral ao interno — (e que traduzia basicamente o propósito de deixar o Estado, ou a política, a salvo de incidências ético-teológicas), repercutiu sobre KANT, combinando-se com a idéia de uma distinção entre a lei moral e a lei jurídica. Em KANT, porém, ambas as “leis” derivavam da *razão legisladora*, e, portanto, a distinção entre elas não era total. Contudo a existência de uma função legisladora correspondia a uma dimensão específica da razão, distinguindo-se da razão teórica, e assim se confirmava a diferença entre o reino da necessidade e o da liberdade, entre o homem fenomênico e o homem nomênico; e se corroborava a separação entre ser e dever ser, que em KANT tinha alcance relativo mas que posteriormente seria levada à conta de abismo infranqueável.

Com a influência do legalismo, o realce dado pela “ciência do direito” à lei consagrou a imagem de uma regra de direito que seria o próprio direito positivo. Mesmo LEÓN DUGUIT, com sua formação um tanto positivista, falaria da *règle de droit* como de um ponto de partida. Na verdade não se questionou devidamente o problema do dever ser: exceto aqueles que simplesmente desaceitaram o conceito, considerando-o metafísico ou “idealista”, ele foi assumido como figura essencial à descrição do fenômeno jurídico. No século XX, o uso do termo *norma*, em grande parte devido à obra de KELSEN (sobretudo com sua obra de 1911 sobre os *Problemas Principais da Teoria do Direito Público*), carrou para a teoria do direito a presença do normativismo e do tema das normas, vistas sob ótica formal. Paralelamente, o conceito de *ordenamento*, que SANTI ROMANO em 1918 caracterizou em termos amplos, começou a ser encampado pelos formalistas e normativistas e a ser tratado por eles em sentido restritivo. Ocorreria outro tanto de certo modo com o conceito de *sistema*, que no direito comparado sempre teve sentido concreto e abrangente, e que com o formalismo reduziu-se a uma noção puramente lógico-abstrata: o sistema como um grupo de relações.

O conflito entre formalismos e antiformalismos, durante o século XX, não estaria longe de ser correlato da própria crise geral que se veio revelando no Ocidente em vários setores e sob vários aspectos. Desde logo, crise do próprio “Ocidente” no sentido visto por pensadores das mais diferentes índoles; crise do “mundo burguês” em diversos pontos; saturação das formas de vida remotamente oriundas da urbanização da vida histórica. Crise do liberalismo e do capitalismo, do legalismo e da imagem oitocen-

tista do direito, inclusive ocasionando — justamente em nosso século e com o conflito entre formalismos e antiformalismos — uma espécie de “implosão” da ciência jurídica.

* * *

E contudo, mesmo sem aceitar o *formalismo* como modo de pensar o direito, não cabe propriamente estranhar a formalização da imagem do direito, na cultura contemporânea, nem, em nosso século e em determinadas correntes, a adoção de um conceito formal de ordenamento. O direito sempre se entendeu como forma; e mesmo quando encarado sob uma perspectiva abrangente (inclusive histórico-axiológica), ele se revela dotado de um sentido formal em relação a outros componentes do viver dos homens. Nas origens o direito esteve sempre unido ao sagrado, vinculado a rituais e ligado a um *centro*. Ligado igualmente a algum *ato* primordial. Sua ligação ao centro e ao fundacional tem de renovar-se, de refazer-se periodicamente, e para tanto valem os ritos, que legitimam ou remetem à legitimação. Nos contextos modernos, perdidas as sacralidades, o embasamento legitimador se deslocou para dentro, para a própria correção formal da ordem (correção prevista no “sistema”); e os ritos, desamarrados de centros transcendentais, se entendem como procedimentos legalmente definidos. Neste sentido é inteligível a necessidade do formalismo, embora o crítico não possa ou não deva *reduzir* a uma ótica formal o seu modo de entender a experiência jurídica. No caso da *política*, a coisa é um pouco diferente: ela necessita muito menos de previsão de condutas do que o direito, e o dinamismo específico de seus processos não se poderia adaptar às vestes formais de uma “normatividade” taxativa e adstringente.

5. *Digressão sobre o Estado e a verdade*

A antiqüíssima relação entre o direito e a sacralidade, correlata da relação entre a sacralidade e a ordem, se acha — remota mas perceptível — na base da idéia de uma intrínseca sacralidade atribuída ao Estado. Como no mundo moderno, dessacralizado, a ordem se dotou de um fundamento tirado de si mesma, aceitando-se a forma (ou “estrutura”) e o “sistema” como pontos de referência da *validade* dos atos e das pretensões, o Estado assumiu uma condição de legitimidade pressuposta, implícita. Nem sempre se vê o arquétipo poder-sacralidade, que, cada vez mais distante, segue como via de acesso a um entendimento mais fundo do problema; mas ele se encontra intacto.

Por isso mesmo cabe achar um certo componente teológico na idéia, veiculada por MAX WEBER, segundo a qual o Estado possui o monopólio do “uso legítimo” da violência: o poder estatal se considera por si mesmo válido e legítimo pelo fato de que uma correlação arquetípica entre poder e sacralidade serve de apoio à idéia.

A este problema cabe ligar a questão das relações entre o poder e a *verdade*; no caso moderno, entre o Estado e a verdade. Faz parte de expe-

riências muito antigas a imagem das instituições como algo estável e que se impõe sobre os homens: assim a família, a ordem religiosa, o poder organizado. A ordem instituída se impõe antes de qualquer momento crítico: ela se apresenta a cada homem como o “certo”, o “assente”, o necessário. No caso do Estado moderno a organização constitucional se impõe como um delineamento do devido e do estabelecido, base aliás de outros delineamentos. A ordem estatal se configura assim como algo irremediavelmente real, embora com um certo cunho abstrato; se revela deste modo como o não-utópico, embora de certo modo como um desafio à utopia.

Na visão teológica do Estado, a verdade estaria na fonte do poder, que era Deus; ou antes na relação entre a experiência do poder e sua raiz divina. Afastada ou apagada tal visão, a verdade tem sido buscada em outras bases — a natureza, a história, os valores, o espírito —, e daí surgirem concepções que *interpretam* o poder. Interpretam-no, bem como ao direito, procurando seu “sentido” (ou seu alcance) através da compreensão dessas coisas que o podem fundamentar: natureza, história, valores, espírito. Daí então o contratualismo e o jusnaturalismo, daí também as variantes utópicas, que, em vez de retornarem ao real após a reflexão sobre os fundamentos, partem para uma formulação ideal pensada em lugar do real. Se o Estado é considerado divino, seu conceito possui em si mesmo a sua “verdade”; mas se ele é entendido como realização humana, o dado *verdade* é apenas um problema entre outros no meio da precariedade das relações vividas.

A interpretação dos dados, como história ou como natureza (ou como espírito), é no caso um processo latentemente *ideológico*, preso a condições e situações existenciais concretas. Isto se aplica às próprias utopias, pois, a usar-se em sentido amplo o conceito de ideologia, as próprias utopias são figuras ideológicas. Do mesmo modo se poderiam considerar como *hermenêuticas* as diversas formas de pensar a relação entre verdade e poder, porquanto todas necessitadas de recorrer a esquemas interpretativos (inclusive os que se denominam de epistemológicos), na busca de situar os termos da relação.

O problema se agrava quando, dentro das estruturas “absolutas”, o poder assume a verdade e se identifica com ela. Ocorre o que ARENDT denominou a “tentação totalitária”: a posse de uma verdade, convertida *na* verdade, impele os homens, se têm o poder, a impor essa verdade. A certeza atua como ortodoxia, e se cortam as vias das outras verdades, mesmo as da crítica (daí a idéia segundo a qual a democracia implicaria o relativismo, tese adotada inclusive em famoso ensaio de KELSEN). O modelo extremo, neste caso, estaria nas utopias clássicas — que nada tinham de democrático —, onde os sábios decidiriam tudo, como na *Politeia* de PLATÃO ou na *Civitas Soli* de CAMPANELLA. Também estaria nas obras recentes de HUXLEY e de ORWELL, parcialmente inspiradas no stalinismo e no nazismo, e referentes a sociedades onde todo poder de crítica foi eliminado, e onde o poder detém o mais absoluto controle sobre valores e condutas. Onde, portanto, se cancelaram todas as possibilidades de hermenêutica e de interpretação.

Compromisso constituinte

CARLOS ROBERTO PELLEGRINO

Docteur d'État. Professor na Universidade de Brasília

"... la Constitución no es eterna, está sometida al tiempo. Dura, pero cambia; permanece, pero fluye."

Pablo Lucas Verdu

1. Nas etapas que se sucedem no curso do labor constituinte transparece a toda evidência a legitimidade da função representativa dos legisladores especiais. A vontade popular faz-se ouvida não apenas com os critérios que se impõem, mas é, sobretudo, tomada com respeito e entusiasmo. E isto porque todo grupo social sente a necessidade de ajustar sua vida mediante *um sistema de valores com força normativa e esforça-se para consegui-lo.*
2. Ademais de encerrarem matérias essencialmente comprometidas com interesses políticos ou legais, em sentido amplo, as Constituições vinculam-se também, estreitamente, à vida econômica nacional e à realidade social dando-lhes conformação estável e certeza jurídica. Desse contexto multifário estabelece-se o paralelogramo de forças políticas, econômicas e sociais que pesam decisivamente na etapa constituinte.
3. Na concepção constituinte de cada particularidade concernente aos novos cânones políticos e jurídicos é que, assinalando os rumos da atividade estatal eficiente, como se requer, será atendido o desejo da ordem estabelecida, inerente ao *homem social.*

No caso brasileiro destaca-se o compromisso responsável pela edificação de um Estado de direito que seja duradouro, fincado sobre bases solidamente republicanas e federativas.

4. A preocupação com o atendimento a tais compromissos não deve, porém, deixar que se perca de vista o horizonte certo da realidade histórico-temporal que se oferece para ainda muito além do *presente imediato*, vez que nas Constituições os princípios e valores não de ter fórmula de validade que perdure. Esta proposta, contudo, não exclui a necessidade de funções constitucionais *imediatamente fundamentantes*, as atenções organizativas voltadas para o *presente imediato*.

5. O ordenamento jurídico não se constitui num sistema axiomático. Suas valorações e seus princípios não são estanques ou estáticos, mas inter-relacionados e elásticos no seu alcance, adaptáveis ao momento sócio-político. Por conseguinte, seus conceitos não se subsumem logicamente, e os valores indeterminados buscam orientação em estimações ao cobrarem significado quando apontam à conformidade *espiritual-valorativa*.

Isto posto, é de se ver que a Constituição não se esgota em si mesma enquanto instrumento de regulação do social; menos ainda, na sua literalidade, consegue abranger todas as situações de repercussão ético-jurídica como será considerado.

6. Os diversos fatores concorrentes das Constituições (sociedade, economia, política, ideologia, ordem jurídica necessária) manifestam-se concretamente de dois modos.

O primeiro, de ordem geral, refere-se à Constituição enquanto fonte primeira e única validamente reconhecida para a estruturação do direito nacional. Cuida-se do entendimento normativista, onde nada existe, a ser tomado na sua conseqüência jurídica, que não esteja inscrito na *lei* (expressão formal dos atos de vontade dos legisladores manifestada através do procedimento prescrito nos preceitos jurídico-constitucionais). Esta é mais uma questão técnico-legislativa ou jurídico-procedimental, mas que tem profundas e graves conseqüências na *ordem interna nacional*. É também resultado concreto de hierarquização das fontes de direito com registro destacado na Constituição (fonte primeira das leis).

O segundo dos fatores concorrentes das Constituições é aquele que manifesta sua *força integrativa* dos elementos que concorrem para a *vida* do Estado na sua dinâmica eficiente. Esta *força integrativa*, por alcançar a energia social, não se constitui, necessariamente, em dado concreto, ou

seja, enquanto expressão formalizada (lei). Busca sua eficiência *integrativa* pelo esforço interpretativo da vontade da lei. Pode-se dizer, portanto, existir uma Constituição *formal* e outra *substancial* que se complementam. Para então ser atingido o momento de legitimidade é preciso que seja estabelecido um processo de interpretação evolutiva que *identificará* o sistema de normas constitucionais com a própria *intenção* constitucional. A eficiência constitucional, para além do que vem expressamente disposto, resulta do processo criativo de interpretação quando a vontade constitucional é *extraída* e não *construída*. Por consequência lógica, o que é *extraído* o é de algo preexistente (a disposição política do Estado), enquanto que o ato de *construção* normativa significa intenção *criativa originária*.

7. A elaboração constituinte — concepção constitucional — reclama a mesma sorte de consideração lançada acima, apenas com evidente transposição dos elementos de causa e efeito.

Na elaboração constitucional, por ser instância de atendimento jurídico-político (organização do Estado sobre bases jurídicas), o resultado (Constituição) é o próprio Estado na sua expressão jurídica, ou, como propõe CARL SCHMITT com notável objetividade, o *Estado não “tem” Constituição; é Constituição*.

8. Na sua função organizacional do Estado, a Constituição assegura a unidade do ordenamento sobre uma escala de valores objetivos e subjetivos. Esses *valores* reconhecidos passam a ser referenciais vinculativos da atividade estatal legitimamente prevista pelo direito, a tal ponto que nenhuma norma poderá desatender esses valores básicos. Inclusive o trabalho interpretativo responderá no sentido desses valores a fim de torná-los eficientes. Nesta conjugação de valores (constitucionais) e a necessidade de adequação dos preceitos infraconstitucionais à *ordem maior* (Constituição) faz-se compatível a vontade política *de* Estado pela denotação de uma consequência jurídica. A Constituição é o primeiro dos instrumentos para o diagnóstico dos valores ético-sociais em formação. Assim, quando realizado o valor, o dever-ser ideal converte-se em *dever-ser atualizado positivamente* (dever-ser real).

9. A melhor das Constituições há de conter, na sua essência, o elemento da *previsibilidade*, com o que estarão asseguradas as possibilidades de *acerto das distorções* institucionais que porventura venham a manifestar-se no processo histórico da dinâmica nacional.

A capacidade reguladora da conduta do grupo acentua-se singularmente de modo que os que dela participam, em circunstâncias decisivas, devem

ajustar sua conduta a estimativas prévias. Ao comando válido do dever-ser ditado por uma instância legítima, as valorações correspondentes vincularão todos os membros da sociedade. Quando o sistema normativo de uma sociedade conta com amplo sentimento de conveniência, a ordem social valorativa é de capital importância porque definidora do melhor direito.

Em termos objetivos, a concordância social determina o direcionamento da ordem jurídica que rege o Estado. Por isso o direito não é estático, mas dinâmico; aí também a força da jurisprudência dos tribunais que, pela reiteração do sentido das decisões, não só promove a certeza jurídica, mas torna possível a atualização desses valores sociais. A realidade social é, por natureza, cambiante, atualizadora de valores; conseqüentemente o direito constitucional positivo é alcançado por essa mutação social.

Com a absorção dos valores sociais (cambiantes) pelo direito, os princípios (valorativos) normativizados (a ordem jurídica) adquirem eficácia, uma vez que o direito, atento à constante e necessária revisão dos valores sociais, coloca à disposição da sociedade os meios organizativos materiais. O direito é o garante da ordem dos valores sociais, fazendo revelar sua função jurídica protetora desses valores, adotando medidas preventivas e repressivas contra sua violação. Assim estão normativizados, por exemplo, os direitos fundamentais que contêm decisões estimativas da sociedade. Registre-se que já as primeiras Constituições não se contentaram com desenhar a organização estatal e partiram da convicção de que o poder constituinte está vinculado a um direito pré-estatal, a um sistema de valores da atividade dos órgãos estatais no sentido dos direitos fundamentais do homem.

10. Não se concebe o estágio de letargia institucional. Tudo evolui, e a evolução reclama o elemento *ordem* que se contrapõe à *desordem* na absorção, pelo direito, dos valores estabelecidos.

Não colhe à boa lógica supor um curso dinâmico desatento a regramentos. Aí a evidência do paradoxo, talvez simplista, que se instala: ou se regula a sociedade de forma a garantir-lhe a prosperidade na ordem e na segurança conseqüente (a Constituição), ou se admite o atravancamento do curso normal das mudanças sociais. Este problema requer meditação.

11. Vimos que as instituições se conformam à realidade social. Obviamente, tal processo de adaptação não se constitui em elemento de sorte permeável, ou seja, que essa adequação do direito à realidade social aconteça de maneira imediata. Tanto quanto para o entendimento do direito como um todo, também o estudo das Constituições há que ter em conta

o fator *tempo*. Imperiosamente o tempo existe, e de maneira determinante para o direito.

12. O direito não pertence à natureza exterior. Toda manifestação jurídica corresponde ao mundo das representações humanas que concernem à conduta dos homens em sua *com-vivência* (social). Das constatações da sociologia jurídica talvez a mais importante seja aquela referente ao interesse finalístico dos indivíduos. Os sujeitos não se colocam ante o direito de modo indiferente. Têm-no tanto por força de suas concepções como de seus interesses e ideais. Um direito sem finalidade careceria de sentido, também porque sua validade pressupõe a existência de um sujeito real que pretenda, com a segurança oferecida, realizar determinados objetivos. A teoria das normas jurídicas guarda, portanto, estreito compromisso com os fatos sociais e as idéias.

No que pertine especificamente ao direito constitucional, tanto LOEWENSTEIN como JELLINEK ressaltam o caráter finalístico das Constituições, fundando-se na evidência de ser o Estado um conceito abstrato e temporal que se altera, portanto, por causa da transformação imanente a toda sociedade, a *existência superável*.

Há, pois, limites temporais ao caráter teleológico do ordenamento social e às disposições *jurídico-constitucionais na objetividade de seus preceitos*. Por essa razão é que não pode, jamais, o constituinte inovar para além do que suportaria o condicionamento social.

13. Toda Constituição, por mais perfeita que se possa conceber, enquanto obra da razão humana, com o passar do tempo reclama ajustes. São inevitáveis, também, a ocorrência de lacunas constitucionais, ou seja, *espaços jurídicos* não alcançados pelas normas constitucionais. Essas lacunas a serem preenchidas pelo esforço interpretativo existem por duas razões: a primeira, tem-se por não ser comportável à imaginação humana a criação de normas que cubram todos os possíveis lances do direito constitucional; a segunda razão explica-se por não se pretender que a evolução da disciplina constitucional positiva obedeça à mesma agilidade das mutações sociais. É, pois, de grande relevo a tese de ESPÓSITO, no sentido de que toda Constituição traz ínsita a cláusula resolutória de seus dispositivos que hão de vigor até que, pela impertinência motivada pela superação *temporal*, sejam derrogados por disposições ulteriores.

14. O estudo do fator *tempo* no fenômeno constitucional permite a abordagem sobre as normas constitucionais que se revelam incapazes de regular a própria realidade.

A importância da consideração do *tempo* na eficiência da Constituição outro dado pode ser acrescentado. Este atende ao conteúdo ideológico das Constituições.

Um dos aspectos mais discutidos sobre a Constituição diz respeito à sua maior ou menor duração. No momento em que se comemora o bicentenário da Carta Maior norte-americana, tem-se como se sua longevidade fosse algo de excepcional. Ora, em verdade, a Constituição estadunidense dispõe de maneira lacônica sobre grandes princípios inspirados na filosofia liberal, aliás, os mesmos que têm animado a orientação político-ideológica dos Estados democráticos do mundo ocidental. Todo o restante do corpo normativo contém-se nas decisões da Suprema Corte, que dá efetividade aos princípios. O trabalho interpretativo das leis, inclusive da própria Constituição, consiste no jogo inteligente de adaptação das palavras a seus propósitos disciplinadores. Não se cuida, portanto, de adivinhar o que há de suposto por detrás da letra da lei, mas atingir o seu sentido eficiente, detectando a sua verdadeira intenção.

15. A Constituição impregna *direito* à sociedade dando-lhe, inclusive, sentido normativo organizacional. Por evidente, esta conotação de complementaridade entre *direito* e *sociedade* engloba, como não poderia deixar de sê-lo, o elemento *historicidade* (muito embora o constitucionalista português GOMES CANOTILHO justifique em sua tese *Constituição Dirigente* (Coimbra, Coimbra Ed., 1982, p. 16, nota 24) que “a historicidade ontológica do direito é, quer na fundamentação ontológico-existencial (MAIHOFER), quer na fundamentação ontológico-neotomista (KAUFMANN), uma historicidade específica do direito”).

A necessidade desse caráter de permeabilidade entre a sociedade, o direito e a historicidade encontra seu traço original no pensamento do juspublicista alemão PETER HÄBERLE ao explicar a sua teoria da *constituição aberta* (Verfassung als öffentlicher Prozess). Esta tese começa por considerar que, mergulhada no compromisso histórico e social, a Constituição não pode ser concebida como realidade acabada e definitiva, resultado do voluntarismo do poder constituinte. A Constituição é lei fundamental, reclama interpretação que a adapte ao momento histórico-social. A Constituição é, pois, sempre *resultado* temporário de recurso interpretativo. A interferência do elemento sociológico na dinâmica dos valores é irrecusável.

Quando a Constituição começa a revelar seu conteúdo superado, dando sinais de *cansaço institucional*, com disposições obsoletas, impróprias para

o atendimento da ordem que se pretende, surgem os primeiros sinais de soluções incumbidas de lançar as bases efetivas da mudança constitucional, e neste momento o constituinte, abstraindo-se de todo e qualquer atendimento a casuísmos ideológicos, deixa emergir do texto maior apenas o que há de verdadeiramente conveniente, na perspectiva político-jurídica, atento à identificação do sistema político no âmbito das possibilidades sociais.

HERBERT KRIER, ao estabelecer certas premissas com as quais constrói sua teoria, encontra a viga mestra para a sustentação de seus argumentos ao entender que, se a Constituição existe enquanto instrumento eficiente de regulação da ordem social e política do Estado, estabelecendo, para tanto, certos postulados teleológicos, a política constitucional, como um todo, deve estar animada também pela configuração teleológica (Der österreichische Verfassungsgerichtshof im Rahmen der Verfassungspolitik, Universitätsbuchhandlung, Leuschner & Lubensky, Gratz, 1928, p. 13, também citado por PABLO LUCAS VERDU, in *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, *passim*).

Com respeito à política constitucional explicada por KRIER acrescenta-se um dado ainda mais amplo nas suas conseqüências objetivas, ou seja, tomado que toda Constituição é um ordenamento complexo de normas, ponto de equilíbrio de inter-relações normativas, qualquer alteração dessa ordem resulta numa conturbação constitucional.

As conseqüências dessas variações manifestam-se no exercício interpretativo do texto escrito.

Em lugar de revisão direta da Constituição (Verfassungsänderung) recorre-se ao expediente da interpretação criativa (Verfassungsumgehung).

O vigor do recurso interpretativo da Constituição é sobejamente ilustrado pela decisão histórica do Tribunal Constitucional espanhol, a 8 de abril de 1981, ao estabelecer os limites dos direitos fundamentais entendendo que "tampoco puede acceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución esta expresión se entiende como deri-

vación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, encuancto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos" (Pleno), BOE de 25 de abril de 1981, Fto. 7.).

Dito sobre o recurso interpretativo como instrumento a bem da dinamização constitucional, não importa no entendimento automático de que as Constituições programáticas venham a ser, necessariamente, mais duradouras pela razão singela de que, por meio do exercício hermenêutico, elas encontram sua modelagem social e aí fator de sua constante atualização. Essas Constituições de índole mais estrita tecnicamente indicam nortes, prevêem hipóteses, sugerem medidas e recomendam expedientes que também carecem de conformação com o social e o político a seu tempo oportuno. No domínio do direito, mais ainda do direito constitucional e com especial ênfase na própria Constituição, nada se faz e nada acontece por força de *irradiações luminosas* partidas de *pontos* definitivos ou incontroversos. Para tudo há de presidir sempre o juízo da adequação social.

16. A segurança da sociedade democrática funda-se na garantia de instituições eficientes sem que, em nome dessa segurança jurídico-política, se pretenda construir o arcabouço constitucional em verdades supostamente definitivas. Corre-se daí o risco de constitucionalizar o fato social antes mesmo que ele aconteça. A experiência tem demonstrado com sobejo que a *lei* jamais foi, e nunca o será, cristalização *nunc et semper* do justo, porque variável é a moral, renováveis são os entendimentos políticos, mutável é a sociedade.

Um dos elementos estáveis da vontade constitucional é aquele que admite a alterabilidade da norma na conformidade com a exigência do social. Portanto, caído em desuso determinado regramento, tem-se, por certeza, que o mesmo haverá de ser revisto, alterado de acordo com a nova *verdade* social. É de ser lembrado, nesse sentido, o precedente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha ao estabelecer que determinado preceito constitucional pode ser alterado no seu sentido quando surjam fatos novos não previstos, ou ainda quando fatos conhecidos, como consequência de sua inserção no curso normal de um processo evolutivo, se mostram com um novo significado ou em uma nova relação (BVerGE, 2, 380 (410)). Assim posto, é de se concluir que a *mutação* constitucional pode ocorrer de duas maneiras. Ou acontece a derrogação *tout-court* do preceito constitucional

fazendo-o desaparecer em definitivo do ordenamento, ou bem a regra continua a existir formalmente, mas o objeto de seu regramento cai em desuso (*desuetudo*). Muda-se, em outros termos, ou o conteúdo da norma ou a situação constitucional (*mutação constitucional*).

Essas duas formas ou conseqüências que levariam à mudança da Constituição ocorrem quando a aplicação das normas constitucionais vão se modificando lentamente, embora as palavras, os conceitos lançados formalmente permaneçam inalterados. Ocorre a perda da finalidade, da eficácia; a verdade social para onde deveria reger a regra constitucional já não mais agasalha aquela sorte de providência por causa da própria superação do quadro social. O sentido da norma ganha outra validade distinta da que *teria sido prevista* quando de sua concepção.

Na segunda hipótese, produz-se uma *praxis* que se contrapõe com o texto. Isto é, a alteração do ambiente social inviabiliza o recurso permanente à disposição normativa constitucional.

17. A detença na análise sobre o princípio da elasticidade constitucional não deve alcançar apenas o que se refere a abrangência formal da norma, ou seja, a Constituição em si. Nem se diga que as Constituições *devam ser* tidas por mero reflexo da situação fática do *presente* em que ela foi concebida.

A necessária condição de previsibilidade, o caráter da *elasticidade constitucional*, é obtida naquele estágio em que o constituinte, seja no exercício de suas competências originárias ou derivadas, pouco importa, logra prever instituições que, sem perder de vista seus objetivos primeiros, sobrevivem graças ao esforço de acomodação diante de novas circunstâncias. Aliás, é na lição precisa de FRANCISCO CAMPOS a lembrança de que a Constituição não é meio inerte através do qual o passado tenta captar ou dominar o futuro. A Constituição, para reproduzir o expressivo *dictum* de HOLMES, *is an experiment, as all is an experiment* (Abrams V. United States, 1919, 250 U.S. 616, 630).

18. A mutação da dinâmica interior constitucional resulta, na prática, no trato da *matéria constitucional*, em necessário preparo do espírito do intérprete para sentir as mudanças e promover a adaptação das regras escritas na sua aplicação ao fato concreto. A Constituição surge para reger a *com-vivência* social no marco do Estado dando-lhe estruturação político-jurídica eficiente, mas não se diga, o inverso, que o Estado se contém na Constituição.

O Estado encontra seu contorno legal naquilo que determina a Constituição, mas não se esgota na moldura rígida da norma.

A mutabilidade (*Wandelbarkeit*), para HSU DAU-LIN (*Formalischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff*, in *Archiv des öffentlichen Recht*, vol. 22, 1, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, pp. 59 e ss.).

19. O problema da Constituição não se estriba em resolver a contraposição que se manifesta entre o *ser* e o *dever-ser*, entre sentido e realidade vital, tampouco resume-se em mera questão teórica sobre as fontes do direito. Trata-se de captar a substância específica do Estado como objeto de regulação jurídica por meio de sua Constituição. A especificidade da Constituição está em sua ordenação integradora frente às demais corporações existentes no Estado.

20. O compromisso da Constituição para com o Estado, que ela se propõe a regular, existe na medida em que suas disposições normativas atendem às exigências sociais. Esta, portanto, a tensão que existe entre os dados *permanência-mudança*, ou seja, permanência do que é imperioso para a vida do Estado, e o grau de acomodação institucional sempre com vistas às mudanças ocorridas na sociedade como um todo. Os valores sociais não são impostos pelo regramento constitucional; esses são mutáveis, como já se disse anteriormente; não há, pois, Constituição estática. O que tecnicamente chamamos *Constituição rígida* não deve ser tomado por imobilismo das normas. Uma coisa é estabelecerem-se determinados requisitos para a alteração da norma constitucional, e isto a bem da segurança do Estado de direito, e outra coisa é pretender-se dotar o instrumento constitucional de imobilismo tacanho e pernicioso ao desenvolvimento da vontade social, dado inexorável pela própria natureza dinâmica e revisora de valores.

21. Do que ficou dito, conclui-se a toda evidência que as normas constitucionais não são *produto* da exclusiva vontade política, menos ainda edifício abstrato resultado da imaginação dos juristas. É, isto sim, e com todo o vigor que empresta o caráter de acatamento necessário, resultado de motriz dialética onde o equilíbrio constitucional, enquanto regramento da ordem social e política, é encontrado a partir das evidências; de um lado, da própria vontade social, e, do outro, a dinâmica dessa mesma manifestação volitiva. Tese e antítese (vontade e dinâmica social *realizante*) confluem-se na síntese da eficiência constitucional. É da responsabilidade constitucional a tradução em termos definitivos, estruturados, do caminho que a sociedade entendeu eleger para o curso de seu destino.

Mas qual Constituição?

TORQUATO JARDIM
Advogado

Constituição é pacto de poder. É o contrato de partilha de poder e de acomodação de interesses entre os grupos sociais com capacidade de participar efetivamente do controle do sistema político.

Poder é uma relação sócio-psicológica fundada em um efeito recíproco entre os que detêm e exercem o poder e aqueles a quem se dirige o poder. Esse poder político é exercício de controle social, é a capacidade de tomar ou determinar uma decisão e de obrigar o seu cumprimento.

Para sua eficácia, é imperioso que o exercício de poder não exclua definitivamente de suas benesses qualquer segmento da sociedade. Este foi o erro do absolutismo; por isso mesmo, uma nova classe social emergente, economicamente mais próspera e independente — a burguesia urbana —, voltou-se contra ele. Seu instrumento revolucionário — o constitucionalismo — concebeu os instrumentos racionais e mecanicistas para o exercício e controle do poder.

Assim, Constituição, hoje, no Estado democrático, é a intenção de estabelecer um equilíbrio entre as diferentes forças pluralistas que disputam espaço de influência e decisão dentro da sociedade estatal. Para sua estabilidade e eficácia, confere proteção aos espaços de que necessita a personalidade individual (direitos políticos, garantias individuais, direitos naturais inalienáveis e inerentes à pessoa humana etc.), como também a perso-

nalidade coletiva ou de classe social ou profissional (direitos econômicos e sociais). Este aparato é denominado sociedade civil e, teoricamente, tem a função de conter o Estado, agente maior da administração do poder.

Conseqüentemente, as Constituições têm duas partes: 1) a partilha de poder entre os grupos dominadores e 2) o espaço de ascensão social e econômica dos mais talentosos, que, se forem bem sucedidos, poderão também compartilhar do poder.

Da primeira parte — a partilha de poder entre os grupos dominadores — constam a *repartição de competências horizontais* (Executivo, Legislativo e Judiciário) e *verticais* (União, Estados e Municípios, no caso brasileiro), como também os *processos internos controladores da representação política* (partidos políticos, funcionamento dos três poderes, o processo legislativo, os processos judiciais, condições de nomeações) e os de *proteção dos ganhos políticos* (estabilidade funcional, limites do ônus tributário, imunidades políticas e fiscais, aposentadorias, facilidades de manutenção de cargos ou funções públicas etc.).

Da segunda parte — o espaço de ascensão social e econômica — constam os mecanismos de *controle externo aparente da elite* (*habeas corpus*, mandado de segurança, petição aos poderes públicos, tribunais de contas, concorrências públicas, as promessas principiológicas retóricas, a sempre formal igualdade de todos perante a lei, salário mínimo justo, co-participação e co-administração, educação universal). Sem esquecer dos *processos estimuladores da ilusão de representatividade* (eleições periódicas para cargos legislativos ou sindicais) ou de *gozo da riqueza nacional* (previdência e assistência social, aposentadoria, distribuição gratuita e esporádica de alimentos, material escolar, remédios ou vacinas).

O esforço de sobrevivência dos detentores do poder impõe, necessariamente, a busca de uma Constituição normativa que não se limite a ser apenas juridicamente válida, mas, também, uma que, observada lealmente, se integre na sociedade civil, domine o processo político e submeta aos seus cânones o processo de poder. Processo de poder controlado, permanentemente, pelos grupos dominadores.

Sob este manto de aparente igualdade legal e co-responsabilidade cívica, e observado o processo formal de criação jurídico-normativa, os grupos dominadores, mediante instituições eficazes (casas legislativas, poder de polícia, agências de propaganda, imprensa etc.), impõem seus interesses. É claro, tudo revestido de sofisticada roupagem: capitalismo, socialismo, social-democracia, liberalismo, comunismo, segurança e desenvolvimento, participação e uns tantos outros.

Nenhuma dessas *griffes*, contudo, disfarça a manipulação da opinião pública, e a já vasta bibliografia sobre *marketing* político — outro dos

mecanismos institucionais dos grupos dominadores — desnuda por inteiro o cinismo do processo de “administração do interesse público”.

II

Uma das manipulações mais estarrecedoras são as promessas — nunca cumpridas — que se fizeram em nome da democracia. Senão, veja-se.

1) *Os grupos, e não os indivíduos, são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática.* As grandes organizações sindicais e patronais e os partidos políticos ocuparam o espaço político que a democracia pretendeu reservar ao indivíduo. A moderna democracia, como concepção individualista da sociedade, decorre, dentre outros fatores, da idéia de um estado da natureza (indivíduos singularmente soberanos e livres), anterior à *sociedade civil, e de uma economia política*, fundada numa análise das relações sociais centrada no indivíduo, cuja perseguição de interesses pessoais promoveria, eficazmente e à sua própria revelia, o interesse geral. A sociedade real de governo democrático, ao contrário, é pluralista. Nela o indivíduo, enquanto tal, pouquíssima chance tem de se fazer ouvir e valer sua vontade.

2) *A representação política não é livre.* Influentes os grupos mais que os indivíduos, a representação política passa a se vincular aos interesses particulares dos representantes, em detrimento do bem comum da comunidade. *A democracia pretendeu vedar os mandatos imperativos.* O jogo da representação política tornou-se, contudo, uma negociação para acomodar as vontades corporativas. Essa sociedade neocorporativa, como uma forma de solução de conflitos sociais, consagrou o procedimento de acordo entre grandes organizações, expressão típica de representação de interesses.

3) *A oligarquia não foi derrotada.* A liberdade como autonomia ou capacidade de dar leis à sociedade, identificando quem dá e quem recebe uma regra de conduta, para, então, fazer desaparecer com a distinção entre governantes e governados, foi o princípio inspirador do pensamento democrático. A questão torna-se, dessarte, conceber mecanismos que ensejem a participação do indivíduo na decisão de governo. A promessa falhou também aí: como motivar o cidadão ao exercício permanente e responsável de opções? Não democratizado efetivamente o processo de decisão, as oligarquias continuam a compartilhar o processo político, divididas entre “clítes que se impõem” e “elítes que se propõem”.

4) *A democracia não ocupa todos os espaços nos quais se exerce um poder decisório vinculativo de todo um grupo social.* A democracia moderna não encontrou meios de se realizar como método de legitimação e controle eficaz das decisões políticas em sentido estrito. O voto universal legitima a ação do delegado do poder, mas não é bastante para controlar o processo de escolha normativa coercitiva para o grupo social. Por isso mesmo, a democracia avança não pelo aumento do número dos que têm

acesso ao processo decisório, mas pelo alargamento do espaço de participação efetiva no exercício de escolha.

5) *A democracia real não eliminou o poder invisível.* Uma das razões da superioridade da democracia funda-se na convicção de que o governo democrático poderia tornar transparente o poder. A realidade, contudo, é outra: ao lado de um Estado visível convive um Estado invisível, sustentado por um código de silenciosa convivência, onde a vida individual e coletiva é transformada sem que os destinatários do poder jamais discutam os fatos ou conheçam os responsáveis. Trata-se, em verdade, mais do que de uma promessa não cumprida, de uma tendência não ao máximo controle do poder pelo cidadão, mas ao máximo controle dos súditos pelo poder.

6) *Por fim, a educação para a cidadania foi ineficaz.* O discurso democrático prometeu transformar o súdito num cidadão, conferindo-lhe direito de atuação política ativa, educando-o no próprio exercício da prática democrática. Daí a relevância da participação eleitoral, pois do debate de muitos é que os poucos poderão sentir a relevância coletiva de seu trabalho individual. O cenário hoje, todavia, é outro: nas democracias de voto facultativo cai o número de votantes; nas de voto obrigatório aumenta a votação nula ou em branco; nas duas diminui o voto de opinião e aumenta o voto clientelar ou de permuta.

III

As promessas que não podem ser cumpridas são também de cunho prático. A todos quer-se “constitucionalizar” o direito de pleno emprego, salário justo e reajustável com a inflação, escola e creche para os filhos dos trabalhadores, participação nos lucros; de ninguém, todavia, exige-se produtividade e responsabilidade no trabalho. Toda a concepção é para gastar a riqueza nacional; não se discute a poupança e o investimento geradores de empregos e tecnologia nova. Os relatórios das Comissões da Constituinte e, antes já, as propostas que lhe foram encaminhadas, postos juntos, preocupam pelas novas promessas com que se engoda a sociedade. As propostas assentam em cinco premissas e cinco conseqüências comuns e levam a um único resultado final: uma gigantesca burocracia estatal-sindical.

As premissas

1) Ênfase no desenvolvimento mediante planejamento estatal, submetida a propriedade e a empresa à função social. Embora prestem homenagem à prioridade da iniciativa privada e à atuação supletiva do Estado, na verdade criam condicionamentos fortes à sua consecução. Dentre eles, leis especiais de planejamento econômico, imperativas para o setor privado (Comissão Arinos) ou vinculativas para a administração pública e orienta-

doras para as pessoas privadas, fiscalizadas por um conselho e uma superintendência nacionais de planejamento (PT); mais fiscalização da empresa privada pela União, controle setorial centralizado mediante conselhos econômicos (FIESP), e planejamento participativo dos investimentos e do desenvolvimento (CNBB).

2) Intervenção estatal na economia menos condicionada e mais intensa. A Carta atual exige lei federal; não o fazem as propostas, exceto a da OAB/RS. Esta, contudo, estende a competência aos Estados, quando inerte a União. A lei federal hoje teria que atender quatro requisitos: indispensabilidade, segurança nacional, organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, e observância dos direitos e garantias individuais. Doravante, simples atos normativos (Comissão Arinos). E as reservas de mercado seriam constitucionalizadas (FIESP).

3) Direito de propriedade mais restrito. A função social da propriedade e da empresa vem acompanhada do alerta de que a iniciativa privada deve resguardar “a ação supletiva e reguladora do Estado” (Comissão Arinos), admitidos a desapropriação ou o confisco da empresa rural e do imóvel urbano (Comissão Arinos, PT e PC do B), garantidos os posseiros (OAB/RS).

4) A organização dos assalariados mediante sindicalização irrestrita e livre de intervenção e controle do Estado. Mais direito de greve, comissões de trabalhadores e co-administração, participação obrigatória nos lucros e estabilidade desde a admissão no emprego. Do direito de greve ora se excluem os serviços públicos e as atividades essenciais (Comissão Arinos e Fiesp), garantidas aos não grevistas as vantagens auferidas pelos grevistas (Comissão Arinos), ora se incluem explicitamente (OAB/RS).

5) Política de pleno emprego, vinculada a salários melhores, com tributação maior do capital e menor de trabalho. “Direito ao trabalho mediante uma política de pleno emprego” que assegure uma fonte de renda que possibilite existência digna em “moradia de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto” (Comissão Arinos), construídas com prioridade as de natureza social (PC do B), conforme plano de governo (PT), superada a exorbitante desproporção na participação dos frutos do trabalho (CNBB).

As conseqüências comuns

1) Mais estatização, mediante planejamento, sempre conferindo-se à União o papel de estabelecer as metas, detalhá-las e fiscalizar o seu cumprimento mediante órgãos sem a participação necessária de representantes do setor privado e dos sindicatos.

2) O crescimento das despesas públicas, de custeio da administração do planejamento e das contas sociais de moradia, assistência médica e escolar universal, previdência etc. Conseqüentemente, criam-se mais tributos, mantidos todos os atuais.

3) Restrição à empresa privada, atrelada aos planos governamentais indicativos, orientadores e participativos. Sua propriedade, se rural, é declarada "capital produtivo de interesse nacional" (PT); se urbana, torna-se condicionada "às exigências fundamentais das populações citadinas" (PT), podendo uma e outra ser desapropriada com indenização (Comissão Arinos e Fiesp) ou sem (PT, PC do B, OAB/RS), conforme lei complementar (Comissão Arinos) ou ordinária (os demais).

4) Função social da propriedade, mais onerosa e submetida a critérios nem sempre objetivos. A terra, a empresa rural e a propriedade urbana são condicionadas à mensuração de produtividade, utilização adequada e de justiça social, cuja inobservância admitem, até mesmo, o confisco. Idéia levada à prática quando se assegura terra ao posseiro ou ocupante a qualquer título (OAB/RS) ou se cede gratuitamente ao componês ou assalariado agrícola aquela onde esteja (PC do B).

5) O reforço do trabalho em detrimento do capital produtivo: confere-se ênfase aos direitos dos trabalhadores (melhor salário, mais moradia, assistência médica e previdência, mais creches e educação subsidiada, participação nos lucros e na administração da empresa, autonomia sindical e greve irrestrita, estabilidade, redução da jornada semanal de trabalho, vedação de horas extras etc.) em contraste com o capital produtivo (mais fiscalizado, mais condicionado à ação do governo, mais tolhido na sua exploração).

A síntese revela uma opção clara por *uma economia de planejamento centralizado, administrada por uma coalização política formal entre burocracias do Estado e dos sindicatos.*

A burocracia estatal não teria mais que lutar por espaço: sua parafernália de órgãos e conselhos, resoluções e portarias, planos e pacotes seria constitucionalizada. A burocracia sindical, sem ter o que reivindicar, pois tudo se lhe quer conceder; sem qualquer dever de responsabilidade e produtividade, pois só se lhe quer conferir direitos, tornar-se-ia a grande fiscal da economia, a exigir lucro, salário e emprego. Sem esquecer estabilidade e saúde, creche e escola. Tudo gratuitamente.

Tamanha simbiose de poderes sufocaria qualquer forma de liberdade. Liberdade econômica e liberdade política são duas faces de uma mesma moeda: não conhece a História sociedade que, suprimindo uma, não tivesse destruído a outra. Democracia e liberdade repelem qualquer expressão exacerbada e agigantada de poder.

Por isso mesmo, não surpreende que as Comissões da Constituinte tenham se ocupado em garantir transporte urbano gratuito aos maiores de sessenta e cinco anos, estabilidade desde a admissão no emprego, irredutibilidade de salário, creche para menores de seis anos, terra ao trabalhador rural, e co-gestão de interesses profissionais; vedado horas extras e trabalho insalubre; prometido a todos trabalho com justa remuneração, moradia, alimentação, lazer e vestuário, e reafirmado o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica mediante controle, fiscalização e planejamento imperativo para o setor público e indicativo para o setor privado.

A retórica das promessas não cumpridas revela-se, assim, mecanismo que serve a todos os matizes do espectro ideológico e político. Sem esquecer, repita-se, que à lista de direitos ofertados e de funções estatais não corresponde o rol de fontes de recursos. O financiamento decorrerá, necessariamente, do aumento da tributação, da emissão de moeda e títulos sem lastro (os agentes mais notáveis da inflação) e do aumento do endividamento externo. Nenhum dos três mecanismos, sabidamente, base de estabilidade institucional e paz social.

Das promessas retóricas nunca escapou a reforma agrária. Tratada quase sempre em termos passionais, seu debate obscurece alguns pontos importantes.

1) Qual a causa da improdutividade da terra? Se for uma causa econômica, que a torna temporária ou definitivamente imprestável, a sua desapropriação é inútil. Se os donos das terras rentáveis são insensíveis às leis da economia e do mercado, e optam pela inércia especulativa, melhor e mais eficazes seriam incentivos desestimuladores do não-uso (tributação progressiva, e. g.).

2) A terra, hoje improdutiva, converter-se-á, automaticamente, em produtiva, pela tão-só redistribuição a pequenos agricultores, tecnologicamente despreparados e sem os recursos financeiros exigidos pela exploração moderna?

3) Os vultosos recursos das indenizações das benfeitorias e da terra nua não seriam melhor aplicados em investimentos sociais que remediasses situações de carência estrutural da população brasileira? Por que excluir os que, nos centros urbanos, vivem em situações precárias de saúde, educação, previdência e segurança individual? Qual o critério constitucional para desfavorecer os "sem casa", "sem escola" e "sem proteção" e privilegiar os "sem terra"?

4) Qual o critério de eleição dos beneficiários das terras desapropriadas? Proximidade física com o latifúndio, mesmo se a contigüidade decorrer de invasão ou posse precária? Qual o critério constitucional para excluir do privilégio de acesso a parcelas de terra o nordestino desempre-

gado em São Paulo, ou a viúva cuja pensão não lhe permite vida digna, ou os velhos sem espaço no mercado de trabalho?

5) Por fim, qual o critério constitucional para discriminar a terra agrícola, em relação aos demais ativos patrimoniais, e torná-la a única passível de desapropriação e redistribuição compulsória? Qual a diferença intrínseca lógica, dentro de critérios democráticos, entre uma poupança aplicada em terra e uma investida em apartamentos, ações ou títulos da dívida pública?

Por que não buscar melhores níveis de progresso mediante a modernização tecnológica da agricultura, adotando métodos capital-intensivos, multiplicadores da produtividade da terra? Onde a demonstração de que uma agricultura moderna e tecnologicamente bem aparelhada, movida por empresários eficientes, será menos útil para o Brasil do que uma conduzida por massas de deserdados, sem técnicas nem capitais?

As respostas a todas essas questões se perdem no discurso principiológico e nas promessas das cartas de direitos econômicos e sociais. As opções não são debatidas, muito menos claramente expostas. A política continua fechada nas *arcana imperii*, e o que ao povo é dado saber é já a versão produzida pelo *marketing* consumidor. As concessões e avanços são destilados àquele mínimo indispensável a conter a revolta popular. Tanto assim que nossa cultura, condicionada pelos dominadores do poder, faz a maioria da população ver com desconfiança o crítico ou contestador dos processos políticos e sociais estabelecidos. A sua coragem de verdade incomoda, porque faz pensar, porque convida à ação, porque desnuda a farsa.

Eleitos os constituintes para refazerem o tecido constitucional brasileiro, a pergunta que tem a sociedade a fazer é se a relação de forças sociais será posta em novos termos, ou se, mais uma vez, será apenas reconsolidado o mesmo processo.

IV

Não menos importante, neste exercício de encarar realisticamente os fatos, a natureza e o processo político nacional, é atentar para as diferenças entre esta e as constituintes do passado.

A atual distingue-se das anteriores em pelo menos oito pontos. E para cada um deles há uma consequência diversa.

1) *O papel dos advogados* tende a ser menos decisivo. Praticamente os únicos profissionais politicamente articulados até 1946, agora convivem eles com economistas, médicos, empresários rurais e urbanos, sociólogos, jornalistas, professores, cientistas políticos etc. Isto quer dizer que o texto constitucional deverá ser menos legalista e mais retórico e principiológico. Senão, como harmonizar interesses tão diversificados, debatidos fora das doutrinas jurídicas?

2) *O setor privado industrial e financeiro*, inexistente antes, aparece articulado na política, sofisticado na produção de bens e serviços e experimentado na articulação de bastidores. Seu surgimento, sem tirar méritos, decorre, em boa parte, do protecionismo e dos auxílios do governo. Assim, não é de se esperar o fim dos subsídios e das reservas de mercado. O nacionalismo, ponto de encontro certo da esquerda e da direita, pode fazê-los aumentar, a despeito da eventual retórica oficial em contrário.

3) *Os sindicatos*, antes a serviço do governo, adquiriram perfil autônomo. Aprenderam a reivindicar sem as peias da CLT. Dessarte, é de se prever sejam estendidos os direitos laborais, as greves tornadas menos inibidas, os sindicatos liberados do controle e intervenção do Estado e, é claro, mais onerada a conta social do empregador.

4) *Os proprietários rurais*, a maioria de pequenos e médios produtores, aliados do centro do poder durante vinte anos, em favor da indústria e das finanças urbanas, castigados por uma economia que não os deixa crescer, reorganizaram-se politicamente. Ao contrário do passado, contudo, não se aliaram ao governo. Na verdade, o hostilizam. Os que pregam a reforma agrária devem se preparar para algo bastante aquém dos seus sonhos.

5) *A Igreja socializada*, dividida teologicamente, fala por muitas vezes e, só agora, parece se separar do governo e se comprometer com reformas do tecido social, da terra e das relações de trabalho. A opção pelos pobres tentará impor mais ônus e menos liberdade de gozo da propriedade, e a exigir mais previdência social, saúde e habitação. Quem vai pagar essa conta social? Se depender da Igreja, a classe média, ou o que hoje dela resta, vai pagar mais imposto.

6) *Os novos militares*, sem o papel histórico de defesa externa, e marcados na memória popular pelos anos que cuidaram da defesa interna. Agora tecnocratizados, administram com notável competência, lado a lado com civis, uma indústria de armas de cem mil empregos e três bilhões de dólares de vendas anuais. É deles, também, a reserva de mercado da informática. Dos conceitos de segurança nacional passaram à tecnologia avançada aplicada. Politicamente, aprenderam as vantagens infinitamente maiores de uma discreta atuação de bastidores. Aqui as mudanças não são de forma, mas de substância. E, por isso mesmo, mais profundas.

7) *A tecnoburocracia estatal*, esse conjunto impressionantemente oneroso, freqüentemente improdutivo, de servidores públicos especializados em todos os temas e subtemas que possa imaginar a mente humana. Vozes reguladores, controlam quase toda sorte de atividade no País. Infensa a mudanças, para ela o Brasil não retornou à democracia: seus hábitos e processos são os mesmos. Conceberá a Constituinte mecanismos que submetam a tecnoburocracia à sociedade civil? Indispensável que seja ao

moderno estado de serviços, põe-se a perigo, todavia, a liberdade individual, quando se transfere tamanho poder a grupos não políticos.

8) Por fim, processa-se uma constituinte sem quebra da continuidade constitucional. No passado, nossas constituintes refizeram, por assim dizer, o Brasil constitucional. Agora não. Convocados e eleitos também para os mandatos e os fins do Congresso ordinário da Carta da Junta Militar de 1969, os constituintes, a par das limitações impostas pela sedimentação da História, têm que fazer face aos constrangimentos éticos decorrentes desse fato inarredável. Dentre as conseqüências, esta: como reduzir o mandato do presidente, para ter logo um eleito pelo voto direto do novo Brasil, sem rever seus próprios mandatos?

É de particular importância este último ponto. O argumento da soberania absoluta da constituinte, o de que, eleito, o parlamentar só deve contas à sua consciência e aos ideais da Nação, levou, na França oitocentista dos radicais jacobinos, ao terror, à derrocada da liberdade e ao retorno do império cesarista. Reside aqui a distinção fundamental entre o processo de contínuas transformações constitucionais na França (16 Constituições, que, na verdade, são 15, porque, na 3.^a República, de 1875 a 1946, os franceses viveram, na realidade, sob três “leis constitucionais”) e a estabilidade de duzentos anos da Constituição dos Estados Unidos: neste país, toda reforma constitucional federal é votada nas assembléias legislativas dos Estados, e as Cartas constitucionais, a federal de 1787 e as estaduais, originais ou reformadas, foram levadas a plebiscito. Dessarte, o consenso majoritário é transferido à população. Embora este procedimento não afaste inteiramente o argumento inicial do pacto de elites, este, contudo, queda submetido a um crivo mais severo de fiscalização popular.

VI

Mas qual Constituição? Certamente uma que dê *molde novo à convivência entre dominadores e dominados*, na qual os imperativos de justiça social e igualdade de oportunidades deixem de ser, primeiro, retórica dominadora e anestesiante do pensamento e da ação, e, segundo, justificativas permanentes de políticas de aumento da dívida pública e da tributação, de cerceamento do capital privado, de expansão incontida do direcionismo estatal e de regulamentação corporativista de todas as formas de trabalho.

A estabilidade da ordem constitucional brasileira que ora se negocia está, assim, inapelavelmente ligada ao realismo com que os grupos dominadores — líderes empresariais e sindicais, forças armadas, Igreja, e seus agentes — atendam à demanda social de necessidades básicas (alimentação, vestuário, transporte, educação e saúde) e de expectativa de ascensão social e econômica, sem inibição dos agentes econômicos espontâneos de mercado, geradores de riqueza, empregos e tecnologia nova. Em outros

termos, a habilidade de equilibrar o mínimo de dirigismo estatal, corretor de desigualdades, com o máximo de estímulo a cada qual de procurar seus próprios fins, ascender socialmente e compartilhar do processo político.

Isto implica, forçosamente, um texto não ideológico, não partidário e aberto a mudanças. As cartas ideológicas condicionam os fatos sociais, levando-os a caminho único e, assim, cerceando o desenvolvimento e impedindo o surgimento desenvolvimento dos experimentos sociais. As não ideológicas, ao contrário, porque soltas dos quadros dogmáticos fechados, favorecem o novo, estimulam o debate e a busca de consenso no mercado livre das idéias.

A carta não ideológica traz consigo a idéia de *democracia como processo*, vale dizer, a liberdade e a representatividade como fim de uma relação dialética entre grupos de idéias, onde todos discutem com todos, e constroem, todos, o *acordo caso a caso*. A soma das sínteses dos casos, harmonizados pelo mesmo processo, leva à *democracia*. Ou seja, o valor máximo da síntese liberdade-representatividade, a *democracia*, é construído sem molde prévio; este surge paulatinamente, descortinado pelo debate.

Livre dos princípios gerais dogmáticos fechados, uniformizadores das ações e escolhas, a carta não ideológica, porque construída no caso a caso das sínteses, enseja mudanças e experimentos políticos, sociais e econômicos sem quebra ou abalo da ordem constitucional. Vale dizer, os fatos novos, gerados espontaneamente pelas forças sociais, mediante o processo democrático, transformam a ordem constitucional, moldando-a, permanentemente, ao presente, ao mesmo tempo que abre as portas ao futuro.

Dentre os muitos mecanismos de que a democracia, enquanto processo, se utiliza, incluem-se os seguintes, todos já propostos e, surpreendentemente, *rejeitados* pelas subcomissões e comissões da Constituinte:

1) As audiências públicas no processo legislativo, assegurada a quem tenha direito atingido a oportunidade de expor sua opinião, por escrito ou oralmente, perante as comissões legislativas.

2) A publicação prévia dos decretos, regulamentos e instruções do Executivo, para conhecimento e debate, em audiência pública, com quem tenha direitos atingidos ou possa oferecer opções à sociedade.

3) Nas entidades competentes para proteção, controle e fiscalização do meio ambiente e das condições de trabalho, um conselho deliberativo paritário, como órgão superior, composto de representantes do governo, do setor produtivo e do público em geral.

4) Órgãos administrativos colegiados, compostos de representantes do governo, da iniciativa privada, dos trabalhadores e dos servidores públicos, competentes para julgar recursos contra as decisões dos órgãos singulares

da administração pública de que resultem restrição ou ônus a direito ou interesse, renda ou bem, atividade de produção ou serviço, individual ou coletivo.

A preocupação com a estabilidade que a carta não ideológica revela não se confunde com o debate sobre a extensão do texto.

A carta mais sintética não implica, necessariamente, justiça social e estabilidade da ordem constitucional. Postos os princípios, terá o congresso ordinário que passar às leis de implementação. Resistirão os legisladores à pressão dos grupos dominadores, donos tradicionais do pacto constitucional de partilha do poder? Será a democracia enquanto processo, ainda que plasmada no texto maior, suficiente para romper o grilhão de controle da democracia enquanto promessa, sempre exercido pela minoria dona do poder?

Omitir-se a Constituinte de dispor sobre alguns critérios auto-aplicáveis de participação dos empregados nos lucros da empresa, de garantia do emprego, de licença da gestante, de saúde e segurança do trabalho; de proteção do meio ambiente, de oferta de serviços públicos de saúde para a população de baixa renda, de concurso público para nomeação, de acumulação, de promoção no serviço público, de licitação de obras e serviços públicos; de procedimentos judiciais para defesa e garantia de direitos individuais etc., etc., etc., *será o mesmo que constitucionalizar a corrupção e o desmando.* Uma Constituição mais detalhada, eventualmente com linguagem e molde de “regulamento”, é requisito inarredável da estabilidade que tenta construir o País. *É a chance única de mudar algo em favor dos que vivem à margem da política.*

A proteção dos dominados — mesmo aqueles mais talentosos que podem ascender social e economicamente — não será jamais garantida apenas pela democracia enquanto processo. Este processo poderá construir os mecanismos procedimentais de implementação da promessa democrática, mas jamais criará os direitos substantivos.

Se a ordem constitucional que se busca construir for uma de integração social, de promoção do talento individual sem marcas de herança ou hereditariedade, de co-participação na responsabilidade de construção da riqueza e na partilha dos ganhos, então, inevitavelmente, *a nova Carta terá que detalhar os direitos em substância e processo.* Caso contrário, os grilhões do imobilismo (ou do quase-imobilismo, aquele mínimo de concessões gerador de ilusões e expectativas, capaz de desarticular demandas) dos grupos dominadores do pacto constitucional de partilha do poder impedirão qualquer mudança. Se isto ocorrer, a Constituinte será mero catalizador da revolta social, o que, no Brasil, é sinônimo de golpe de Estado e fim das liberdades democráticas. Com isto só lucram os grupos dominadores. Os dominados só vivem em democracia. E, mesmo nela, só quando se negam ao papel dos “idiotas úteis” da propaganda leninista.

Hermenêutica constitucional

CELSO BASTOS

Professor de Direito Constitucional da
PUC-SP

1. Interpretar é extrair o significado de um texto. Embora possa se afigurar como uma insuficiência da linguagem, eis que a primeira idéia que nos acode ao espírito é a da lástima de significado de textos tão importantes não ser de evidência inquestionável, o fato de ser a interpretação sempre indispensável, quer no texto constitucional, quer nas leis em geral.

Transbordaria os limites do presente trabalho aprofundar as razões desta imprescindibilidade. Há duas, entretanto, a que não nos furtamos de mencionar. Uma é a de que os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade. Para que possam cumprir o seu propósito de disciplinar um número infindável de situações, necessitam de apelar para um alto nível de generalidade e abstração. Isto acarreta a consequência de que, diante de uma dada situação concreta, será sempre possível a pergunta: estará ela abarcada pelo preceito normativo? Só pela interpretação chegaremos a uma resposta.

2. A interpretação faz o caminho inverso daquele feito pelo legislador. Do abstrato procura chegar a preceituções mais concretas, o que só é factível procurando extrair o exato significado da norma.

A outra razão consiste no fato de que as Constituições são autênticos códigos encerrando muitos preceitos. A significação destes não é obtível pela compreensão isolada de cada um. É necessário, também, levar-se em

conta em que medida eles se interpenetram. É dizer até que ponto um preceito extravasa o seu campo próprio para imiscuir-se com o preceituado em outra norma.

3. Disto resulta uma interferência recíproca entre normas e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar a desejada desvendação daquela vontade.

Há alguns princípios de obediência obrigatória na interpretação constitucional.

4. O primeiro deles é o da unidade da Constituição. De certa forma, este princípio traduz o que acima estávamos a expor. É necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios. Até chegar a uma vontade unitária na Constituição. Ele terá de evitar as contradições, antagonismos e antinomias. As Constituições, compromissórias sobretudo, apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se, portanto, do ponto de vista estritamente lógico, elas podem encerrar verdadeiras contradições, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias do direito.

A simples letra da lei é superada mediante um processo de cedência recíproca. Dois princípios aparentemente contraditórios podem harmonizar-se desde que abdicuem da pretensão de serem interpretados de forma absoluta. Prevalecerão, afinal, apenas até o ponto em que deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é antagônico ou divergente.

5. Um segundo princípio básico de interpretação é o de que na Constituição não devem existir normas tidas por não jurídicas. Todas têm de produzir algum efeito. Com mais rigor ainda afirma JORGE MIRANDA, citando lição de THOMA: "A uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê".

6. De outra parte, figura o princípio segundo o qual os preceitos constitucionais não de ser interpretados segundo não só o que explicitamente postulam, mas também de acordo com o que implicitamente encerram. Embora pareça óbvio, convém também consignar que as normas constitucionais têm de ser tomadas como normas da Constituição atual e não como preceitos de uma Constituição futura destituída de eficácia imediata. No

entanto, como pondera JORGE MIRANDA, tampouco podem reconduzir-se ao absurdo de impor aos seus destinatários o impossível.

Finalmente, cumpre observar que, nada obstante o fato de as Constituições conterem conceitos exógenos, isto é, provenientes de outras searas do direito ou mesmo do campo extrajurídico, desde que apreendidos em disposições constitucionais, devem ser interpretados no sentido que adquirem por força desta nova inserção sistemática.

7. *Problema interessante* consiste em saber da real significação, quanto ao texto constitucional, de dispositivos que, a nível de legislação subconstitucional, estabelecem regras de interpretação. Nossa atual Lei de Introdução ao Código Civil dispõe de norma neste sentido.

8. É lógico que a regra é que a Constituição não pode ser interpretada a partir da legislação infraconstitucional. Trata-se de particularidade própria da Lei Maior, não poder ela tomar por referencial interpretativo outras normas do sistema. Tal fenômeno deflui do seu caráter inicial e inovador.

9. A Constituição é o marco a partir do qual se erige a ordem jurídica. Seria um *contra-senso* admitir-se que o que lhe vem abaixo — devendo, portanto, sofrer o seu influxo — viesse de repente a insurgir-se contra esta ordem lógica, fornecendo critérios para a inteligência do próprio preceito que lhe serve de fundamento de validade.

Creemos que, mantida esta postulação fundamental, as ponderações de JORGE MIRANDA sobre o tema podem ser aceitas. Em primeiro lugar, a de que normas como estas são válidas e eficazes não por constarem do Código Civil — pois este não ocupa nenhum lugar proeminente no sistema jurídico —, mas, diretamente, enquanto tais, por traduzirem uma vontade legislativa não contrariada por nenhuma outra disposição a respeito dos problemas de interpretação (que não são apenas técnico-jurídicos) de que curam.

10. Em segundo lugar, a idéia bastante sugestiva de que matérias como as tratadas por normas deste tipo podem considerar-se substancialmente constitucionais e que, em assim sendo, não repugnaria mesmo vê-las alçadas à Constituição em sentido formal.

11. Em consonância com o exposto, parece também ficar claro que interpretação autêntica da norma constitucional só pode ser editada por uma emenda à própria Constituição. O que é lícito sem dúvida à lei ordinária

é concretizar e desenvolver certos comandos constitucionais, sobretudo aqueles não dotados de aplicabilidade imediata.

Ao assim proceder, no entanto, deverá ater-se ao sentido da norma constitucional. E a questão última de saber se se manteve ou não dentro deste balizamento é um problema afeto ao Judiciário.

Da interpretação conforme a Constituição Federal

Se, por via de interpretação, pode chegar-se a vários sentidos para a mesma norma, é muito compreensível — uma vez que colabora de forma decisiva para a economia legislativa — que se venha a adotar como válida a interpretação que compatibilize a norma com a Constituição.

Temos, pois, por força deste princípio de interpretação conforme a Constituição, que se deve, dentro do possível, elastecer ou restringir a norma de molde a torná-la harmônica com a Lei Maior. Na verdade, esta interpretação conforme a Constituição vai além da escolha entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, para distender-se até o limite da inconstitucionalidade. Aqui, tenta-se encontrar, neste espaço, um sentido que, embora não o mais evidente, seja aquele sem o qual não há como ter-se a lei compatibilizada com a Constituição. É um problema delicado este, porque, se levado além de um nível de razoabilidade, desemboca em uma função criadora por parte dos órgãos fiscalizadores, muito além daquela tida por aceitável e até mesmo desejável.

Para que se eliminem distorções e inseguranças, é necessário deixar certo que toda vez que a lei encampe critérios e soluções manifestamente em contrariedade com os adotados pelo constituinte, sem dúvida deverá ser declarada inconstitucional e não transmutada de forma radical para, só então, beneficiar-se da ausência do vício máximo; no entanto, parece que, sem incidir-se neste extremo, é lícito aceitar-se que, dentro ainda de uma atividade meramente interpretativa, seja possível ajustar uma significação à norma, ainda que não a mais intuitiva, mas que lhe confira a possibilidade de ser tida por constitucional.

Assim se deverá proceder toda vez que os perigos da insegurança jurídica não sejam mais temíveis que os objetivos a que se almeja alcançar em nome da economia legislativa. A declaração de inconstitucionalidade deve, sem dúvida, ser deixada como medida extrema, dadas as profundas repercussões que um ato desta natureza sempre acarreta.

Considerações sobre os rumos do federalismo nos Estados Unidos e no Brasil

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. Reside na maleabilidade característica do Estado federal talvez uma das maiores virtudes desse modelo de Estado.

De fato, não parece incorreto atribuir-se à plasticidade formal ou, se preferirmos, à informalidade do regime federativo a sua grande aceitação à volta do mundo, a sua aclimação em países bastante diferenciados do ponto de vista social, racial, cultural, político ou econômico.

2. Intencionalmente ou não, os pais do federalismo moderno, ao estruturá-lo com vistas a solucionar problemas específicos que os Estados Unidos tiveram de enfrentar após a independência, criaram uma organização política verdadeiramente nova, que transcendeu os limites do pensamento político anterior e passou a representar uma alternativa para o modelo de autoridade política centralizada, desenvolvido durante a Revolução francesa.

3. Pelos padrões do século XVIII, a democracia só era considerada possível em pequenas comunidades, onde fossem comuns os valores e interesses dos cidadãos. Quanto aos países dotados de grandes territórios, a História parecia demonstrar que só podiam ser governados como impérios ou confederações, sendo ambas as fórmulas insatisfatórias para os elaboradores do federalismo americano, a primeira por inaceitável, a segunda por inadequada.

4. O problema que se colocava — lembra o Prof. ELLIS KATZ, da Universidade de Temple, Filadélfia — era o de “proporcionar um governo efe-

tivo e operoso a tão vastas terras (o território norte-americano) e, ao mesmo tempo, manter o republicanismo que acabara de ser conquistado pela Guerra Revolucionária” (cf. *Aspectos do Federalismo Norte-Americano*, publicação do Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América — USIS).

Desejava-se um governo nacional suficientemente forte para exercer certos poderes gerais mas não tão poderoso que pudesse ameaçar as liberdades individuais.

JAMES MACGREGOR e RICHARD B. MORRIS, no artigo “A Constituição — Treze Questões Fundamentais” (in *EUA em Foco*, ano 2, nº 4, 1984, publicação da Agência de Divulgação dos EUA, editada no Brasil pelo Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos EUA), noticiam que os elaboradores da Constituição, “em sua interpretação da história e em sua própria experiência, tinham visto repúblicas demais transformarem-se em despotismos”. Isto teria, p. ex., levado JAMES MADISON a escrever que, “na organização de um governo que é para ser administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside em que é preciso, primeiro, permitir que o governo controle os governados e, em segundo lugar, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo”.

5. Pois bem, a solução federativa idealizada pelos convencionais de Filadélfia, muito mais do que um mero acordo, conseguido em face das fidelidades provinciais, muito mais que um meio-termo no avanço rumo à centralização, mostrou-se alternativa altamente eficaz, tanto no afastar os temores do autoritarismo, quanto no proporcionar eficiência às instituições de governo.

Por outro lado, como assinala ainda ELLIS KATZ, o federalismo é um conceito que se estende além da organização governamental. “Em última análise, é um princípio fundamental de organização social que tem a ver com as relações humanas nas esferas econômica, religiosa e cultural, assim como na esfera política”.

6. Isto posto, e considerando-se — o que é importante — a diversidade na unidade, própria do regime federativo, este pode ser e tem sido aplicado com sucesso no trato de problemas que assumem feição diversa conforme o cenário considerado, propiciando soluções mais consentâneas, sem que seja preciso desnaturar as características dos Estados que o adotam.

De certa forma, o federalismo é um incentivo à criatividade. Com efeito, isto é o que demonstra a realidade contemporânea, sendo perfeitamente possível identificar — mantido um núcleo irredutível de princípios cardeais inerentes ao sistema — muitos federalismos, diferentes entre si, sob vários e relevantes aspectos.

7. Mas a flexibilidade do regime federativo não permite apenas que projeções diferentes dele coexistam num mesmo momento histórico. Enseja

ainda que o regime não envelheça, conservando a sua vitalidade com o passar do tempo, recriado conceitualmente na medida dos imperativos de ordem social, econômica e política que se vão colocando na evolução natural das sociedades.

8. *Tanto isto é certo que, surgido num contexto histórico completamente distinto, ao tempo do liberalismo clássico, do “État-gendarme”, do “laissez-faire”, transpôs o federalismo, galhardamente, os duzentos anos que desde então se passaram, mostrando-se da mesma forma eficiente em face das concepções do Welfare State, das imposições intervencionistas dos novos tempos.*

9. Na adaptação que ao longo desses dois séculos conheceu, mudou, sim, o Estado federal, mercê de uma reinterpretação, de uma releitura de seu conceito clássico.

Tanto em sua pátria de origem, como alhures, passou-se do que se convencionou designar por federalismo dual para o chamado federalismo cooperativo, basicamente mediante uma alteração das relações entre a União e os Estados, com o fortalecimento da autoridade federal e conseqüente retração da autoridade estadual.

10. Para bem compreender o que seja o federalismo clássico, útil é a transcrição da seguinte síntese que dele faz o Prof. BERNARD SCHWARTZ, com autoridade de especialista no assunto:

“A divisão de poder entre Washington e os governos estaduais prevista na Constituição foi durante muito tempo dominada por esta doutrina do federalismo dual. A doutrina baseou-se na noção de dois campos de poder mutuamente exclusivos, reciprocamente limitadores, cujos ocupantes governamentais se defrontavam como iguais absolutos. De acordo com ela, tanto o governo federal quanto os governos estaduais tinham destinada a eles uma área de poder rigidamente definida. Nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento de um sistema federal é assegurado e mantido pela estrita demarcação da autoridade federal e estadual. Os Estados e a Nação são concebidos como rivais iguais e, a menos que haja uma delimitação rígida de suas respectivas competências, teme-se que a própria União sofra uma ruptura em decorrência de sua rivalidade. Isto é verdadeiro especialmente no que se refere à expansão da autoridade federal. Os poderes reservados aos Estados precisam ser preservados zelosamente para não serem tragados pelo Governo de Washington.” (Cf. *O Federalismo Norte-Americano Atual*, Rio de Janeiro, Ed. *Forense Universitária*, 1984, p. 26).

11. Como não é difícil perceber, o perfil acima traçado mostra uma concepção de federalismo que se amoldava — para acompanhar ainda BERNARD SCHWARTZ — à teoria do “laissez-faire” da função governamen-

tal, reflexo, ela mesma, do "laissez-faire" no plano econômico. Representou essa concepção, mormente nos termos em que a aplicou a Suprema Corte, intérprete maior da Federação, uma inibição à autoridade reguladora do governo federal, em escala nacional, de matérias de cunho social e econômico que se entendeu deveriam permanecer sob os controles do poder estadual.

12. É óbvio, porém, que esta visão das coisas não poderia perdurar quando a inafastável necessidade de regulamentação nacional do sistema econômico, em face da Grande Depressão dos anos trinta, tornou imperioso que se fortalecesse o governo da União.

Registrou-se, a partir daí, nos Estados Unidos, o surgimento de uma versão do federalismo, a do federalismo dito cooperativo, marcado pela interferência acentuada do poder federal em esfera de atribuições antes consideradas exclusivas dos Estados.

13. As medidas enérgicas do New Deal no campo econômico-social dão a tônica da tendência centrípeta que desde então se delineia e que, após certa resistência inicial, é convalidada pelo Judiciário.

Cada vez mais o governo federal passa a influir sobre a atuação dos governos estaduais, através de instrumental eficaz, de que faz parte, exemplificativamente, a concessão de subvenções condicionadas, a implicar para os Estados beneficiários a aceitação de padrões e a submissão a controles federais.

14. Em face do questionamento justificável com relação aos destinos do federalismo, que parece, em larga medida, comprometido pela expansão da autoridade nacional, não se mostram, contudo, pessimistas os estudiosos norte-americanos.

15. Como pondera, por exemplo, BERNARD SCHWARTZ, ainda que esta expansão seja uma realidade, é muito improvável que num futuro previsível o sistema federativo seja substituído por uma forma unitária de governo, com a eliminação da autonomia estadual.

É que remanesce profundamente arraigada na sociedade norte-americana a tradição federalista, formada exatamente à base da preservação da autonomia das entidades federadas, de cuja importância há uma nítida consciência, na medida em que "a manutenção de governos estaduais fortes confere ao sistema americano uma força democrática não encontrada na administração centralizada, monolítica" (cf. *op. cit.*, p. 75).

16. ELLIS KATZ, detendo-se sobre a matéria no trabalho antes citado, coloca uma dupla ordem de indagações, referentes aos limites constitucionais que ainda existem à autoridade nacional e aos limites que a expansão dessa autoridade colocou à atuação autônoma dos Estados.

17. No que diz com o primeiro tema, reconhece o autor que, afora as questões dos direitos civis e das liberdades — que continuam a ser impor-

tantes limitações tanto para o poder nacional como para o poder estadual — e as questões relativas à separação de poderes, não há maiores limitações constitucionais ao governo federal. E explica essa afirmação, que reconhece ser, de certa forma, uma supersimplificação do problema, dizendo:

“... constitucionalmente, a concepção de governo federal deixou de ser aquela de um governo limitado e passou a ser aquela de um governo geral, com ampla autoridade para promulgar qualquer lei que acredite ser do interesse dos cidadãos norte-americanos. Isto não significa sugerir que o governo nacional use sempre sua autoridade. Tal como todos os governos, o governo nacional norte-americano continua a ser limitado por fatores econômicos e políticos.”

18. No que se refere à segunda indagação, ou seja, se o aumento da autoridade nacional reduziu o poder dos Estados, responde o ilustre professor com um “não” moderado, tecendo algumas interessantes considerações.

Demonstra, o que é óbvio, que de vários modos deu-se, em consequência da circunstância apontada, uma limitação da autoridade estadual. Mas destaca que os Estados, mesmo assim, continuam a ter um amplo poder de decisão nas matérias de sua competência, chamando a atenção para um ponto que nos pareceu significativo, ao afirmar que,

“no sistema federal norte-americano, o poder não é um jogo em que ao ganho de um corresponde perda para outro. Os aumentos de poder conseguidos pelo governo nacional não resultam necessariamente em perdas equivalentes de poder para os governos estaduais.”

E, desenvolvendo mais este raciocínio, lembra que,

“em primeiro lugar, os Estados são feitos do mesmo tecido de elaboração nacional de políticas. As autoridades federais precisam continuar a negociar com seus correspondentes estaduais como iguais. Em segundo lugar, grande parte da atividade federal tem aumentado realmente a capacidade administrativa e fiscal estadual”.

19. A circunstância de que no sistema norte-americano o desenvolvimento e a execução da política nacional são mais o resultado de negociação e acordos do que imposição de ordens e decretos parece-nos sumamente relevante. É, sem dúvida, um dado que vem reforçar a perspectiva de permanência da estrutura federativa nos Estados Unidos, pois denota o grande respeito existente em relação às unidades federadas.

Mesmo se tendo evoluído para o federalismo cooperativo, em que avulta o papel da União, a colaboração intergovernamental em grande esca-

la, necessária para se atingirem objetivos comuns, é buscada em base consensual, importando numa autocontenção consciente do poder central. E assim se preserva a higidez dos princípios e práticas da Federação.

20. Importantes considerações nessa linha de raciocínio são feitas também por um outro grande constitucionalista norte-americano, o Prof. DANIEL ELAZAR, Diretor do Centro de Estudos do Federalismo, da Universidade de Temple, Filadélfia.

Num trabalho intitulado *O Governo Federal e a Reforma do Governo Municipal*, publicado pelo Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América, o eminente professor, ao discorrer sobre os esforços federais para influenciar o procedimento dos governos municipais, assinala que o êxito desses esforços esteve sempre condicionado à aceitação dos objetivos federais na esfera municipal como condizentes com os interesses locais.

21. Exemplificando com as subvenções federais, demonstra DANIEL ELAZAR que representam eficiente mecanismo de influência onde há universalidade de interesses federais e municipais. Podem desempenhar um papel útil quando os governos municipais são neutros em relação aos objetivos federais. Têm-se mostrado ineficazes quando há relutância municipal quanto às finalidades da dotação. E chegam a causar um impacto mínimo quando a oposição municipal é disseminada em escala nacional e o governo federal não procura um consenso, na mesma escala, em apoio a seus esforços, procurando apenas influenciar unilateralmente a conduta dos governos municipais.

Nesse último caso, como afirma ELAZAR,

“os governos municipais, ao perceberem que devem, pelo menos superficialmente, acatar as exigências federais, simulam que o fazem enquanto acertam as questões entre si, de forma a garantir que os processos de exame sejam apenas formalidades, com pouca ou nenhuma substância”.

Isto quer dizer — conclui o ilustre constitucionalista — que,

“embora o governo federal possa, até certo ponto, impor sua vontade quando decide fazê-lo, a simples existência de exigências ou mecanismos de execução não conduz necessariamente aos resultados desejados. De qualquer forma, a imposição federal é geralmente alcançada por meio de negociações prolongadas em vez de por decretos, mesmo quando incluem dotações federais que, tecnicamente, podem ser revogadas”.

22. Percebe-se do exposto que, embora nos Estados Unidos a autonomia municipal não encontre garantia expressa na Constituição Federal, também o relacionamento do poder central com os Municípios persiste impregnado

da essência do federalismo que, não importa como seja rotulado, se firma sempre no pressuposto do respeito à autonomia das ordens federativas periféricas.

23. As razões deduzidas autorizam prever vida longa para a Federação *norte-americana*.

Mas aqui aflora, inexoravelmente, a questão: será que o mesmo se pode dizer da Federação brasileira?

24. Embora tenha se originado a partir de processo de formação diverso, fruto que foi da descentralização política de um Estado unitário, a Federação brasileira plasmou-se à imagem e semelhança da matriz *norte-americana*.

25. Também no Brasil, portanto, tivemos inicialmente o “*dual federalism*”, com esferas de competências estanques, enumeradas as da União, *remanescentes as dos Estados*, o poder central abstendo-se de interferir nos assuntos estaduais.

26. Em ordem cronológica praticamente coincidente com a *norte-americana*, transmutou-se em cooperativo o nosso federalismo, basicamente a partir da Constituição de 1934. De um lado, devido à iniciativa dos próprios Estados, mais precisamente por força do apelo dos Estados mais pobres que não conseguiam prover as suas necessidades sem o concurso da União. De outro lado, como era da época, em razão da ascendência do intervencionismo estatal, com sensível acréscimo das competências da União, *principalmente no plano econômico* e com conseqüente restrição das competências estaduais, comprimidas, em outra frente, pelo reconhecimento de um campo de autonomia própria dos Municípios.

27. Ao contrário, porém, do que ocorreu nos Estados Unidos, onde o equilíbrio federativo, como vimos, nunca chegou a se romper, a experiência brasileira após a Constituição de 1967 justifica uma boa dose de ceticismo em relação ao futuro da Federação, quando no presente quase temos o Estado unitário redívivo, apesar de mantido nominalmente o regime federativo.

28. Fala-se já, eufemisticamente, num *federalismo de integração*, no qual a União pontifica, aquinhoada com extenso e significativo rol de competências — as mais importantes, sem dúvida —, que lhe permitem amplamente condicionar, planejar, dirigir e controlar a atuação dos Estados.

29. A autonomia destes apresenta mutilações sérias. A partir mesmo do seu poder de auto-organização, extremamente restringido pela Constituição Federal que não só torna obrigatória a adaptação das Constituições estaduais a determinados princípios, como torna ainda impositiva a recepção, pelo direito constitucional legislado dos Estados, de disposições da Lei Maior que a ele ficam desde logo incorporadas, no que couber, e que dizem respeito a temas tão relevantes como o processo legislativo, a forma de investidura nos cargos eletivos, a elaboração do orçamento, a fiscalização financeira e orçamentária e outros mais.

30. Sob outro ângulo, continuou desmerecida a autonomia estadual na medida em que, na partilha de rendas, ficou-se a dever aos Estados recursos tributários que lhes permitam efetivamente prover as suas necessidades, persistindo, de quebra, a obrigação de partilharem com os Municípios percentual de arrecadação do imposto que maior receita lhes propicia.
31. Até mesmo em tema de fundamental importância, como é a criação de novos Estados, por divisão ou fusão dos Estados existentes, não são estes chamados a opinar, malgrado sejam afetados num de seus elementos básicos — o território. Todo o processo de criação de Estados se desenvolve no âmbito federal, à revelia dos interessados, mediante a aprovação de lei complementar pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.
32. Melhor não é a sorte dos Municípios que, por peculiaridade da estrutura federativa brasileira, integram a Federação como entes políticos autônomos, dotados, também, de competências e rendas próprias pela Constituição Federal.
33. Não obstante solenemente assegurada no texto da Carta Magna, a autonomia municipal carece de efetividade, à míngua de recursos financeiros que possam torná-la real.
34. A par disso, a deficiência do texto constitucional tem tornado discutível se o Município é dotado ou não de capacidade auto-organizatória, prevalecendo doutrinariamente, embora sem o apoio de alguns abalizados publicistas, o entendimento também sufragado pela jurisprudência de que a organização municipal compete aos Estados, no exercício de seus poderes remanescentes.
35. Já se percebe que se está a cuidar de uma autonomia mal resolvida, que ficou a meio do caminho, mas que, por outro lado, talvez até por falta de melhor definição, representa um sério complicador quando se coloca a necessidade de solucionar problemas que ultrapassam o interesse peculiar de um único Município, como ocorre no caso das Regiões Metropolitanas.
36. O quadro é desalentador — seja-nos permitida a crítica. Assiste-se, na prática, à negação da Federação que, na teoria, se quer intocável. E seu esvaziamento completo não será surpresa, se não houver a reversão do movimento pendular que hoje acusa excessiva concentração de poder político e financeiro no governo central, em detrimento das autoridades estaduais e municipais.
37. Essa reversão de tendência deverá ser necessariamente tema de preocupação da Assembléia Constituinte, se nela prevalecer a opção pelo federalismo. É que, por mais que o sistema comporte adaptações, não pode sobreviver onde se abdique da autonomia das unidades federadas, peça vital da delicada parceria que é, em última análise, a Federação.

Rui Barbosa — Constituinte

RUBEM NOGUEIRA

Do Instituto dos Advogados Brasileiros. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica da Bahia. Ex-Deputado Federal

Em começos de 1822, o Príncipe Regente do Reino Unido do Brasil, herdeiro da derradeira monarquia absoluta imperante no continente americano, teria vagas idéias políticas, notadamente acerca do Poder Constituinte, concepção então novíssima, em geral desconhecida das próprias elites intelectuais do País, e posta a circular a partir de um opúsculo até hoje notável: *Qu'est ce que le Tiers État?*

Com essa pequena brochura editada em fins de 1788, o vigário-geral de Chartres, EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, menos sacerdote que pensador político voltado para questões de direito público, na força dos seus quarenta anos e numa ocasião convulsiónária, como que faz o anúncio da ascensão de uma nova classe social, a burguesia, aos quadros até ali fechadíssimos do poder político.

O pequeno e famoso livro, nada mais nada menos, subministra substância jurídica à revolução em gestação, fornece combustível de elevada explosividade à transformação dos Estados gerais de França, prestes a reunir-se, numa eletrizante *Assemblée Nacional*, dotada do poder de deliberar e votar pela Nação inteira, sem exceção alguma. E, pela primeira vez, elabora a nova teoria do Poder Constituinte do povo, como direito originário e exclusivo, que a Nação possui, de se constituir soberanamente, dando-se a si mesma *leis fundamentais*.

Para SIEYÈS o Terceiro Estado, representativo de 25 a 26 milhões de franceses contra apenas duzentos mil nobres e eclesiásticos, identificava-se com a Nação, estava acima de tudo, era anterior a tudo, a origem de

tudo, sua vontade sendo sempre legal, ou a própria lei. Antes e acima dela só o *direito natural*. De sua vontade emanavam as *leis constitucionais*, intocáveis pelos corpos existentes e atuantes em virtude delas. O direito de decidir sobre a Constituição — dizia — pertence unicamente à Nação, independente de todas as condições possíveis, com o que firmava a base doutrinária da representação constituinte e do caráter *inicial e incondicionado* do Poder Constituinte.

Ao desenvolver tais idéias ter-se-á antecipado a grandes criações teóricas de hoje, prenunciando a concepção kelseniana da hierarquia das normas.

Quase duzentos anos se passaram depois de enunciadas as proposições de SIEYÈS, as quais, não obstante, conservam perfeita concordância, em sua essência, com o direito constitucional contemporâneo.

No ano anterior havia o povo americano criado a primeira Constituição legislada do mundo, sem cogitar de poderes constituintes, mas mediante Convenção dos Estados Confederados, abdicatários de uma boa parte das prerrogativas de sua independência a benefício da instituição de uma só soberania, a dos Estados Unidos da América. Donde a necessidade da sua ratificação pelo povo de nove Estados, para começar a ter vigência o texto que os convencionais de Filadélfia tinham aprovado a 17 de setembro de 1787.

Os atos de D. Pedro

Ao assinar o Decreto de 3 de junho de 1822, convocatório de uma *Assembléia Geral Constituinte e Legislativa*, sem dúvida por inspiração do seu Ministro de Estado José Bonifácio de Andrada e Silva, o Príncipe Regente tinha, entretanto, consciência do seu poder de fato, discricionário e pleno, apto conseqüentemente a ser transferido a outrem, se ele o decidisse. Noutras palavras, Dom Pedro, ainda não coroado, era naquele momento o titular do Poder Constituinte *inicial e incondicionado*, segundo as concepções atuais, e tinha a faculdade de exercê-lo pessoalmente, dando-nos uma Constituição, ou de delegá-lo a representantes eleitos do povo, que assim lhe assumiriam a titularidade, para elaborar a Constituição.

Mas o Regente sublinhou no Decreto convocatório que a futura Constituinte estaria investida tão-só *naquela porção de soberania que essencialmente reside no Povo deste grande e riquíssimo Continente*. Foi como se quisesse prevenir que a *outra porção de soberania* continuava a pertencer-lhe.

Ao cindir o incindível, mostrava, entretanto, desconhecer a teoria do Poder Constituinte de SIEYÈS e cometeu o primeiro erro fatal de sua dinastia. O equívoco trágico do Regente pouco mais adiante levaria o Imperador a não aceitar as manifestações de soberania da nossa primeira Constituinte. Assim, apenas seis meses depois de instalada, ao amanhecer de 12-11-1823, surpreendeu-a ele próprio montado a cavalo e à frente de tropas, violentamente dissolvendo-a, para em seguida outorgar a Constituição de 25-3-1824.

A experiência de 1945

Nada de espantar, contudo, a defeituosa noção de Poder Constituinte manifestada por D. Pedro.

No fim do seu consulado, Getúlio Vargas, pressionado por fatos resultantes do desfecho da Segunda Guerra Mundial e “considerando as tendências manifestas da opinião pública brasileira”, editou a discricionariamente chamada Lei Constitucional n.º 9, de 28-2-1945, na qual, entre outras coisas, convocou eleições gerais, inclusive para Presidente da República, a realizarem-se a 2 de dezembro daquele ano.

A 29 de outubro ocorreu, porém, sua deposição, com a entrega do poder ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, por decisão dos chefes militares e demais responsáveis pela queda do ditador. Estava na consciência geral dos brasileiros a incompatibilidade da Carta de 1937 com a nova realidade política, mas como ter-se outra Constituição sem Constituinte convocada?

O Tribunal Superior Eleitoral, com o intuito talvez de remover o obstáculo, em lugar de sugerir ao *governo de fato* a edição de ato convocatório de uma Assembléia Nacional Constituinte, cortou o *nó górdio* mediante um aresto interpretativo, segundo o qual os poderes que, nos termos da suposta Lei Constitucional n.º 9, promulgada por Vargas, a Nação iria outorgar aos eleitos seriam *poderes constituintes*.

A essa interpretação dada pela nossa mais alta Corte de justiça eleitoral seguiu-se a promulgação, pelo Presidente José Linhares, de outra “Lei Constitucional”, a de n.º 13, de 12-11-45. Invocando o acórdão interpretativo do TSE, bem como “a conveniência de pôr termo às controvérsias então suscitadas a respeito do julgado, em torno da legitimidade e da extensão dos poderes que a Nação iria delegar aos eleitos no dia 2 de dezembro de 1945, estatuiu: “Os representantes eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão no Distrito Fe-

deral, sessenta dias após as eleições, em *Assembléia Constituinte*, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil” (art. 1.º).

No fundo, essa segunda lei constitucional funcionou como manifestação de um poder *de fato*, de índole *revolucionária*, dotado, pela sua ilimitação, das condições necessárias para convocar uma *Assembléia Constituinte*.

O caso atual

Em nossos dias, a Emenda Constitucional n.º 26, regularmente aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, em 27-11-1985, ao tempo em que convoca uma reunião da Assembléia Nacional Constituinte para o dia 1.º de fevereiro de 1987, declara-a pleonasticamente *soberana e livre* (art. 1.º), mas logo em seguida estranhamente lhe dita regras de procedimento, estatuinto que a futura Constituição deverá ser aprovada *em dois turnos de discussão e votação pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte* (art. 3.º).

Tal disposição, passível de ser considerada inconseqüente, parece desprovida da mais insignificante coatividade, porquanto a representação nacional extraordinária eleita a 15 de novembro de 1986 com poderes constituintes está acima dos poderes *constituídos* (um dos quais sabidamente é o poder de reforma constitucional) e de quaisquer normas do direito positivo anterior. Acima do seu poder pairam só os princípios não escritos, supremos, imodificáveis e universais do Direito Natural.

O exemplo de 1889

Já os revolucionários de 1889, sob a presumível liderança intelectual de Rui Barbosa, procederam mais corretamente. Disso temos documento valiosíssimo, embora pouco conhecido. Refiro-me à *Proclamação do Governo Provisório*, endereçada aos *concidãos*, sem data, mas elaborada talvez antes do Decreto(lei) n.º 1, de 15-11-1889, que instituiu a República Federativa. No seu quarto parágrafo ou período diz: “O governo provisório, *simples agente temporário da soberania nacional*, é o governo da paz, da liberdade e da ordem.”

Grande documento, esse, muito expressivo da consciência que seu redator tinha de residir, então, no *poder de fato* o supremo poder, que é o

Poder Constituinte, contemporaneamente tido como “a manifestação mais poderosa e fundamental da soberania da Nação”.

O redator da *Proclamação* implicitamente afirmava a delegabilidade desse poder, ao declarar que o Governo Provisório o detinha transitóriamente, na condição de *agente temporário da soberania nacional*.

Não será difícil a atribuição de autoria desse histórico texto legal, subscrito pelos primeiros cinco Ministros do Governo Provisório (Aristides Lobo, Interior; Rui Barbosa, Fazenda e interino da Justiça; Benjamin Constant, Guerra; Eduardo Wandenkolk, Marinha; e Quintino Bocaiúva, Relações Exteriores e interino da Agricultura, Comércio e Obras Públicas) — dentre os quais Rui, que por seus já notórios conhecimentos jurídicos foi o preferido de Deodoro para redigir os primeiros grandes atos oficiais do novo regime.

Não só por isso, mas ainda pela circunstância de haver adiante elaborado, de próprio punho, em sucessivas reuniões diárias do Ministério, quase todo o Projeto de Constituição que o Governo Provisório remeteria à Assembléia Constituinte para servir de base às suas deliberações, há-de ter vindo dele a influência maior para a promulgação do Decreto n.º 78-B, de 21-12-1889, designativo do dia 15-9-1890 para a eleição da Constituinte e de sua reunião unicameral, dois meses depois, na Capital da República.

Desde os momentos iniciais do novo regime, Rui defendera, entre os companheiros do Governo Provisório, a convocação imediata da Assembléia Constituinte, usando um argumento muito original que era o de considerá-la *como a mais urgente de todas as medidas financeiras*. Não tive dificuldade em lhes mostrar a evidência dessa proposição — diria — que em todos eles encontrou para logo simpático acolhimento.

Não foi naturalmente por outra razão que, na hora mais dramática daquela assembléia extraordinária, quando no seu seio corria o risco de deformação o projeto governamental, lhe coube a difícil tarefa de opor resistência eficaz aos excessos dos reformadores e de dar-lhes rumos compatíveis com os interesses nacionais.

Presença marcante de Rui

A idéia-força da Constituinte de 1890 foi o *federalismo*, como a de 1823 tinha sido o sentimento de *independência nacional*. Federalismo, entretanto, a qualquer preço, exaltado, romântico, reivindicatório de prerroga-

tivas das unidades estaduais nem sempre coincidentes com o próprio sistema político fundado.

O Governo Provisório tinha muitas responsabilidades no desenlace daqueles trabalhos, pois queria ver preservadas as linhas mestras do seu projeto constitucional. Além disso, graças a disposições da legislação eleitoral em vigor, conseguira eleger vários Ministros, sem que nenhum se desincompatibilizasse do cargo, como, entre outros, Rui, Campos Sales e Quintino Bocaiúva. Impunha-se a qualquer deles toda habilidade para intervir nos debates e conter a vaga ameaçadora do *estadualismo* nascente.

Algumas bancadas possuíam figuras carismáticas, como a do Rio Grande do Sul, cujo líder, Júlio de Castilhos, chefe regional do positivismo comteano, era doutrinariamente a favor de uma *ditadura aristocrática*. O Apostolado Positivista, pelo seu arauto Demétrio Ribeiro, poderia fortalecer as exageradas reivindicações das antigas províncias, até pouco antes contidas num regime de forte centralização, sem autonomia política, mas agora, repentinamente declaradas Estados, já não havia autonomia que lhes bastasse. A Federação mesma estava assim em iminente risco de soçobrar.

Sua defesa teria de caber a um dos membros do Governo Provisório com assento na Constituinte, possuidor de suficiente experiência parlamentar e autoridade intelectual derivada de cultura jurídico-política, para se impor a um plenário passional e conseguir os efeitos desejados.

Rui Barbosa, absorvido pelas atividades administrativas, pouco participou dos trabalhos constituintes. Nas sessões de 16, 22 e 23 de dezembro de 1890 fez todos os seus pronunciamentos orais, além de uma breve declaração escrita de apoio de emenda e outras de declaração de voto.

A consulta dos Anais da Assembléia Constituinte de 1890, contudo, permite apurar este fato inquestionável: o grande papel aí desempenhado coube ao Ministro da Fazenda do Governo Provisório. Com um só discurso, de longa duração (o Deputado mineiro Chagas Lobato, inscrito também para falar a seguir, compreensivamente cedeu-lhe seu tempo), poucas vezes interrompido por breves apartes, Rui Barbosa assentou a que deveria ser a diretriz fundamental da Constituinte: assegurar a continuidade da União Federal e seu fortalecimento financeiro, sem prejuízo de ampla autonomia dos Estados.

Essa oração proferida no dia 16 de dezembro foi o momento máximo da Assembléia Constituinte Republicana. Em face dos radicais regionalistas, afirmou que, se as primeiras medidas adotadas por aquele Congresso não demonstrassem o mais firme dos propósitos de manter incólume, indivisível, sob um forte governo nacional, a grande Pátria brasileira, então a República terá sido a mais dolorosa de todas as decepções dos amigos do País.

Considerou-se desnecessária a existência de um exército nacional permanente, mas ao mesmo tempo dava-se como admissível a de esquadras estaduais; nem queriam que a União tivesse forças aquarteladas nos Estados. A União não poderia mobilizar as polícias militares estaduais em tempo de guerra externa; qualquer unidade federada, em tal situação, poderia negar-lhe o auxílio militar pedido e declarar-se neutra, reconhecendo-se aos governadores a faculdade de remover de seus territórios os corpos do exército neles estacionados. Demétrio Ribeiro, porta-voz do Apostolado Positivista, pretendeu que no art. 1.º da Constituição, ao invés de “união perpétua e indissolúvel das antigas províncias”, figurasse apenas a “união livre” delas. Assim, não era o Brasil que lhes dava autonomia, e sim as antigas províncias é que resolviam consentir a continuação do Brasil.

A discriminação das rendas, dentro da organização federal, era o instrumento da *superexcitação mórbida*, das “exagerações singulares e perniciosas” dos ultrafederalistas. Condenou-as francamente. Chegou-se a ameaçar a unidade monetária do país, outorgando aos Estados a faculdade de emitir e fabricar dinheiro.

Surgiram nada menos de dezesseis sistemas tributários modificativos do plano estabelecido no projeto do Governo Provisório. Júlio de Castilhos queria deixar à União somente o imposto de importação e o de selo, além das taxas postais e telegráficas, ficando tudo mais para os Estados.

O Ministro da Fazenda, federalista desde a juventude, mostrou os equívocos dos radicais. Sua argumentação, com base na verdadeira idéia da nova forma do Estado, por fim venceu todas as resistências. Otimamente: a federação — explicou — é *uma aspiração de nacionalidade adulta* correspondente a *uma fase superior de desenvolvimento econômico*. Nela parte-se da União para os Estados e não destes para a União. A federação pressupõe a União e deve destinar-se a robustecê-la. Não a dispensa nem se admite que coopere para o seu enfraquecimento. “Assentemos a União

sobre o granito indestrutível; e depois será a oportunidade de organizar a autonomia dos Estados com os recursos aproveitáveis para a sua vida individual.”

Presentes no plenário grandes expressões da inteligência brasileira, dentre as quais José Higino Duarte Pereira, João Barbalho, Amaro Cavalcanti, Leopoldo de Bulhões e o então jovem mas já fulgurante tribuno Epitácio Pessoa. Nenhum lhe opôs embargos aos princípios defendidos. Foi escutado respeitadamente até o fim. Advertiu: “Se os Estados não pudessem viver federativamente sem absorver elementos de renda indispensáveis aos compromissos do Tesouro Nacional, nesse caso, nossos anseios de federalismo seriam prematuros e vãos... A União é o meio, a base, a condição absoluta da existência dos Estados... Se há no Brasil Estados mais fortes e menos fortes, mais fracos e menos fracos, a condição necessária da existência de todos, fracos ou fortes, grandes ou pequenos, pobres ou ricos, é a sua coesão, a solidariedade de sua vida integral no seio da federação organizada segundo os moldes práticos que a experiência indica.”

O sistema federativo organizado no projeto constitucional do Governo Provisório era bastante para satisfazer as aspirações dos autênticos federalistas.

Que Rui conseguiu esclarecer o plenário da Constituinte, uma vez por todas, acerca da necessidade do fortalecimento econômico da União, a prova está no resultado final da votação do sistema tributário. Preservado ficou o principal do projeto por ele defendido. A discriminação de rendas considerada pelo orador indispensável à manutenção do equilíbrio federativo foi aprovada, com uma diferença de apenas 20 votos entre 226 constituintes presentes. A Nação ficou, pois, a dever-lhe esse serviço sem preço que pode ser lembrado hoje como um dos vivos sinais de que Rui Barbosa esteve sempre identificado com as aspirações do povo brasileiro.

Tomara lhe observem os constituintes de 1987, na medida do possível, o exemplo de dedicação à unidade brasileira, sem perder de vista a sentença de ORTEGA Y GASSET: *O homem não é nada positivo se não é continuidade. Para superar o passado é preciso não perder contato com ele; pelo contrário, senti-lo bem sob nossas plantas, porque sobe ele nos erguemos* (*).

(*) (In *Enstismamiento y Alteración*, p. 314 do vol. V, seg. ed., das *Obras Completas de José Ortega y Gasset*, Madrid, 1951 — Revista de Occidente).

Relaciones y convenios de las Provincias con sus Municipios, con el Estado Federal y con Estados extranjeros

JESÚS LUIS ABAD HERNANDO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Con-
juez de la Corte Suprema de la Nación.
Buenos Aires — Argentina

I. *Proemio*

1. *Creo fundamentalmente que el "Ethos" Nación, "La Argentina", construcción totalizadora de un Pueblo con un pasado glorioso que se proyecta al futuro, sobre un territorio determinado que es su espacio, su contexto físico, preexistió a toda construcción jurídico-política, en el caso de nuestra Patria.*

Ello está perfectamente claro; pero la primera institucionalización jurídico-política argentina corresponde a las Provincias: lo lograron sistemáticamente en el período formativo de 1819-31. Unas por medio de Constituciones rígidas, por ejemplo Santa Fe, Córdoba; otras por medio de Constituciones flexibles, por ejemplo Buenos Aires, Mendoza, a través del funcionamiento de sus legislaturas o cámaras de representantes, que lo hacían como sabemos ambivalentemente: en el plano constitucional y en el plano legal.

Allí arranca el proceso constitucionalista argentino; sin embargo, es interesante destacar que las distintas Constituciones políticas de las provincias argentinas en el período de fecundidad constitucional 1819-1831, con distintos nombres, incluso dándose algunas denominación de "República", reconocen la pertenencia al gran "Ethos", antes referido.

La Nación Argentina — que aún no ha asumido forma estatal, hasta el Pacto Federal de 1831 — está presente en el Acta de la Independencia de 1816. Su redactor, Juan Cayetano Rodríguez, gran prócer olvidado de

los argentinos — como dijo un ilustre historiador de la Constitución, el Doctor Donato Latella Frías, en Córdoba — tenía claro este concepto y nos afirma tal idea.

Inequívocamente, desde la pregunta a las provincias de la Unión para que fueran una Nación libre e independiente. ¿A quién se le pregunta? ¿Cuáles son los interlocutores? Los pueblos de las Provincias, las Provincias de la Unión. Luego, la Provincia preexiste, incluso después de la aceptación total de la Nación, como expresión básica de la Unión.

En el año 1816, existía ya pues la idea de “Provincias”, que se institucionalizarían a partir de 1819 y, en cada uno de los pueblos late la nacionalidad, está presente, en definitiva, el protagonista, el hombre argentino, como persona tal como lo concebimos, porque solamente creemos en el derecho para la persona, individual y socialmente considerada.

Desde este punto de vista, entonces, es indudable que es un error, un equívoco, usar la expresión “la Nación” como sinónimo del Estado Federal Argentino. El Estado Federal nace, tal como hoy está registrado, en la Constitución del año 1853-60; aunque su momento formal institutivo es del año 1831, a partir del Pacto Federal.

Esto nos va a permitir ubicar algunos puntos que quiero destacar para que no haya ninguna duda. No voy a usar nunca la expresión “la Nación” como sinónimo de Estado Federal, porque para mí, cuando se habla de autoridad nacional es tanto con respecto al gobierno federal como a los gobiernos de Provincia. Así lo creyó el constituyente argentino, ya que la segunda parte de la Constitución se instituía “Autoridades de la Nación”: “Gobierno Federal” y “Gobiernos de Provincias”.

Una vez me decía un viejo profesor alemán “a ustedes no los entiendo, porque me cuesta tanto traducirlos”, “Ustedes confunden la Nación con lo federal”. “Lo nacional es todo, lo nacional preexiste, está en el alma de ese pueblo”.

¿Había Nación Argentina en 1806? Claro que sí. En 1806, cuando tiene que repeler el ataque de extraños, se reveló la Nación Argentina. Aparece; se revela; se pone en evidencia.

Hecha esta aclaración, voy a analizar la cuestión: “Convenios de las Provincias con sus Municipios, con el Estado Federal y con Estados extranjeros”.

Voy a plantear la problemática posible. Inmediatamente después voy a considerar cual es la naturaleza del Municipio, de la Provincia, en este Derecho que llamamos Federal Argentino.

Quiero señalar el tema del Derecho Público Subjetivo del Estado, tema muy descuidado por los doctrinarios argentinos.

Lamentablemente el hombre público argentino, el iuspublicista, no ha desarrollado el tema del Derecho Público Subjetivo.

Es importante; me refiero al Derecho Público Subjetivo desde el punto de vista — digamos así — del protagonista, el Estado Federal, Estado Provincial, Municipio, porque ahí está la clave muy importante para distinguir cada uno. Me refiero al propio territorio. Del poseer ese abstracto, que impide confundir al "Municipio" con una nueva "entidad autárquica", dicho ello a título ejemplar. Estado Federal, Provincia y Municipio se singularizan por la posesión de tan especial "derecho".

2. Haré brevemente una especie de primera aproximación al problema con una solución posible y luego paso a analizar los precedentes comparados: *El Tratado del Danubio*, del Rín, del San Lorenzo entre EE.UU y Canadá.

Analizaré posturas metodológicas: La Tesis de la Nueva Dimensión, Tesis de las Pautas, Norma Programática Básica, la Tesis de la Legislación Paralela y la Tesis de la Convención "Ad Hoc", y luego una Tesis Argentina, que está incluida en el *Tratado de Yaciretá*, que ha perfeccionado esta misma tesis ya inicialmente ubicada en el *Tratado de Salto Grande*.

Luego en una síntesis final voy a plantear mi tesis. Insistiré muy poco en este estudio metodológico, porque creo que la mayoría de los problemas son conocidos. Por supuesto que lo que voy a decir es un punto de partida y no un punto de llegada.

II. *La cuestión*

1. En primer lugar consideraré el Convenio de la Provincia con su Municipio.

Ante todo quiero señalar que esta denominación — convenio de las Provincias con sus Municipios — parecería, "prima facie", producir como una especie de choque, porque indudablemente en el proceso de centralización, en donde el Estado Federal ha ido fagocitando todo el sistema jurídico-político argentino, no podríamos negar que también las Provincias han tratado de ir fagocitando a los Municipios, a veces por razones explicables, incluso de eficiencia. La Provincia se ha visto obligada — por así decirlo — a optimizar sus medios, sus servicios, incluso todo lo que disponía a su alcance. Pero el sistema argentino está perturbado.

Esto es más notorio en ciertas Provincias que requieren concertar cierto ejercicio del poder y sobre todo hacer más eficaces los servicios que se prestan.

Pienso, en principio, que para responder a esta cuestión se debe hacer una breve consideración sobre la naturaleza jurídica del "Municipio", y de la "Provincia", en el Derecho Interfederal Argentino.

Vale decir que planteo el punto como una pregunta básica y una respuesta para luego contestar el primer subtema del análisis.

En primer lugar, podemos señalar que el Municipio argentino es una exigencia perentoria del Artículo 5.º de la Constitución Nacional. Es condición ineludible para el goce de las instituciones de la Provincia.

Las Provincias preexistieron al Estado Federal. Cuando se incorporan al Estado Federal ceden una parte de su soberanía — no toda la soberanía — y ahí está la clave; y en esa cesión de soberanía está entregarle al Estado Federal, el uso de la exigencia de la propia condición de la existencia de la Provincia, sujeta al Artículo 5.º

Una de esas cinco condiciones es la del "régimen" municipal. Pienso — y dejo de lado la opinión formulada por la Corte, opinión más bien de autarquía administrativa — que la doctrina que considero acertada y que está explicitada por la mayor parte de nuestros tratadistas, es que en realidad estamos frente a un "gobierno" municipal, a una forma de representación popular, que se explicita en el Municipio: Hay una población, un territorio, con sus propios derechos públicos subjetivos esenciales, como "persona" jurídico-política.

Aún en la hipótesis de mínima, la teoría de la autarquía administrativa — que no acepto —, creo que la expresión "régimen" con que se precede al objetivo "municipal", tendría que hacer pensar profundamente.

Cuando el constituyente argentino incorpora la expresión "régimen municipal" en el año 1853, tenía un sentido de "ordenamiento jurídico-político", no otro sentido, no otro alcance.

Estimo que así como la Provincia hoy le dá el ser jurídico-formal al Municipio, no puede dejar de reconocer la existencia sustantiva del Municipio, tanto en el proceso generador de la nacionalidad que nos viene desde la época hispánica, y luego, por supuesto, queda como momentáneamente suspendido. Como dice muy bien Joaquín V. González "entre el período constitucionalista 1819-1831 hasta la sanción de la Constitución de 1853, en que se constituye el Estado Federal".

El Municipio, que ha querido el constituyente, es este Municipio que entraña la exigencia del respecto de su personalidad jurídico-política.

¿Qué alcance va a tener esta personalidad? ¿Cómo se va a instrumentar? ¿Cómo se va a ir vinculando a la comunidad política-pueblo que le dá su sustento? Esta es la solución que puede, en tesis de máxima o de mínima, dar cada Constitución local, pero lo que no puede eliminar es el dato substantivo de Municipio que exige un régimen. En el orden provincial, las Constituciones han podido — diríamos así — avanzar en tres etapas, en el proceso de plasmar el “Régimen Municipal”.

Una primera etapa la constituye la Constitución de Buenos Aires del 70-73 hasta la reforma de 1934, que llamamos Constituciones tradicionales, donde se encuentran todas las de Cuyo, Mendoza, San Juan, San Luis, y agrego, La Rioja, que han pretendido crear una especie de división territorial, el famoso Municipio de “condado”, de “partido”, “Municipio” — para usar nuestro lenguaje —, en que el constituyente local llegó a confundir, en cierta manera, el imperativo del Artículo 5.º “Régimen Municipal” con el imperativo de la “División Política”.

Tanto es así que si revisamos la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, vemos que prácticamente no se refiere a la ley orgánica, habla en el Artículo 90, Inciso 4, en las atribuciones del Poder Legislativo, de la división territorial, y luego cuando habla del Municipio, que sabemos es el Municipio de partido, dá un concepto limitado, y lo deja al legislador para que, por acto constituido, sistematice toda la normatividad.

Mendoza ha hecho otro tanto, ajustó su texto en el año 1965, pero la norma clave de dicha Provincia no ha cambiado; aunque Mendoza avanza sobre la tesis de Buenos Aires, atribuye al Poder Legislativo no sólo la división política, sino que dicotomiza y habla también de “Organización Municipal”.

Constituciones que son antiguas en la formulación. No podemos hablar de interpretación primaria, sino de una interpretación que ha hecho el legislador. Algún estudio sostiene que, en el caso, sobre todo de la Provincia de Buenos Aires, que fue el modelo que mimetiza estas Constituciones — creo que es así —, influye mucho y decisivamente en el Derecho Público Provincial hasta el movimiento de reformas en la década del 20 de este siglo.

La Provincia de Buenos Aires se encontró con un gran territorio y ese territorio había que poblarlo. El problema del desierto, que llegaba prácticamente a 180 km. de la Ciudad de Buenos Aires. Ámbito espacial que resultó determinante.

La Provincia de Buenos Aires era una de las Provincias más chicas del país. Es interesante esto que a veces perdemos de vista. La Provincia de Buenos Aires, al constituir la Unión Nacional, era prácticamente el triángulo San Nicolás, Buenos Aires, Pergamino. Tanto que en la constituyente

de 1853 se habla de la corta extensión de la Provincia de Buenos Aires. Lo que pasa es que perdemos de vista en los discursos de Gorostiaga y Zapata, que cuando se habla de las Provincias grandes, se refieren, por ejemplo, a Mendoza, a Córdoba: Provincias extensas, decían ellos. Se hablaba de la Provincia de Buenos Aires como de una Provincia no extensa.

Sin embargo, Buenos Aires tiene que organizarse. Primero, mantiene su Constitución de 1854, como Estado independiente, dictada en una situación bastante ambivalente, hasta que en el 70-73 reforma y adopta un criterio eminentemente de división administrativo-territorial. Criterio que cambia, a partir de las Constituciones de la década del 20 — yo creo que esto hay que señalar la Constitución de Santa Fe, la de Córdoba, tras las reformas del 23 y otras. Incluso Córdoba tiene una serie de vaivenes. Es interesante como cambia tres veces de criterio. El Municipio de distrito o de villa, el sistema que hoy se mantiene que es cambiado dos veces, en sucesivas reformas, finalmente priva este Municipio de villa, que llega hasta donde alcanzan sus servicios, hasta donde alcanzan “potencialmente” sus servicios, vendrá a decir después el legislador, pero siempre hay un concepto de asentamiento humano en relación al Municipio. Este es el verdadero sentido y alcance que tenía originariamente el “régimen municipal” y que la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, abandona en 1870-73, a raíz de la adquisición del territorio, que coincide justamente con la década anterior.

En cambio, tenemos el caso de las Provincias más nuevas. Ejemplos como el de Formosa, Neuquén, Chaco. Ya, desde el punto de vista institucionalizante, vemos el avance de este Municipio delegado que es Municipio primario (que es un poco el Municipio hasta las Constituciones de la década del 20, Córdoba, Santa Fe incluida). Santa Fe lo actualiza, con su Constitución de 1962. Avance que surge de una nueva tesis: De este Municipio puramente delegado al Municipio de “convención” al Municipio de “carta”. Aquí podemos señalar la Constitución de Santiago del Estero. Vale decir que, mientras subsista el Municipio, no como una creación — como algunos lo han sostenido — de entidad autárquica con base territorial, sino tal como la concebimos, es decir como una verdadera entidad jurídico-política, con “substractum” territorial necesario, y con una población, con un pueblo — diríamos más con sentido técnico-político — adscripto, creando así la vida activa, desde el punto de vista político, no podemos, en ningún caso, asimilar el Municipio a una entidad autárquica cualquiera, que se pueda crear con posterioridad, o que se haya creado. Incluso tenemos el ejemplo de los Consejos de Educación que las Provincias argentinas han creado en muchos casos por su Constitución. El Municipio es una exigencia jurídico-política diversa.

Entonces, el Municipio, tanto el Municipio delegado como el convencional, tanto el Municipio poco evolucionado que ha quedado casi confundido con la división política, como el Municipio en que creo, debe tener pleno

desarrollo. Y todos estos Municipios tienen posibilidad de realizar convenios con las Provincias.

Pero hay que hacer notar que, a partir de la década del 20, la mayoría de las Provincias argentinas — voy a citar el ejemplo: Córdoba, podría citar varias más —, incorporan una norma específica que aparece en varias Constituciones. La llamamos supranormativa municipal. No cabe ninguna duda que el constituyente local, como sabía que se trataba de un tema tan importante — régimen municipal — una de las condiciones “sine qua non” para la existencia de la propia Provincia, le dió mucha importancia al tema; lo incorporó como capítulo separado, juntamente con los otros capítulos dedicados a la educación primaria, en muchos casos, pero sobre todo el problema del régimen municipal, ocupó capítulos separados. Y siempre se interpretó, a través de todos los municipalistas hasta la década del 30, que las normas sobre los Municipios tenían que estar insertadas en la Ley Orgánica Municipal, o en la Ley de Municipalidades, en una palabra, todo el régimen tenía que estar corporizado en un acto legal hermético unitario.

Le podían poner algunas limitaciones al Municipio — claro que sí — podían exigir ciertas formas de control, en muchos casos incluso por imperio de la propia Constitución, pero siempre la derivación normativa que llevaba a regular la vida de Municipio, tenía que estar en la Ley única, unitaria, hermética.

A partir de la década del 20, muchas Provincias, y entre ellas cito el caso de Córdoba con su Artículo 83, Inciso 4 1/2, fueron incorporando la posibilidad — no todas las Provincias lo tienen pero muchas sí — de que pueda, a su vez, la Provincia, dictar normas: un plan que suponga una regulación legal de interés común intermunicipal. Por un lado, puede perfectamente la Provincia hacer un convenio con el Municipio, para un fin de interés Provincia-Municipio, Municipio-Provincia. Pero pienso que aún cuando la Constitución Provincial no haya incorporado una cláusula de supranormatividad, puede perfectamente crearse una regla que prevea un comportamiento común del Municipio para fines de interés genérico intraprovincial.

Vale decir que todavía no me estoy planteando el caso de Municipio que de alguna manera se tenga que vincular, por ejemplo, con otro Municipio, o que tenga una problemática común con otro territorio provincial, a nivel interprovincial; estoy todavía en el plano intraprovincial. Entre la Provincia con su Municipio a', b", a"', pienso que puede preverse el convenio pero también puede el legislador dictar una ley de interés común. ¿Dónde estaría la diferencia? Mientras sean normas dirigidas — diríamos así — “erga omnes”, a los administrados en general, a la población en general, en donde aparezcan intereses comunes entre las poblaciones de los distintos Municipios, no hay ningún inconveniente que ello esté contenido en esa norma.

Alguna Constitución exigirá que esté dentro de la normatividad de la orgánica, otras — caso de Córdoba y otras Provincias — podrán a su vez dictar una ley de interés común, plan de interés común intraprovincial; pero creo que en todos los casos sólo debe tratarse de normas, vale decir de ejercicio de potestad “ius edicendi”, nunca sustrayéndole a la comuna la potestad “ius agendi”, la potestad de ejecución, porque la comuna también tiene un régimen jurídico-político pre-establecido, tiene su propio régimen. Es decir que puede crearse una supranormatividad obligatoria para todos estos entes comunales, pero el ente comunal no puede ser avocador en la potestad ejecutora. Lo dejo así planteado como una primera aproximación.

2. Si el Municipio entra en una relación potencialmente conflictiva o no, pero donde haya que armonizar su interés con un Municipio contiguo (por ejemplo, famoso caso de Córdoba con Santa Fe entre Frontera y San Francisco, o cualquier otro supuesto equivalente), o el aprovechamiento de un río limítrofe (por ejemplo el caso del Conlara, entre Córdoba y San Luis); otros ríos como los de la Cuenca del Desaguadero; en cualquier caso en que un Municipio tenga relación con otro Municipio de una Provincia vecina, es insoslayable el convenio o tratado — para seguir el lenguaje constitucional — interprovincial. Después vamos a ver si metodológicamente puede existir un preconvenio municipal. Pero eso es un problema de método, ahora estoy haciendo un análisis, a mi criterio, como debe ser resuelto a nivel constitucional. Quiere decir que el Municipio tiene plena entidad y vida jurídico-política intraprovincial y como tal puede llegar a tener acuerdos, por ejemplo por fines de interés común en materia de salud, educación, en una serie de objetos, incluso con la Provincia. La Provincia puede, a su vez, cuando aparece un interés que supera a un Municipio, dictar una norma supra, integradora o no de la ley orgánica, pero lo que nunca puede, en cambio, hacer, es avocar la potestad de ejecución del Municipio.

Sigo analizando, siempre en la relación simple, después vamos a hablar de la compleja, de la Provincia con el Estado Federal.

No debe perderse de vista nunca, al respecto, el Artículo 107 — definición positiva — y el Artículo 108 — definición negativa — de la Constitución Nacional, referidas a las potestades de la prosperidad concurrentes de la Provincia con el Estado Federal (atribuciones del Congreso, siempre son potestades del legislador). Estamos ante el ejercicio, en realidad, del poder de policía Artículo 67, Inciso 16 (ius edicendi), de la Constitución Nacional.

Pero hay dos supuestos distintos en el Artículo 67, Inciso 16 y en el Artículo 107. Ante todo podemos decir que en el Artículo 67, Inciso 16, hay una potestad federal no concurrente, la de la planificación universitaria, pero, por el Artículo 107, “in fine” (el único autor que se ha ocupado de este tema, destacado administrativista argentino es Benjamín Villegas Basa-

vilbaso), las Provincias tienen una potestad conservada muy valiosa que se refiere a lo que pueden: "Y con sus recursos propios".

Cuando la Provincia está manejando sus recursos propios, que pueden ser no sólo económico-financieros, porque los argentinos estamos ya tan deformados que sólo vemos el color económico-financiero, pueden ser recursos naturales, de todo tipo, de subsuelo, energético, el agua, etc.; la Provincia recupera la plena potestad conservada, no reservada. No es un pacto, es una ley. La Constitución Argentina no es un pacto, es una ley, la ley suprema; es la unión indestructible de Estados indestructibles.

Ahí, las Provincias, entonces, conservan su plena potestad. Decía Benjamín Villegas Basavilbaso, yendo a lo económico-financiero, si una Provincia ha dado un régimen de promoción industrial, incluso si se ha visto restringida en la recepción de tributos para estimular, adquiere una potestad de policía especialísima sobre esa industria, sobre esa actividad que ni el Estado Federal puede menoscabar ni supervisar. Porque si una Provincia está dando de sus recursos el sustento de esa actividad, no necesita tener ninguna autorización del Estado Federal. Esa es mi postura de siempre y que lo he sostenido en un trabajo en colaboración llamado *El Poder Financiero de la República Argentina*, publicado por la Universidad Nacional de Córdoba.

3. El Estado Federal puede suscribir un tratado, que no estará específicamente entre los tratados del 107, con una o más Provincias. Pero si la Provincia tiene ya que vincularse con un Estado extranjero no puede soslayar la jurisdicción formal del tratado que está a cargo totalmente del Estado Federal (Artículo 67, Inciso 19 y Artículo 86, Inciso 14), porque el único representante de la unidad nacional frente a los demás Estados de la Tierra es sólo el Gobierno Federal, con todos los recaudos de la Constitución Nacional.

La Provincia no puede celebrar un tratado con un Estado extranjero; pero, en cambio, ello no significa que ese tratado con el Estado extranjero no deba seguir un camino metodológico que comenzó siendo, a lo mejor, un convenio intermunicipal o un pre-convenio de un convenio interprovincial, y luego el Estado Federal lo presenta. El tratado del San Lorenzo entre EE.UU. y Canadá es un ejemplo precioso de camino formativo que respeta la estructura federal y el interés municipal, que es, en definitiva, el del hombre en su inmediatez.

Primero las Comunas, un pre-convenio, tras ese paso los Estados y luego convienen el Estado Federal, EE. UU., y el Estado Federal, Canadá. Todo armado desde el plano municipal y provincial.

El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en

conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en esta Constitución. Así reza el Artículo 27 de la Constitución Nacional que debe armonizarse con el Artículo 31 de la misma.

No hay ningún inconveniente que haya toda una elaboración de Derecho Público "intra", antes de ir a la elaboración "inter". Este es el método que incluso creo que surge de la propia Constitución, pero no hay que confundir aquí la sustantividad del convenio que puede ser elaborado desde "intra" a "inter", con la potestad jurídico-formal, que, cuando se trata de una convención o tratado con una potencia extranjera, requiere ineludiblemente la presencia del Estado Federal, pero un Estado Federal que tiene que ajustar ese tratado a los principios de Derecho Público, en su integrabilidad.

Justamente, cuando se estudia este tema, debe destacarse que, en todas las ramas del Derecho Público Argentino, todos los autores debieran encabezarlas así, "es la parte del Derecho Público interno", ya que el sistema argentino de la Constitución es una sistemática de Derecho Público interno. Aún ese tratado se tiene que incorporar al bloque de la legalidad del Derecho Público interno, porque a diferencia de la ley fundamental de la República Federal Alemana, de la Constitución de la India y de la de EE. UU., no hay tratados ratificados por el Senado, sino tratados que antes tienen que convertirse en ley y por eso entran en el sistema del Artículo 31, como "ley" en un sistema jerárquico normativo.

El constituyente argentino le ha otorgado contextualmente gran riqueza al Artículo 31, porque ubicó perfectamente el tratado como ley; en definitiva es una ley, y una ley, consecuencia de la Constitución. Vale decir, entonces, que la unidad de tratamiento de ese tema no debe confundir; no debe impedir que, en menoscabo de las instituciones primarias, queden soslayadas, se avance sobre ellas y se impida que también construyan el tratado, sustantivamente considerado.

4. Un caso muy interesante que creo es realmente notable. Alemania Federal no tiene Constitución, tiene una ley fundamental sancionada por la mitad del pueblo alemán y por eso mismo no se autodenomina Constitución; pero indudablemente es uno de los grandes instrumentos de los Estados Federales contemporáneos, que realmente es para meditar: la clara distinción de los tributos, como se les ha garantizado a los "Lander" o Estados o Provincias, como ellos les llaman justamente, la autonomía económica-financiera, sin la cual la realidad "Provincia" no existe.

Precisamente la misma Constitución federal o ley fundamental garantiza también los tributos de origen municipal, porque tampoco hay Municipios si no tienen su fuente de recursos. Alemania Federal poco tiempo después, más o menos a 10 años de sancionar su Constitución del 49, firma

el tratado del Rín, y no advierte que alguno de los "Lander" que están sobre la ribera del Rín hubieran iniciado un plan de Obras Públicas. Entre ellos está uno de los Estados más pequeños de la República Federal Alemana, el Estado de Baden-Baden: Más pequeño en territorio y en población. El tratado congelaba precisamente toda obra pública sobre el río Rín.

Baden-Baden no sólo había hecho un sistema de uso del agua y de recreo sobre el Rín, aprovechando del agua para uno de los fines últimos, como es el fin recreativo, sino que había hecho un puerto local, donde estaba totalmente involucrada una pequeña comuna o municipalidad. Llevado el tema a la Corte Constitucional Alemana, declaró inconstitucional el tratado del Rín suscripto ya por el Gobierno Federal, porque no había obtenido previamente el pre-convenio de la comuna con el Estado de Baden-Baden, y el pre-acuerdo con Baden-Baden, con respecto al Tratado Internacional.

Este caso es muy interesante, porque Alemania tuvo otro problema muy serio, cuando se incorporó al Mercado Común. Alemania había previsto todo, menos una serie de compromisos que habían contraído los "Lander", antes del Mercado Común, incluso con convenios — diríamos así — interestaduais que hasta ese momento, podían realizar por su "status" anterior.

Otro caso importante fue el caso del tratado sobre el río Danubio. Los países hicieron el planteo de que tenían compromisos anteriores adquiridos con las comunas. Y las comunas en Europa no tienen la fuerza, no tienen la presencia que tienen el régimen municipal argentino. No hay que confundir lo sustantivo de la cuestión con lo potestativo jurídico-formal; la verdadera solución está en permitir el crecimiento de distintas dimensiones. Uno de los grandes errores que han tenido estudiosos del federalismo argentino, los grandes críticos, es creer que el federalismo se da en una especie de tabla-plano única como si fuera una mesa: si avanzan las Provincias disminuye el Estado Federal, si avanza el Estado Federal disminuyen las Provincias.

No; están en distintos planos: el crecimiento de las Provincias hace crecer el Estado Federal, crecen en distinto plano. Lo importante es no confundir a los distintos planos y permitir que se fecundicen simultáneamente.

Así como el Estado Federal no debe tener ni las potestades tributarias ni las potestades consecuenciales que no le correspondan, de la misma manera las Provincias deben tener todas las potestades que le permitan a su vez su subsistencia como tales. Y desde ese punto de vista, cada vez que se intente un convenio con un Estado extranjero se tiene que hacer un juicio de valor, sobre si no está involucrado un centro de interés común, con la Provincia en primer lugar, y, a su vez, la Provincia debe hacer un juicio estimativo para advertir si no aparece involucrado un centro de interés

común con el Municipio. Esto es lo que llamamos la Tesis de la Nueva Dimensión y significa que debe haber una coordinación convencional previa intraprovincial, antes de pasar a un plano inter-jurisdiccional internacional.

Es la solución del Artículo 27. No estoy afirmando ninguna cosa novedosa: el Artículo 27 le dá la potestad exclusiva al Gobierno Federal en consonancia con lo señalado hace un momento, en relación con el Artículo 67, Inciso 19 y el Artículo 86, Inciso 14; las Provincias no pueden celebrar convenios internacionales, pero eso no significa que el Estado Federal celebre convenio y después ajuste cuentas hacia abajo. Debe construirse el convenio desde el plano municipal, si corresponde; desde el plano provincial, en su caso. A su vez, en un convenio interprovincial, debe advertirse si no aparecen involucradas las comunas. Si se está formando un convenio intermunicipal, debe comprobarse si aparece interesada la Provincia o si es simplemente un problema de interés intermunicipal.

¿Como se puede lograr esto? Se puede lograr por tres caminos distintos. Se puede establecer claramente un objeto. El objeto de interés común debe quedar perfectamente prefijado. Como en los contratos de sociedad que exigen el objeto definido, aquí también tiene que aparecer un objeto preciso.

Si el convenio es de múltiples objetos, cada objeto debe tener un capítulo separado. Se establecen pautas básicas y luego se elaboran cláusulas que llamamos programáticas. A partir de allí, una vez que se ha puesto de acuerdo el sector intranacional, ya puede el Estado Federal, en su caso, celebrar el tratado internacional y luego surgirá una derivación normativa, "ad-intra" provincial e incluso vinculada con el Municipio.

Otro sistema consiste en convenir desde el plano inferior, municipal, y luego reelaborarlo hasta el plano provincial y de éste al plano federal. Ese método se llama Método del Modelo y de las legislaciones paralelas. Se prepara un modelo de convenio, bastante detallado. Son generalmente modelos estatutarios: en el caso sobre todo cuando hay problemas de cierta complejidad. Luego cada uno dicta la norma paralela. Por ejemplo, si se debe concluir un convenio entre los Municipios, se incorpora a la supra-norma, el prototipo, y después automáticamente lo adoptan las partes signatarias.

Por ejemplo, un problema que se le pueda presentar a una Provincia, Misiones con Corrientes. Nuestro país como Estado Federal, frente al Paraguay: el problema de Corpus. Supongamos también que Misiones tuviera una legislación de avanzada; un código ecológico de excelencia. Lo propone como modelo, lo adopta Corrientes, y ese es el proyecto que presenta la Nación Argentina. Siempre se busca optimizar el modelo para presentarlo para el convenio.

Este sistema es el que han adoptado justamente EE. UU. y Canadá, en el sistema del San Lorenzo: Cuenca hídrica, fluvial y lacustre.

Cualquiera de las comunas ribereñas, vamos a suponer de la zona de los grandes lagos del San Lorenzo, ha descubierto que hay que preservar la vegetación de tal tipo; propone su normatividad, porque la han creado a ese efecto, después la adoptan todas las comunas, la adopta el Estado local y el Estado local se la presenta al Estado Federal y este se la propone al Canadá, que a su vez la incorpora.

Es un tema aparentemente complejo, pero no lo es tanto. Lo importante es que se adopta la norma de optimización. El ente que ha llegado a un grado de regulación óptima, automáticamente obliga a todos los que están vinculados por interés común. Puede haber antes de ello una norma *cuadro* donde se prevea que la regulación óptima de cualquiera de los signatarios trae la obligación de la adopción por parte del otro, una vez que éste lo ha comprendido. O puede haber, como en el viejo sistema, una Convención "Ad Hoc". Puede surgir un problema, de improviso, aparecer una gran dificultad o un conflicto. Entonces ahí se construye, por el mismo sistema de siempre, la norma imperativa común "ad hoc".

La Convención "Ad Hoc" tiene un inconveniente: que obliga luego a imponer hacia abajo toda esa normativa. Creo que a nosotros los argentinos, que tenemos imaginación para tantas cosas, nos está faltando sistematizar bien estos conceptos.

5. En el Artículo 67 de la Constitución Nacional, facultades del Congreso, los primeros seis incisos se vinculan con el Artículo 4.º Y está bien. El constituyente tenía un método. Repite el esquema de los tributos y lo repite invertido. Hace un esquema de inversión simétrica, muy interesante.

Alguna vez hay que ponerse a leer con interés el proyecto de Gorostiaga de 1853; y luego el famoso inciso 8º del Artículo 67, subsidios a las Provincias. Muchos no saben o no quieren saberlo, que el inciso 8º "Acordar subsidios del Tesoro Nacional a las Provincias cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios", se vincula con el Artículo 4º que dice que: "El Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional . . ."

En realidad se habla pensando así: "El Gobierno Federal provee a los gastos del Estado Federal con los fondos del Tesoro Federal."

Entonces la gran discusión: se quería formar dos tesoros como hoy tiene EE. UU., el Tesoro Federal y el Tesoro Nacional. Por ejemplo, todo el sistema de irrigación corresponde al Tesoro Nacional, aportan todas las Provincias: los Estados que pueden más y los que aportan menos, y la otra parte es a cargo del Tesoro Federal. Pero, en definitiva, optarán por un solo Tesoro: el Nacional.

Las consecuencias son claras. California (cuyo territorio es en buena medida tierra pública), la mitad es tierra sin riego, que se la riega con fondos del Tesoro Nacional. Así se hizo el proyecto del Tennessee, en un supuesto ejemplar.

En cambio, nuestro país al tener un solo tesoro, que es el Tesoro Nacional, no pertenece sólo al Gobierno Federal, sino que las Provincias son dueñas del Tesoro Nacional como lo es el Estado Federal. Este es el administrador del tesoro. Pero no tenemos Tesoro Federal, sólo tenemos Tesoro Nacional. Y el constituyente no ha usado la palabra "Nación" como sinónimo de "Estado Federal". De ello se deduce que el Inciso 8º del Artículo 67 de la Constitución Nacional entraña un derecho provincial.

El constituyente en el Artículo 67 formula una precisa y clara definición. Lo Federal para la Constitución es lo interprovincial, o lo que corresponde al Estado Federal como representante de toda la Nación en el marco de las relaciones internacionales. Por eso la "cláusula comercial" es tema federal; por eso la regulación de los ríos navegables, que no se debe confundir con el dominio, es asunto federal, como lo es naturalmente la presentación exterior.

Tenemos una tesis argentina, de Derecho Positivo, que está incorporada en el tratado de Yaciretá. Me refiero a la forma de concretar el iter formativo de los Convenios. Retorno así, tras la disgresión crítica hecha, al tema básico.

En el Tratado de Yaciretá, el Artículo 18 dice así: "Las altas partes contratantes a través de los protocolos adicionales o de actos unilaterales circunscriptos a las áreas de sus respectivas soberanías, adoptarán las medidas necesarias para el cumplimiento del presente tratado, especialmente aquellas que tengan relación con aspectos: a) diplomáticos y consulares; b) administrativos, económicos y técnicos; c) fiscales y aduaneros; d) urbanos y de vivienda; e) trabajo y seguridad social; f) tránsito a través de la frontera internacional; g) policía y seguridad; h) control de acceso a las áreas (que no nos interesa tanto, porque está concebido el sitio como un lugar adquirido, Artículo 67, Inciso 27); i) pesca y conservación de los recursos ictícolas y de turismo".

No menos de siete de estos rubros son de competencia provincial. ¿Como lo ha hecho entonces nuestro país? Siguiendo un poco el modelo de Salto Grande y, en cierta medida, el de Itaipú, entre Brasil y Paraguay. Ha surgido antes el convenio internacional y luego de él se derivan protocolos adicionales, incluso estos comunicados automáticamente y que, recibidos, forman parte del tratado. Este tratado ha sido pensado dinámicamente para hacerlo cumplir progresivamente.

Pero me preocupan no tanto los protocolos adicionales sino los actos unilaterales. Y aquí es donde postulo las Tesis de la Legislación paralela o

la de la Nueva Dimensión. Los planos del orden municipal, provincial y federal crecen respetando intereses propios y creando los comunes.

Si, por ejemplo, la Ciudad de Posadas tiene una legislación adecuada en materia urbanística para hacer su nuevo plan, el tratado de Yaciretá tiene que respetar ese plan y tendrá que hacer el traslado de las industrias que han sido alcanzadas por el anegamiento a una zona industrial pre-establecida por la ciudad, si es que la ciudad así lo decide.

Este no es un problema sólo de ejercicios de potestades, en el sentido jurídico-formal. Vuelvo a repetir: el Estado Federal tiene una potestad de la que ha hecho uso; pero el Estado Federal, en el caso del Tratado de Yaciretá, debió sustantivamente y en forma previa lograr el acuerdo de todos los intereses en juego. ¿Qué hicieron Canadá y EE.UU.? Con relación al Canal de San Lorenzo (Canal de San Lorenzo que está pleno de pueblos y ciudades) resuelven: ajustar — de acuerdo a las normas constitucionales correspondientes — por convenio federal-provinciales o provinciales-estadales y también municipales y regionales, los acuerdos necesarios previos al acuerdo internacional que sólo entonces quedará completado. Se planeará también todo el área al oeste. Se refiere en este caso a servicios, ferrocarril del Masena — Estado de Nueva York — al oeste de Irokwa, Provincia de Ontario. Y eran dos países federales como el nuestro.

6. Deben ser incorporados todos los entes que determinen los gobiernos locales y federales, se refieren en esta caso a servicios, ferrocarriles, etcétera.

En todos los casos, la coordinación convencional interna en cada Estado Federal es previa al Tratado internacional definitivo.

No podemos desconocer la potestad del Estado Federal para suscribir el Convenio o Tratado Internacional, pero no debemos soslayar la pre-existencia del Estado Provincial, la existencia de la Municipalidad, máxime frente a un interés objetivo que la propia legalidad ha conferido — en el sistema de Derecho Público Interno — a la Provincia, al Municipio.

Esta convergencia, forma de Federalismo concertado, debe nacer del Estado — diríamos así — que está en más contacto con el hombre. Lo cual no significa que si existe un punto de interés común supra-municipal, el Estado Provincial no lo regule, de la misma manera que se legitima para el Estado Federal la atención de todo asunto interprovincial.

Debe comenzarse siempre reconociendo la existencia de la entidad municipal.

Asimismo, más allá del plano municipal o interprovincial, una Provincia puede requerir la concertación con otra para interés común.

Puede ocurrir en un momento determinado la regulación ecológica que pueda dictar Misiones, no puede ser compatibilizada, y dicta también su regulación ecológica Corrientes.

Un intercambio entre los dos Estados, a ese efecto, exigiría siempre seguir los caminos señalados.

Una solución del tipo legislación paralela: esta dicta un Código óptimo y la otra lo adopta, o un Código óptimo común y con los ajustes necesarios, si hay un problema particular.

En definitiva, debemos formularnos toda la problemática posible y tenerla en vías de solución, en la medida que aparecen cuestiones de interés común, en tanto surjan temas nuevos, proponer siempre la posibilidad de que el Municipio sea interlocutor; esto no significa que este pueda sustituir a la Provincia, ni se pueda sustituir al Estado Federal, en su caso.

7. La mejor posibilidad práctica parte de una buena formulación teórica.

Así he querido hacerlo, en general, para su aplicación a un supuesto real que preocupa. La problemática metropolitana que, en nuestro País, se muestra tan rica con respecto al conurbano de la Ciudad de Buenos Aires.

Aquí surge un desafío, cual reto intelectual a los hombres de Derecho.

Para no perder la visión de ojos nuevos que requieren problemas actuales o de proyección futura.

Estimo: el interrogante de la región o "área" metropolitana del Plata o "bonaerense" — que es en definitiva, la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano de los Partidos adyacentes de la Provincia homónima — debe tener respuesta de Derecho.

Ella puede ser de "Constitutione lata" o "ferenda". En el primer supuesto, el único camino transitable es el de la concertación, por uno de los "iter" metódicos enunciados. En el segundo, se impone una previsión programática con las pautas indispensables en el texto constitucional, a incorporarse en su Reforma.

A este objeto, el dispositivo debe ser marco flexible, pero respetuoso del sistema principista enunciado. Y no sólo pensado por el caso "bonaerense", sino para los que puedan presentarse (v. gr. Córdoba, Rosario, Mendoza, Tucumán, etc.).

El principio ya enunciado de centralización normativa común ("ius edicendi") y descentralización ejecutoria ("jus agendi") se impone.

Hacer fecundo nuestro Federalismo es el desafío de los argentinos.

Dios quiera que esta rica problemática lleve a crear, en el tiempo, un Instituto de Investigación que veo adscripto al Senado de la Nación, que debe ser custodio del Federalismo Argentino.

Constituição sintética ou analítica?

FERNANDO HERREN FERNANDES AGUILLAR

Advogado em São Paulo

Nesta análise, a resposta à questão enfrenta três distintas mas interativas ordens de indagação: em primeiro lugar, processo político, longevidade constitucional e mudança social são analisados naquilo em que mutuamente dependentes. Segue-se-lhes uma revisão da linha evolutiva da Constituição como documento político, de forma a vincular a extensão de seu texto à atualizada perspectiva funcional da Lei Maior. Por fim, acumulando a incumbência de responder conclusivamente à pergunta inicial, discutem-se os limites da ordenação constitucional.

Desde logo convém assinalar que a linha argumentativa adotada se justifica a partir da reflexão sobre algumas das críticas mais relevantes dentre aquelas que provêm dos sinteticistas.

I. *Processo político, longevidade constitucional e mudança social*

Um dos argumentos herdados do Estado liberal e hoje ainda fluente nos debates quanto à extensão do texto constitucional se baseia na afirmação de que a Carta sintética, de princípios elevados e transcendentais, tem o mérito de permitir que as mudanças sociais se realizem sem que se altere o mecanismo do processo político (1). Duas são as ilações primeiras da

(1) Citado por José Carlos Moreira Alves no discurso inaugural da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, in *Revista de Informação Legislativa* nº 93/87, pp. 10 e 11.

assertiva: de início, desvincula-se a engrenagem social do processo político. A vantagem, segundo os liberais, reside justamente em que, sendo os preceitos constitucionais de tal forma genéricos e universais, o texto constitucional assistirá intacto o entra-e-sai do jogo político. A segunda observação vem nos dizer que a estabilidade constitucional, em si mesma, significa um benefício à coletividade. Neste aspecto, há autor que afirma ser a instabilidade de nossa vida institucional reflexo direto do contínuo emendamento das Constituições (2).

A afirmação de que esses argumentos se identificam ao pensamento liberal tem justificativas históricas. A doutrina liberal, em linhas gerais, informa o processo de ruptura de um sistema corporativista, vigente até o século XVIII na Europa, onde o princípio da liberdade surgia como garantia indispensável à ascensão burguesa. O pensamento individualista liberal se voltava contra o Estado absoluto, e a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, corporificava o próprio espírito do desejo de contenção daquele poder até então irrefreado. O decorrer do tempo revelou, no entanto, que a contenção do poder estatal e a liberalização das forças econômicas privadas, garantidas por princípios genéricos e abstratos, favoreceram exclusivamente ao segmento burguês-capitalista. Na realidade, o que se deve considerar é que a aquisição de garantias de um espaço político pela burguesia era o ingrediente residual para a consolidação do poder econômico que já detinha, mesmo antes da ruptura. Dessa maneira, a fórmula individualista consignada no direito positivo da época nada mais era do que a instrumentação jurídica de um pensamento político que visava garantir um espaço conquistado. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, as declarações dos direitos fundamentais do homem “postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza” (3). A idéia de mobilidade social era estranha à mentalidade do homem da época, daí por que “nestas condições” — deduz EROS GRAU — “a uma visão estática dos fatos sociais apenas poderia corresponder uma visão também estática do direito” (4).

(2) CLAUDIO PACHECO — “Excessos da Instabilidade Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa* n.º 93/87, pp. 31 e ss.

(3) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, São Paulo, p. 130.

(4) *Elementos de Direito Econômico*, Ed. Revista dos Tribunais, 1981, São Paulo, p. 10.

O pensamento humanístico que tem norteado desde então o abandono dessa retórica individualista e conservadora influenciou, no campo jurídico, para que o direito se afirmasse decididamente como ciência dinâmica, com o papel indelegável de encarnar o contínuo evoluir do ambiente social. Dentro do regime democrático, essa nova forma de enquadramento da função do direito vem representar a substituição da legalidade pela legitimidade como critério da realização do justo.

Parece evidente, neste ponto, que a realização da mudança social depende de uma opção política que efetivamente a permita. A concepção de um direito petrificado, sob esse ângulo, representa a própria negação da possibilidade de ruptura da estratificação social, do que resulta não se poder cogitar na viabilização de mudanças sociais sem que se mexa nos mecanismos do processo político. O retorno à reivindicação liberal oitocentista de princípios constitucionais abstratos e elevados, intangíveis à realidade prática, nada mais figura do que a manifestação de uma vontade política de manutenção da situação vigente, da perpetuação de uma *determinada ordem*.

Contra uma tal perspectiva retrógrada é que o direito, na sua manifestação positiva, deve incorporar o embate dialético do processo político conjuntural na sua inteireza e nunca dele se esquivar. Resulta que o texto constitucional, como expressão jurídica positiva do próprio sistema político, deverá também atender aos pressupostos informadores do direito dinâmico e *não estático*.

Antecipo-me aqui a uma crítica possível: se defendo a utilização da Constituição como instrumento da mudança social, certamente estou a indicar que o direito é agente influenciador do meio, o que pode parecer conflitante com a idéia de que, como conceito dinâmico, é o direito que deve assimilar as manifestações do progresso social. A crítica, desde já, não pode ser aceita pelo motivo de que não há contradição alguma entre uma e outra posição. Se o direito deve refletir a complexidade da estrutura e ela traduz, legitimamente, a reivindicação de mudanças, será função inderrogável da Carta política providenciar o aparato jurídico necessário à rea-

lização continuada e progressiva dessa vontade popular. O que importa no caso é a legitimidade da manifestação.

Já no que toca à crítica que associa instabilidade constitucional e desequilíbrio institucional é conveniente ponderar até que ponto a relação se dá no sentido pretendido. Parece-me bastante plausível que uma Carta política, como tal, deva vigor apenas enquanto coerente com as aspirações públicas, como já analisado. Aí, então, falo de legitimidade: a Constituição será duradoura necessariamente apenas até o limite de sua legitimidade, e não mais. O que ocorre entre nós, porém, é uma secular crise do legítimo, que responde em parte por nossa própria deficiência institucional. Longe de terem sido a razão da instabilidade do País, o emendamento e a sucessão de Cartas são o próprio reflexo da fraqueza das instituições e do poder político. As Constituições brasileiras, em testemunho, coincidem rigorosamente com as históricas oscilações do nosso quadro político: a Constituição Imperial de 1824 foi o resultado necessário da Independência, em 22, e vigeu até o momento em que o Brasil se tornou uma República, em 1889, o que suscitou a Constituição de 1891. Esta durou até que a Revolução de 1930 destituiu a 1.ª República e, sob a liderança de Vargas e em meio às pressões do Movimento Constitucionalista, forjasse a efêmera Carta de 1934. Sucedeu-a o texto de 1937, comprometido com a ordem ditatorial do Estado Novo. As influências universalmente verificadas ao final da II Guerra Mundial precipitaram a nossa Constituição de 1946, que duraria pouco mais de vinte anos, quando os militares, então, outorgaram a vigente Carta de 1967.

Como se vê, a defesa da longevidade da Constituição brasileira tem pouquíssimas chances de vingar a partir da mera limitação formal de sua extensão. Em primeiro lugar, porque a durabilidade do texto não representa ela própria uma vantagem desejável do ponto de vista dinâmico do direito. Em segunda plana, porque quando se atropela o princípio da legitimidade numa sociedade desestabilizada, as Constituições escritas sucumbem ao devário político, que fará tantas Cartas quantas forem as quedas.

II. *Função e dimensão constitucionais*

Como instituto político, a noção de Constituição não pode ser fragmentada em elementos e aspectos desvinculados entre si. Em outras palavras, uma Constituição é a versão final elaborada e coerente que deflui de uma concepção política, seja ela legítima ou não. Assim é que, de suas origens

históricas, observamos que significou necessariamente, fomentada pelo ideal burguês, um instrumental da contenção do poder estatal hipertrofiado.

Esse estado de coisas na concepção generalizada sobre a organização social teve como marco histórico do seu declínio, no plano do constitucionalismo positivo, a promulgação das Cartas mexicana, em 1917, e de Weimar, em 1919. Afastando-se de sua concepção primitiva, a Lei Maior passou a funcionar como elemento regulador do poder em si, pouco importando sua origem estatal ou privada.

Dentro da teoria constitucional, isto correspondeu ao aparecimento de pelo menos duas importantes inovações: a introdução de princípios programáticos e a preocupação com sua efetividade. Esses princípios atuam como elemento aproximador do concreto das diretrizes políticas da Nação. PONTES DE MIRANDA aponta que as normas programáticas cumprem o papel de afastar a concepção liberal que esvaziou o Estado de fins precisos⁽⁵⁾. Para a realização da democracia nas sociedades hiperburocráticas contemporâneas é necessário que as manifestações do poder econômico estatais ou privadas exerçam umas sobre as outras equilibrada contenção. Os princípios programáticos visam estabelecer, e em alguns casos recuperar, prerrogativas coletivas mínimas, valendo-se a um tempo das suas características de instrumental imediato da pretensão de indivíduos e entidades perante o Judiciário e de orientador da atividade legislativa ordinária. Não se ignora que há determinados preceitos programáticos que não são aptos a balizar diretamente direitos subjetivos, todavia, quando me refiro a instrumentação de pretensões em juízo, quero significar também as normas que, embora dependentes de regulamentação, não deixam de ser imediatamente aplicáveis como informadoras da hermenêutica jurídica.

Mais do que isso, as normas constitucionais dessa espécie sedimentam a vocação política de um povo: é absolutamente indispensável que se diga às claras o que se quer e o que se não quer, o que se elege como justo e como condenável para a consciência coletiva do País. Daí decorre a preocupação em tornar os princípios viáveis no plano fático, em tirá-los da magnificência inerte da pretensão liberal de conciliar desenvolvimento econômico a todo custo e apaziguamento social. A função renovada da Lei Maior demanda seu aparelhamento de mecanismos de efetivação e compulsoriedade de suas normas.

(5) *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, p. 127.

Neste ponto importa refletir se a adoção de princípios programáticos e instrumentos de sua efetivação representa, no corpo físico da lei, um volume de artigos suficiente para caracterizá-lo como enxuto ou prolixo. É importante dizer: as normas programáticas representam apenas uma das categorias de preceitos constitucionais. Na classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, as normas constitucionais podem ser plena, contida ou limitadamente eficazes ⁽⁶⁾. As normas programáticas compartilham, com as de princípio institutivo, a subdivisão desta última categoria.

Uma Constituição abrange, essencialmente, princípios políticos diretamente expressos ou embutidos em preceitos que deles decorrem. Para o publicista, a esse título, os artigos de 8.º a 152 da Emenda n.º 1/69 são todos derivados dos princípios expressos nos anteriores artigos 1.º e seu § 1.º e 6.º ⁽⁷⁾. A regulamentação do funcionamento dos poderes públicos, do regime de governo, do sistema eleitoral, da administração pública, dos partidos políticos, entre outras, conquanto vinculada a orientação política, é comum a todo regime estabelecido. Haverá diferenças no tratamento desses princípios por parte de cada país, daí ser possível que o texto seja mais ou menos extenso, mas a regulamentação existirá em qualquer Constituição escrita.

Aos princípios de ordem programática cabe um espaço restrito no bolo constitucional. Certamente que, sob a ótica social, como visto, a preocupação em aproximar do viável as garantias constitucionais fará com que o texto se estenda mais nesse ponto. Não considero essa maior abrangência, todavia, suficiente para qualificar uma lei como extensa ou prolixa em excesso, uma vez que terá influência limitada na conformação global.

A mentalidade sinteticista, explorada pela dogmática liberal, se vale de recursos diversos na tentativa de valorizar o ideal de uma Constituição singela. Em alguns casos a estratégia envolve a disseminação de uma distorção histórica, acompanhada de arazoados pouco técnicos, apenas suficientes para impor ao leigo a reverência ignorante a uma verdade superficial.

Tal é o que se verifica com o verdadeiro dogma que envolve a Constituição americana. Duradoura — completa este ano dois séculos de vigência —, os sete artigos em que foi originalmente concebida ainda se prestam

(6) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 72.

(7) *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, cit., p. 108.

para o convencimento generalizado de que o remédio milagroso e indiscutível existe: quanto menor melhor. No que toca à longevidade, o assunto já foi suficientemente abordado para descartá-la como vantajosa. No caso específico, porém, é útil apontar os inconvenientes menores da esclerose constitucional. Ora o texto se torna obsoleto por se preocupar com temas anacrônicos — a pirataria (art. 1.º, seção VII) —, ora por não acompanhar a evolução da técnica legislativa, como quando transcreve todo o juramento de posse do presidente (art. 2.º, seção V, item 8), ou impõe punições ao parlamentar desordeiro (art. 1.º, seção V, item II), que melhor cabem num simples regulamento administrativo. Em verdade, os sete artigos de 1787 foram o resultado final de um debate político que visava decidir se os treze Estados americanos de então se submetteriam a um poder central ou não. Nesse pioneiro documento se tratou essencialmente de regulamentar a adoção de um regime federal. Aos poucos a forma original foi sofrendo alterações e acréscimos, atualmente somando 26 emendas. Não há exatamente um sinteticismo constitucional absoluto, um punhado de artigos dotados de uma capacidade de concisão a ser imitada. O texto não dispensa a regulamentação das temáticas políticas fundamentais na estruturação do Estado. Para tanto, seus trinta e três dispositivos se subdividem em seções e estas em alíneas, de forma que o texto constitucional acaba por esmiuçar significativamente as matérias que regula.

Ademais, o exemplo recorrente da Constituição americana não se presta às características do sistema jurídico romano-germânico que vige entre nós. É da essência do sistema de inspiração anglo-saxônica, ao contrário do nosso, a lei não escrita, a que decorre da permanente interpretação jurisprudencial. A propósito, a Inglaterra não possui efetivamente uma Constituição escrita unificada, senão alguns textos legais esparsos de cunho reconhecido como constitucional como a Magna Carta, de 1215; a Lei de *Habeas Corpus*, de 1679; e a Lei sobre o Parlamento, de 1911. Da mesma forma, seria possível não existir uma Constituição americana escrita. Como tem defendido o próprio AFONSO ARINOS, a verdadeira Constituição americana está contida nos duzentos volumes de jurisprudência que orientam toda a estrutura jurídica dessa Nação.

III. *Limites da ordenação constitucional*

Não há evidentemente nenhuma fórmula exata para estabelecer piso e teto do texto ideal. O que se sabe é que cada país exige, em dado momento,

uma regulamentação peculiar de suas instituições. Já vimos também que a legitimidade deve circundar tudo que se refere a elaboração constitucional, razão por que a preocupação deve ser muito maior em materializar anseios populares, numa democracia, do que em tornar a lei perene e intocável.

A via constitucional deve ser ampla e genérica, permitindo (e exigindo) regulamentação inferior. Deverá, todavia, ser factível e concreta o suficiente para ter aplicabilidade apesar da ausência dessa regulamentação. Os preceitos constitucionais também devem ser um todo coerente: não há eficácia (a não ser para os que não a desejam) na norma que confere à propriedade uma função social ao mesmo tempo em que outra disposição caracterize o domínio como um direito. É inútil assegurar ao trabalhador o direito a uma vida digna (como se sem a previsão constitucional não o tivesse o trabalhador na condição de homem) se não se lhe atribui o tempo necessário para dedicar-se à sua família, seu lazer, seu desenvolvimento cultural. Nada vale a garantia de liberdade individual se os únicos que dela desfrutam não precisam de nenhuma lei para assegurá-la. Da mesma forma imprestável aos anseios populares a determinação de que o legislador ordinário assegurará aos trabalhadores o direito de participação nos lucros societários se nenhuma norma superior concede aos interessados qualquer prerrogativa jurídica pela omissão do Parlamento.

Sob a concepção político-funcional da Constituição democrática é incumbência da Lei Maior a compatibilização de tais princípios, com o compromisso de efetividade, relegando-se à lei ordinária a função regulamentar sempre orientada pelo Poder Constituinte legítimo. Esta, a razão última por que inaceitáveis os argumentos dos que querem relegar todos os pontos polêmicos à regulamentação legislativa inferior. Para os mais céticos, a prova conclusiva da eficiência da Constituição como instrumento de reformas sociais é a própria oposição que os segmentos conservadores exercem sobre a pretensão de fortalecê-la ou estendê-la, na perspectiva de estabelecer, afinal, um mínimo equilíbrio econômico-social.

A nossa futura Lei Maior deve entrar no mérito do fortalecimento do sistema de ensino, da valorização do Judiciário, da reforma dos sistemas eleitoral, tributário, agrário, urbano etc. Não se trata, evidentemente, de pleitear uma Carta minuciosa, mesmo porque a defesa de uma Constituição sintética ou analítica, em si mesma, não diz nada. O que importa é que a Lei Maior seja verdadeiramente adequada à realização dos interesses legítimos do povo, etimologicamente o detentor do poder numa democracia.

Constituição americana: moderna aos 200 anos

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito "Milton Campos"

Hoje, 17 de setembro, é um dia importante no mundo do Direito Constitucional e da Ciência Política: a Constituição dos Estados Unidos da América está comemorando o seu bicentenário de vigência. Pioneira em vários assuntos, ela integra a Revolução Anglo-Franco-Americana que mudou os destinos do mundo.

O n.º 94, correspondente a abril/junho 1987, da *Revista de Informação Legislativa*, do Senado Federal, publicou, em suas páginas 69 a 78, artigo de minha autoria sobre o início das comemorações do bicentenário da Constituição dos Estados Unidos da América. Naquele trabalho, já transcrito em revistas jurídicas do Brasil e de Portugal e apresentado em Seminário de que participei em agosto último na New York University, focalizei três aspectos de realce no estudo da Suprema Lei dos americanos, a saber: a) sua importância no estudo do Direito Constitucional Geral, por ser a primeira Constituição orgânica (ou escrita) do mundo, por ser a primeira Constituição a consagrar, na prática, a Doutrina de Montesquieu, com a separação clara dos três órgãos do Poder do Estado e por ter sido a criadora do primeiro Estado Federal do mundo; b) a sua classificação como orgânica sintética, legítima e rígida; e c) os destaques de seu texto enxuto e básico.

Hoje, 17 de setembro de 1987, dia exato do 200.º aniversário da Constituição americana, quando todas as cidades dos Estados Unidos comemoram efusivamente a grande data, pretendo dizer, em linguagem simples, algo da história, do significado e do desenvolvimento daquele documento que os “Founding Fathers” elaboraram e assinaram na Convenção de Philadelphia, encerrada em 17 de setembro de 1787.

A sintética Constituição dos Estados Unidos tem um curto preâmbulo, sete artigos e vinte e seis emendas. Ela estabelece um *sistema federal*, dividindo o Poder do Estado entre o governo nacional e os governos estaduais. Define também um governo bem balanceado no plano nacional, com a autoridade distribuída entre três órgãos interdependentes e harmônicos — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, representados, respectivamente, pelo Congresso, pelo Presidente e pela Suprema Corte.

Os poderes federais enumerados na Constituição incluem o direito de arrecadar impostos, declarar a guerra e regular o comércio. Além desses poderes *delegados e expressos* na Constituição, a União tem poderes *implícitos*, capazes de possibilitar ao governo atender às mudanças das necessidades do país. J. W. PELTASON, autor de *Understanding the Constitution*, cita um exemplo desses poderes implícitos: o Congresso não tem o poder explícito de imprimir papel-moeda, mas tal poder “está implícito no poder explícito de contrair empréstimos e cunhar a moeda”.

Há ainda os poderes que a Constituição não dá ao Governo federal nem proíbe aos Estados-Membros. Estes poderes *reservados* pertencem ao povo ou aos Estados. Os poderes estaduais incluem o direito de legislar sobre casamento, divórcio e ensino público. Os poderes reservados ao povo incluem os direitos de propriedade e de julgamento por um júri.

Em alguns casos, os Governos federal e estaduais têm poderes *concorrentes*, prevalecendo a autoridade federal em caso de conflito.

A Suprema Corte dos Estados Unidos tem a competência final para interpretar a Constituição. Ela pode declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei — federal, estadual ou municipal — que ferir qualquer parte da Constituição.

A necessidade de uma Constituição

Desde a proclamação da Independência em 4 de julho de 1776, as treze antigas colônias britânicas da América do Norte (Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina, Georgia, New Hampshire, Massa-

chusetts, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania e Rhode Island), transformadas em treze Estados soberanos, passaram a viver sob os “Artigos da Confederação”. Em 1783, quando terminou completamente a guerra contra a antiga metrópole, os novos Estados enfrentavam grandes problemas de sobrevivência interna e de reconhecimento externo.

Cada Estado, como país independente, cuidava de seus próprios negócios sem se preocupar com os outros; havia doze moedas diferentes em circulação na Confederação, todas de pouco valor; Estados vizinhos taxavam as mercadorias um dos outros; a Grã-Bretanha se recusava a reabrir os canais de comércio de que necessitavam as unidades confederadas; os governos dos novos Estados, com o apoio de seus Legislativos, recusavam-se a pagar as dívidas contraídas durante a Guerra da Independência; e o pior de tudo: as pessoas já começavam a pensar em pegar em armas novamente para resolver seus problemas. Os líderes da Revolução imaginavam se a luta contra os britânicos tinha sido em vão. Sentiam que era hora de acabar com a confusão reinante e tentar trazer a paz e a ordem, através da organização de um governo *nacional*. Um novo tipo de governo suficientemente forte para conquistar a obediência interna e ganhar o respeito externo.

Representantes de cinco Estados encontraram-se em Annapolis (Maryland) em 1786 e propuseram que todos os Estados nomeassem delegados para uma reunião em Philadelphia a fim de reverem os “Artigos da Confederação”. O Congresso da Confederação aceitou a proposta e sugeriu que cada Estado selecionasse delegados para uma “Convenção Constitucional”.

A convenção constitucional

A data marcada para a abertura dos trabalhos da Convenção era 14 de maio de 1787, mas poucos dos 55 delegados chegaram a Philadelphia naquele dia. Finalmente, em 25 de maio, a Convenção inaugurou seus trabalhos no prédio chamado “Independence Hall”. Doze Estados haviam respondido à convocação. Rhode Island não mandou representantes porque não queria a criação de um governo nacional que viesse a intervir nos negócios do Estado.

Durante 116 dias, em reuniões altamente secretas, os “constituintes” trabalharam arduamente e, ao invés de se limitarem a rever os “Artigos da Confederação”, elaboraram novo texto em que se criava o primeiro Estado Federal do mundo, forma inédita em que os Estados-Membros cederam a *soberania* à União, conservando para si grande dose de *autonomia* político-administrativa.

Os delegados da "Constitutional Convention", como a chamou ARTHUR SUTHERLAND, em seu excelente livro *Constitutionalism in America*, ao trabalharem no novo texto, basearam-se bastante na experiência adquirida pelos britânicos em séculos de história, e por eles próprios nos duros anos da colônia. Em suas reuniões, eles estudaram os documentos que compunham a Constituição inorgânica da Grã-Bretanha, a começar pela Magna Charta, de 1215, que limitou o poder do Rei João-Sem-Terra e consagrou direitos individuais. As Constituições dos Estados Confederados também foram examinadas e discutidas. Os textos das Constituições de New York (1777) e de Massachusetts (1780), que, em sua elaboração, contaram, respectivamente, com o concurso de John Jay e John Adams, foram usadas como modelos em muitos pontos. Benjamin Franklin trouxe seu projeto de união das antigas colônias sob um governo central, apresentado no Congresso de Albany, em 1754. Washington, que falou muito pouco durante a Convenção, relatou seus próprios problemas durante a Guerra, quando, como comandante-em-chefe das tropas americanas, teve que trabalhar com o governo fraco da Confederação.

Os delegados, quase todos carregando em si a experiência de militar ou de administrador, discordavam entre si em muitos detalhes, mas se uniram firmemente em torno do propósito de criar uma nova administração, capaz de "governar" a nação americana como um todo, respeitando, ao mesmo tempo, as liberdades dos Estados-Membros e do povo.

As grandes discussões

A tarefa de criar um novo Estado não foi fácil de se realizar. Alguns temas geraram grandes controvérsias. Pelos anais da Convenção, compilados e mantidos por MADISON (e estudados com profundidade no Seminário de que participei na New York University), vê-se que, por várias vezes, devido a pontos de vista arraigadamente defendidos, a Assembléia quase se dissolveu. Podemos dizer que cinco foram os principais assuntos polêmicos discutidos e resolvidos na Convenção.

O primeiro deles referia-se à representação dos Estados-Membros no Congresso dos Estados Unidos. Os grandes Estados, tais como Massachusetts e Virginia, queriam a representação nas duas Casas baseada na população. Já os Estados menores, como New Jersey e Connecticut, defendiam representação igualitária. Foi então que os constituintes de Connecticut sugeriram uma terceira opção, consistindo em representação igualitária no Senado e representação proporcional à população na Câmara dos Representantes. No

dia 16 de julho, a Convenção votou a matéria e, por cinco votos a favor (Connecticut, New Jersey, Delaware, Maryland e North Carolina) e quatro contra (Pennsylvania, Virginia, South Carolina e Georgia), foi criado o Legislativo bicameral federal da União, com um Senado conservador e igualitário e a Câmara proporcional às populações dos Estados-Membros. A delegação de Massachusetts dividiu-se ao meio; os delegados de New Hampshire ainda não haviam chegado a Philadelphia; os representantes de New York haviam partido; e Rhode Island, como já foi dito, não enviara delegação.

Outro assunto que gerou muitos debates foi a regulamentação do comércio exterior. Os Estados do Norte defendiam a regulamentação pelo Governo federal e os sulistas, cuja prosperidade dependia das exportações, recebiam a tributação, pela União, dos produtos exportados. Ficou assentado que a União teria o poder de arrecadar tributos nas importações e não nas exportações.

O terceiro ponto de debates girou em torno de se contar ou não os escravos na população dos Estados a fim de se calcular o mínimo de representantes na Câmara Baixa. Os Estados do Sul, onde 90% dos escravos viviam, queriam que cada escravo fosse contado. Os do Norte, com poucos escravos, tinham opinião contrária. Um acordo foi feito, ficando assentado que somente três quintos dos escravos de cada Estado poderiam ser contados como população para efeito de representação proporcional na Câmara dos Deputados. Sem dúvida uma estranha solução, mas que ficou constando do artigo I, Seção 2, n.º 3, da Constituição.

O quarto tema polêmico foi a escravidão. Os delegados dos Estados nortistas não podiam aceitar a idéia de escravidão em uma sociedade livre e democrática. Os sulistas, ao contrário, sabendo que seus Estados dependiam vitalmente do trabalho escravo, insistiam na manutenção do comércio de escravos. Os convencionais decidiram, que o novo Congresso só poderia limitar tal atividade após o ano de 1808. A abolição da escravatura só viria ocorrer pela Emenda n.º XIII, de 1865.

Uma quinta questão bem discutida referia-se ao órgão executivo do governo. Vários representantes defendiam a criação de um Executivo colegiado com um mandato de quatro, sete ou dez anos. Alexander Hamilton chegou a sugerir o mandato vitalício com sucessor hereditário! Houve quem defendesse a idéia de um chefe de Executivo eleito pelo Congresso para um termo de sete anos, sem reeleição. Finalmente chegou-se à decisão: um Presidente eleito por quatro anos com direito à reeleição. E sua eleição deveria ser feita por um colégio de eleitores escolhidos nos Estados-Mem-

bro. Tal princípio está contido no artigo II, Seção 1, n.º 3, da Constituição, alterado, em parte, pela Emenda XII, de 1804.

Os signatários

No dia 12 de setembro de 1787, o projeto da nova Constituição, redigido por uma comissão especial, estava pronto e foi apresentado ao plenário da Convenção. No dia 15, o texto foi aprovado e alguns constituintes manifestaram sua apreensão no tocante à reação do povo. No dia 17, a Constituição dos Estados Unidos da América foi solenemente assinada por 39 dos 55 delegados frequentes, dos quais 34 eram formados em Direito. Vale a pena registrar aqui algumas curiosidades a respeito da elaboração e da assinatura da Constituição: a maior delegação de signatários foi a da Pennsylvania, com oito representantes, e a menor foi a de New York, com um só signatário (o grande Alexander Hamilton); um dos nomes constantes das assinaturas é o de John Dickinson, de Delaware, que, na verdade, já partira de Philadelphia, mas deixara "procuração" com George Read para assinar em seu lugar; George Washington assinou como Presidente da Convenção e deputado por Virginia; Benjamin Franklin, o mais idoso dos convencionais (81 anos), embora fosse de Massachusetts, representou a Pennsylvania na assembléia (segundo VICENT WILSON, em *The Book of the Founding Fathers*, seu papel foi vital como moderador de conflitos e sua declaração final foi decisiva para que delegados relutantes concordassem em assinar o texto); James Madison, da Virginia, recebeu o título de "Pai da Constituição" por seu papel brilhante nos debates e por ter sido o autor dos minuciosos anais da Convenção; os principais redatores do texto foram John Dickinson, Gouverneur Morris, Edmund Randolph, Roger Sherman, James Wilson e George Wythe; Gouverneur Morris teve a honra de "escrever" o original (preservado e exposto perenemente à visitação pública no National Archives em Washington); John Adams e Thomas Jefferson, embora considerados entre os "Fundadores dos Estados Unidos", não compareceram à Convenção por estarem exercendo cargos importantes no governo da Confederação; Samuel Adams e John Jay, também merecedores do título de "Founding Fathers", não conseguiram ser eleitos para a Convenção em seus Estados de origem; Elbridge Gerry, George Mason e Edmund Randolph, três dos maiores expoentes da Convenção, embora presentes no encerramento dos trabalhos, recusaram-se a assinar a Constituição porque não concordavam com a quantidade de poder dado ao Governo federal; William Jackson, secretário da Convenção, assinou abaixo de todos os nomes, autenticando as assinaturas dos 39 delegados; seis dos signatários da Constituição haviam assinado a Declaração de Independência, em 1776: Benjamin Franklin, George Clymer, Robert Morris, George Read, Roger Sherman e James Wilson; dois dos signatários da Constituição viriam a ser Presidentes dos Estados Unidos: George Washington e James Madison.

A ratificação da Constituição

Os convencionais-constituintes de Philadelphia estabeleceram que cada Estado-Membro da proposta “Federação” deveria convocar sua própria convenção para ratificar a nova Constituição. O artigo VII do texto original ficou, então, assim redigido: “A ratificação por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado”.

E começou a grande Campanha da Ratificação. Surgiram dois partidos no cenário político da nova nação: os *Federalistas* e os *Antifederalistas*. Alexander Hamilton, James Madison e John Jay lideravam os defensores da Constituição; e Elbridge Gerry, Patrick Henry e George Mason, três dos convencionais não signatários, comandavam a oposição. As armas usadas na luta, no mais alto nível, foram os artigos de jornal, os panfletos e os debates nas convenções. Por fim, começaram a surgir as aprovações: Delaware foi o primeiro Estado a ratificar a nova Constituição, em 7 de dezembro de 1787 (em sua bandeira, este Estado ostenta hoje, orgulhosamente, o título de “The First State”). Seguiram-se as aprovações da Pennsylvania (12-12-1787), de New Jersey (18-12-1787), da Georgia (2-1-1788), de Connecticut (9-1-1788), de South Carolina (23-5-1788), de New Hampshire (21-6-1788), da Virginia (25-6-1788), de New York (26-7-1788), de North Carolina (21-11-1789) e, por último, de Rhode Island (29-5-1790). Os dois últimos Estados só concordaram em aprovar a Constituição com a condição de que o Congresso Federal elaborasse e promulgasse uma Declaração de Direitos Individuais, a ser incorporada no texto constitucional. Tal ratificação realizada pelas convenções estaduais, expressamente eleitas para tal fim, certamente *legitimaram* o texto constitucional, elaborado, aprovado e assinado por aqueles 39 homens corajosos convocados originalmente só para rever os “artigos da Confederação”.

Segundo J. W. PELTASON, já citado, os debates travados pela ratificação instituíram um estilo na política americana que nunca mais mudou: “Os americanos muitas vezes se sentem insatisfeitos com a política e as práticas daqueles que governam. Mas poucos americanos têm condenado o sistema constitucional ou têm entendido que uma segunda convenção constitucional poderá estabelecer um sistema melhor.”

E DICK HOWARD, professor da Universidade da Virginia, afirma: “Esta Constituição sobrevive — na realidade, floresce — como a carta básica de um Estado moderno cujo território se estende do Atlântico ao Pacífico, cujos habitantes procedem de várias origens, cuja tecnologia enviou homens e mulheres ao espaço e à Lua, cujo governo executa funções impensáveis para os fundadores da Nação”.

O desenvolvimento da Constituição

A Constituição dos Estados Unidos da América não se restringe ao seu preâmbulo e aos sete artigos originais. O grande JAMES MADISON declarou profeticamente: "Ao esboçarmos um sistema que desejamos dure através das eras futuras, não podemos perder de vista as mudanças que essas eras produzirão."

Assim, ao criarem o texto orgânico, sintético e básico da Constituição, os "Foundings Fathers" não se esqueceram de deixar uma porta aberta para as emendas que se fizessem necessárias em decorrência da dinâmica da vida política americana. Mas, em sinal de prudência e respeito pela idéia original, tal porta, consagrada no artigo V da Constituição, se mostra estreita pela rigidez do processo de reforma ali adotado. Tal dispositivo estabelece que as emendas constitucionais só terão vigência se forem *aprovadas* por dois terços dos componentes das duas Casas do Congresso e *ratificadas* por três quartos das Assembléias Legislativas ou de Convenções dos Estados-Membros, hoje, como se sabe, em número de cinquenta. Nesses 200 anos de vigência da Constituição, cerca de 300 emendas foram propostas no Congresso, sendo que apenas 32 ali tiveram aprovação e só 26 foram ratificadas pelos Estados-Membros. As dez primeiras emendas (Declaração de Direitos) são de 1789 e a última, que garante o direito de voto a partir dos 18 anos de idade, é de 1971.

Os constituintes de Philadelphia foram suficientemente sábios para entender que não podiam elaborar leis para todas as situações possíveis. Assim, eles deram ao Congresso o direito de fazer leis que fossem "necessárias e apropriadas" ao exercício dos poderes conferidos ao Presidente, ao próprio Congresso e aos Tribunais (artigo I, Seção 8, n.º 18, da Constituição). Este é um dos segredos da longevidade da Constituição Americana.

As leis federais, as decisões da Suprema Corte, os atos presidenciais e os costumes renovam a vida da Lei Suprema dos americanos. E ela se desenvolve em resposta às demandas de uma sociedade sempre crescente. Contudo o texto original e o espírito da Constituição permanecem inalterados. Cada geração aplica os seus dispositivos, na solução de seus próprios problemas, da maneira aplicável ao entendimento de cada geração.

E é por isso que o notável e saudoso constitucionalista português MARCELLO CAETANO afirma que "a Constituição norte-americana é objeto de verdadeiro culto popular, como símbolo do espírito de independência e liberdade nacional, mais do que como um diploma jurídico".

A Constituição dos Estados Unidos

KENNETH L. PENEGAR

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Metodista do Sul, em Dallas, Texas

Tradução de PAULO BONAVIDES

Poderá parecer algo estranho celebrar o aniversário da Constituição ocupando-se *unicamente de um aspecto, a saber, da Suprema Corte e do controle judicial*, no que tem de racional e nos limites a que pode chegar. Isso é tanto mais singular uma vez que a Constituição mesma não faz menção sequer do controle judicial. Demais, a teoria de função da Corte é ambígua — dificilmente se harmoniza com o “ethos” democrático ou com a maior parte da nossa tradição política; nem tampouco acorre ao espírito como um colorário necessário do moderno modelo de governo ou uma força positiva para o progresso da sociedade. Afinal de contas, a Corte não pode principiar programas, nem obter renda, nem fazer coisa semelhante.

Na medida em que a Constituição fala mediante suas normas a todos os membros do governo, há uma velha e largamente aceita tradição de ceticismo a respeito da sensibilidade geral do Governo, tanto no tocante à visão negativa quanto à visão mais moderna e positiva do Estado. Daqui se infere uma expectativa de que deve haver alguma forma de intervenção, proveniente de um ponto pelo menos parcialmente arredado da política ordinária majoritária.

Em conseqüência, é de admitir que uma entidade quase política, investida de poderes arbitrários sobre o sistema, há-de evocar o mais forte interesse e estimular o mais ardente debate acerca de sua adequada função.

Faz-se mister conservar-se fiel àquela imagem individualista segundo a qual a Suprema Corte interfere demasiado em nossas vidas. Urge principiar com um breve artigo distribuído aqui previamente em Kent.

* * *

O Professor LINO GRAGLIA caracterizou nossa presente situação como a de uma "tirania judicial". Constituiria isso naturalmente uma surpresa para MADISON e HAMILTON, ambos mais temerosos das maiorias no Congresso e nos Estados, do que do menos perigoso ramo do Judiciário. A proposição-chave de seu estudo é que a essência do governo autônomo consiste em que . . . os conflitos (de princípios ou de valores) se devem resolver não por meio de uma elite supostamente moral ou intelectual, mas de conformidade com a sabedoria coletiva do povo.

Há duas rápidas respostas aos reparos críticos de GRAGLIA. Uma é a de que, segundo as vistas dos contemporâneos, a Constituição é a única expressão direta de todo o povo, e não apenas de seus meros representantes no Congresso ou na legislatura. A Constituição em si mesma é expressão de sabedoria coletiva.

Em segundo lugar, há certamente o corolário que resulta desse problema prático: como determinar "a sabedoria coletiva do povo"? Uma assembléia urbana gigantesca de cem milhões de adultos? Uma sondagem de urna do Gallup ou do Harris?

Como um dado lateral ou à parte, deve-se dizer também que ninguém, nem mesmo o Professor Graglia, sabe o que a "maioria" do povo prefere no tocante a qualquer dessas questões controversas, tais como a religião nas escolas, limitações estatais sobre aborto, ocupação compulsória etc.

Antes de intentar uma resposta mais completa, examinemos os pontos de vista de outras eminentes autoridades acerca da defesa da causa contrária "ao ativismo judicial".

EDWIN MEESE, Procurador-Geral, resume sua "jurisprudência da intenção original": "Onde a linguagem da Constituição é específica, deve ela ser obedecida. Onde quer que haja um consenso que se possa demonstrar entre os formuladores e ratificadores quanto a um princípio declarado ou implícito na Constituição, há-de ser seguido. Onde quer que haja alguma ambigüidade relativamente ao sentido preciso ou ao alcance de uma provisão constitucional, urge interpretá-la e aplicá-la de maneira que, pelo menos, não contradiga o texto mesmo da Constituição."

Quem pode alterar com a ampla formulação do Procurador-Geral MEESE? Em outras palavras, evitar toda interpretação que contrarie o

texto? Difícil, sem dúvida! A dificuldade está em que o texto é silencioso acerca de muitos problemas modernos — inclusive a respeito de numerosos casos que o Sr. MEESE pensa que foram erroneamente decididos, mas em verdade simplesmente não teriam sido decididos de modo algum segundo sua fórmula e talvez fosse esta sua intenção. Quando a Constituição, por exemplo, fala a respeito da liberdade em relação a busca e apreensões desca- bidas, pretende ela efetivamente concretizar esta liberdade? Ou apenas fazer com que a Corte declare o direito, mas sem exigir que aqueles a quem pri- vou desse direito se abstenham de qualquer utilização oficial da prova ile- galmente colhida?

* * *

O Juiz WILLIAM BRENNAN é talvez o mais conhecido defensor da prática contemporânea da Corte: “Nós, juízes contemporâneos, lemos a Constituição da única maneira que podemos — como americanos do século vinte. Olhamos para a história da época de sua elaboração e para a histó- ria interveniente da respectiva interpretação. A questão capital reside em saber o que as palavras do texto significam em nosso tempo. O gênio da Constituição não se acha no significado estático que ela pode ter tido num mundo morto e passado, mas na adaptabilidade de seus grandes princípios para fazerem face a problemas correntes e necessidades atuais.”

O Juiz PAUL STEVENS faz duas ou três observações que correspon- dem diretamente à jurisprudência da intenção originária. Primeiro, MEESE parece magnetizado pelos anos setecentos! Concernente à aplicação da De- claração de Direitos (“Bill of Rights”) aos Estados, ele subestima nossa segunda revolução — a Guerra Civil, e sua concretização nas emendas de 1965 e 1968, a saber, a Décima Terceira e a Décima Quarta Emendas. Segundo, MEESE deixou de mencionar, ao vituperar recente decisão da Su- prema Corte sobre religião, que nenhum tribunal nos últimos sessenta anos questionou a incorporação da Décima Quarta Emenda às proibições da Primeira Emenda, fazendo-as assim diretamente aplicáveis aos Estados.

A leitura da Constituição, diz-nos o Juiz BRENNAN, deve refletir “as sentidas necessidades” de nossa era. Há uma considerável e tremenda quantidade de conferências e reflexões abstratas circulando acerca da cele- bração do aniversário de nossa Constituição. Consintam-me interromper por um momento a minha própria ordem de considerações para compartilhar tam- bém dessa espécie de sonho pessoal que lhe pode acrescentar algo a respeito do sentimento de alguém e como as decisões constitucionais tiveram acentu- ado impacto em suas atitudes com referência à natureza de nossa Consti- tuição.

* * *

Minha casa, quando eu tinha sua idade, ficava numa pequena cidade da Carolina do Norte. As escolas que eu freqüentava eram todas de bran-

cos. A segregação racial, sendo total, abrangia todas as escolas da Carolina do Norte — públicas ou privadas —, elementares, secundárias ou de nível colegial. As igrejas também segregadas. Do mesmo modo, cinemas e restaurantes. Até mesmo o tribunal tinha dois bebedouros distintos — um para “brancos” outro para “negros”, com as respectivas indicações. Os únicos negros que eu pessoalmente conhecia eram adultos e, em geral, zeladores ou “mensageiros de recados” da casa de negócios de meu pai ou empregadas que trabalhavam em casa de minha mãe. Aliás, o pequeno engraxate da barbearia era sempre um preto.

Olhando retrospectivamente para aquele mundo — trinta anos depois —, parece-me tão estranho e tão incrível para mim agora como deve ser também para vocês. No entanto, o que há de mais assinalável é quão normal e admissível parecia a todos aquele estranho modo de vida. Nenhum adulto, nenhum professor na escola ou na igreja, ao que posso lembrar-me, jamais discutiu a segregação nem sugeriu outra forma alternativa desejável ou possível para aquele sistema de vida.

No colégio, em Chapel Hill, conheci um elevado número de jovens negros de minha idade, mas nenhum colega do mesmo colégio, senão estudantes de outros colégios negros. Estranhamente havia associações estudantis de âmbito estadual que se reuniam periodicamente; nunca porém no “campus”. Encontros inter-raciais eram proibidos por lei estadual nos “campus” da Universidade do Estado. Congregávamo-nos numa ala escolar da igreja local, afastada do “campus”. Mas lá no colégio, pela primeira vez em meus dezoito anos de existência, se discutiu com seriedade as leis de Jim Crow. Com efeito, estudantes e professores debatiam abertamente e desafiavam de modo verbal o sistema, mas em 1950 tudo não passava disso.

Em maio de 1954, precisamente alguns dias antes de minha formatura, ou seja, alguns dias antes que a Suprema Corte suspendesse até ao verão suas sessões, tomou-se a histórica decisão do caso “Brown v. The Board of Education”. A Suprema Corte havia ordenado o fim da segregação nas escolas públicas “com toda a velocidade deliberada”. Isso se me afigurava de todo natural e ao meu ver já se fazia desde muito necessário. Somente mais tarde me foi possível compreender por que esse passo representava para os advogados uma decisão tão controversa. Eu sabia que as pessoas na minha terra natal se mostravam amarguradas e ressentidas com o caso, mas nunca compreendi efetivamente o motivo que as fazia ficar tão furiosas.

Em verdade, pouca coisa na vida mudou naquela cidade — em especial até uma década adiante —, a despeito de “toda a pressa deliberada”. E antes que aquelas mudanças se fizessem eficazes, tanto nas escolas pú-

blicas como em outros locais públicos, havia muita insatisfação ainda a se fazer sentir por todo o Sul. O quadro era este: reuniões, a oratória vibrante do King no Capitólio Nacional em 1964 e talvez com mais força a Lei dos Direitos Cívicos do Congresso, após o assassinio do Presidente John Kennedy.

* * *

Agora, a principal constatação que quero fazer acerca do aresto “Brown v. The Board of Education” é a seguinte: a Nação tinha 178 anos de idade quando esse caso foi decidido. Celebrava-se o centésimo sexagésimo sétimo ano da República. A liberdade do negro não fora uma das promessas ou garantias da Constituição de 1787 ou da Constituição de 1789, aquela que trouxe o acréscimo da Declaração de Direitos de dez itens. Não, a Constituição originariamente estabelecida simplesmente ignorou a grave contradição social de raça na América.

Ainda após a Guerra Civil e o aditamento da 13.^a e da 14.^a Emendas, em 1865 e 1868, outros oitenta e seis anos transcorreriam até que principiasse o processo de desmantelamento ou ab-rogação das leis Jim Crow, ou seja, da extensa cadeia de segregação racial. Certamente não terminou com a decisão sobre o caso “Brown” em 1954; nesse ínterim houve o pleito “Plessy v. Ferguson” (1896), cuja sentença dispunha que, se o Estado provesse “facilidades separadas mas iguais” para ambas as raças, a igual proteção afiançada pela cláusula da 14.^a Emenda estaria sendo respeitada. Se a Suprema Corte em 1954 estivesse seriamente tentando seguir uma jurisprudência de pretensão original, não teria chegado à decisão de que a “separação” era inerentemente desigual.

Minha segunda ponderação a propósito da decisão Brown é a que segue. A Corte veio lidar com um problema social profundamente perturbador, um problema que os ramos políticos do governo, a saber, o Congresso e o Presidente, ou o ignoraram ou se mostraram impotentes para abordá-lo. Poder-se-ia imaginar os Estados Unidos da América ou uma parte deste país no mundo dos anos 80 vivendo uma “existência separada mas igual”?! A Corte bem pode ter salvo a nossa sociedade de um tormento pior ao educar-nos (durante os anos 50 e 60) para um fardo moral imposto por nossa tradicional indiferença, como Nação, para a contradição de uma sociedade racialmente segregada, mas por outro lado aberta.

* * *

Eu me volto agora para uma distinta esfera de minhas preocupações, esfera que não está longe do problema do racismo e da intolerância da justiça e do mínimo de dignidade para as pessoas acusadas de crime. Não

sei quantos de vocês já leram *Matando um Pássaro (To Kill a Mockingbird)* ou pelo menos viram o filme baseado nessa novela. É a história de um homem negro numa pequena cidade do Sul acusado falsamente de haver estuprado uma mulher branca, uma mistura de circunstâncias que abalam os nervos e mostram um lugar e uma época (por volta dos anos 30 e 40) não muito diferentes daqueles da minha juventude.

Atticus Finch é o advogado que desafia a inimizade de seus vizinhos para defender este homem. Não é ele todavia bem sucedido na Justiça, mas deixa um poderoso e eloqüente exemplo do papel ideal do advogado, paladino de um constituinte impopular que não lhe pode pagar honorários. Desgraçadamente, em muitos casos minha profissão não tem sido das mais inclinadas a prestar socorro onde o socorro é mais desesperadamente necessário. Em nosso sistema de governo, de poderes divididos e responsabilidades também divididas, a legislação básica penal e processual é da responsabilidade de cada Estado e não do Governo Federal. A provisão de advogado e sua regulamentação é da mesma forma privilégio e responsabilidade dos Estados. Com efeito, não estou a ignorar que, enquanto o sistema de legislação criminal básica, herdada da Inglaterra, pertence aos Estados, o Governo dos Estados Unidos apesar disso possui também um sistema de justiça criminal. Principiou pequeno, ocupando-se de delitos tais como falsificação e extorsão, mas de último inclui uma grande variedade de crimes e é quase tão extenso quanto o sistema do "common law" nos diversos Estados.

Será possível conceber-se alguém se defrontar com uma acusação criminal, seja de que espécie for, sem contar com alguma forma de defesa ou com um advogado experimentado? Faz-se mister lembrar a Sexta Emenda, cuja garantia estatui que "o acusado desfrutará o direito de ter a assistência de um advogado para a sua defesa". Constitui isto parte da Declaração de Direitos ("Bill of Rights") e como tal busca estabelecer uma salvaguarda contra o abuso de poder da parte do Governo central dos Estados Unidos. Cada Estado, ou a maior parte deles, tem suas próprias Declarações de Direitos, como garantias comparáveis, mas não idênticas. Estas salvaguardas explícitas lá constavam como lembretes recentes dos abusos de que as Colônias haviam padecido durante a dominação britânica. Aquilo que nós denominamos "o direito à defesa" significava para aquela gente do século XVIII, valendo-se da realidade da Inglaterra, que o Governo não poderia julgar alguém sem que um advogado estivesse presente, ou seja, por assim dizer, ninguém poderia ser julgado em segredo. Não significava, portanto, que, se alguém fosse pobre e não pudesse se defender, um advogado lhe seria dado gratuitamente.

* * *

No sistema de tribunais federais, durante os anos 50, teve andamento uma política mediante a qual o juiz designaria um defensor para pessoa muito pobre que não pudesse pagar um advogado. Era esta a situação quando um homem branco, chamado Clarence Gideon, foi preso na Flórida como criminoso comum por haver arrombado um bar. Condenado, indagou à Suprema Corte se a sua condenação não fora irregular, uma vez que, sendo muito pobre, não pudera defender-se. A Constituição, ao que soubera, assegurava o direito de defesa e, contudo, este lhe havia sido negado.

A Suprema Corte poderia ter respondido dizendo ao Sr. Gideon que a Sexta Emenda tinha por mero objetivo assegurar a presença da defesa no sistema federal, e que a Constituição não fizera nenhuma provisão em favor dele nas Cortes estaduais. Poderia ter respondido assim, mas não o fez. De preferência, a Corte em 1963, cento e setenta e quatro anos após a adoção do "Bill of Rights" e noventa e cinco anos após a Décima Quarta Emenda, decidiu que, onde quer que uma pessoa enfrente um período substancial de prisão e em virtude da complexidade inerente a tais julgamentos, sob "o conceito de liberdade ordenada" encaixada na garantia da Décima Quarta Emenda do devido processo contra os Estados, ao réu seria designado um advogado. O que a Corte fez no caso de Gideon e o que ela tem feito várias vezes desde 1963 é assegurar um padrão mais uniforme de justiça criminal em todo o país — um padrão mais alto do que aquele que alguns Estados ministrariam por si mesmos.

Foi de WINSTON CHURCHILL — eu creio — a observação segundo a qual não há modo mais direto de aferir a maturidade de uma civilização do que mediante o sistema de proteção concedido àqueles que são acusados de crime. A Suprema Corte tem seguramente nos conduzido a um sistema mais amadurecido e mais completo de justiça. Poderia ter logrado isso unicamente contemplando o largo espírito que anima os ideais da Constituição, confrontado com as contradições e as tragédias de uma sociedade americana moderna, as quais são de âmbito nacional e não se deixam conter pelas fronteiras históricas dos Estados individualmente.

Dois outros exemplos devem ser mencionados, porquanto mostram como a Suprema Corte tem atuado para tornar mais uniformes modelos de justiça criminal que doutra maneira seriam muito diferentes, a saber, de uma parte, o sistema federal, doutra parte, os sistemas estaduais. O primeiro desses casos foi "Mapp v. Ohio", de 1961, em que a Suprema Corte empregou uma regra excludente para apoiar a garantia da liberdade da Quarta Emenda contra busca e apreensão arbitrárias; e o outro, o caso "Miranda v. Arizona", de 1966, em que a Corte considerou a interrogação do custodiado como inerentemente coerciva e, portanto, foi levada a abandonar o chamado teste de voluntariedade nos procedimentos das Cortes

estaduais nos quais se buscava a confissão do réu para ser apresentada como prova. Nesses dois importantes exemplos a Suprema Corte se revelou muito pragmática. Os Estados poderiam ter feito mais para trazer seus padrões de justiça criminal à altura daquilo que estava emergindo como um método mais vastamente aceito e certamente mais humano e defensável em favor dos direitos daqueles envolvidos no sistema de justiça criminal.

* * *

É isto o que o processo de interpretação, construção, argumentação e elaboração da Constituição significa e nos ensina: primeiro, que possuímos um conjunto de instituições para descobrir, dentro de nossas compartidas tradições políticas e sociais, os meios práticos de fazer escolhas públicas difíceis, especialmente em épocas em que os ramos políticos do governo se acham completamente paralisados ou doutro modo inoperantes. Em segundo lugar, o processo implica na abertura de uma via para o futuro que nós poderemos seguir, com a certeza pelo menos de solver legitimamente problemas e questões que não podemos agora antecipar.

A Suprema Corte é indubitavelmente o eixo desta máquina de governo artificial e um tanto rude, a qual é produto, não somente de um feixe de compromissos do século XVIII (acrescidos daqueles do século XIX), senão também de milhares de pequenos ajustamentos e emendas levadas a cabo no decurso de duzentos anos, muitas das quais se verificaram já no corrente século.

Aquilo de que a Corte sempre necessita e que pela maior parte do tempo não lhe faltou é autoridade entre outras lideranças no país e entre o povo em geral. Esta autoridade não deriva tanto de uma rígida aderência ao texto ou à intenção contemporânea do constituinte, mas, primeiro, de seu próprio senso de oportunidade, a seguir, de seu equilíbrio ou proporção em eleger os remédios apropriados e, ultimamente, de sua capacidade persuasória, em razão da qualidade de seus arestos. Aqui, sem dúvida, a Suprema Corte serve de catalisador, como de cadinho para nossa educação cívica, ao mesmo passo que fomenta uma compreensão mais completa de nosso destino comum nesta sociedade pluralista.

Em o número 78 do *Federalista*, HAMILTON, ao responder à campanha anti-ratificadora no Estado de Nova York e particularmente ao ataque desferido contra o poder judiciário na forma nova de governo que havia sido proposta, replicou: "A Suprema Corte não tem influxo sobre a espada nem sobre a bolsa; antes é destituída de força e de vontade, e possui unicamente a faculdade de julgar."

A evolução constitucional portuguesa e suas relações com a brasileira

FERNANDO WHITAKER DA CUNHA
Professor Titular da UERJ

O movimento constitucionalista do Porto (1820) marca a vitória dos princípios liberais em Portugal, que, todavia, tiveram que lutar muito para não serem contaminados por um absolutismo insepulto e pelo saudosismo incompreensível do antigo regime, por parte de alguns. A Constituição de 1822 (visava, entre outras coisas, uma união quase federal com o Brasil), elaborada por Manuel Fernandes Tomás e, como a de 1820, nutrida na espanhola de 1812, que, por sua vez, buscou inspiração na francesa de 1791, influiu na Carta brasileira de 1824, que veio a refletir-se na portuguesa de 1826, conio, na de 1838, repercutiu a de 1822 e a espanhola de 1837. Restaurada, em 1842, por Costa Cabral, a Carta de 1826 vigorou até o final da monarquia, mantendo-se aceso o debate entre *constitucionalistas* (partidários da Constituição de 1822) e *cartistas* (adeptos da Carta de 1826). A república foi proclamada, em Portugal, no dia 5 de outubro de 1910, destruindo-se D. Manuel II, um rei erudito, e organizando-se um governo provisório que, chefiado por Teófilo Braga, contava com homens como Antonio José de Almeida, Afonso Costa e Bernardino Machado, entre outros.

A Constituinte elegeu uma comissão incumbida de preparar um projeto de Constituição, que foi integrada pelos deputados João Duarte Meneses, José Barbosa, José de Castro, Corrêa de Lemos e Magalhães Lima.

A Constituição brasileira de 1891, considerada por MARNOCO E SOUZA (*Constituição Política da República Portuguesa — Comentário*, Coimbra, 1913, p. 6) “uma das mais perfeitas e melhor organizadas das Constituições republicanas”, as Constituições portuguesas do regime liberal e o exemplo suíço foram as fontes precípuas do projeto que, na discussão parlamentar, adquiriu novas dimensões, não aceitando o sistema presidencialista adotado pela Carta brasileira, vindo, afinal, triunfar uma organização especial que, “tendendo para parlamentar”, não tinha todos os caracteres essenciais desta forma política, como ensinava MARNOCO.

O sistema, pouco a pouco, foi deteriorando-se, à medida que aumentava um estado de insatisfação coletiva, em virtude das dissonâncias da ordem econômica e social. A revolução de 28 de maio de 1926, dissolvendo o Congresso, revogou, praticamente, a Constituição de 1911, legislando a Ditadura Militar, até 1933, através de decretos-leis, tendo sido assentado o costume de o Presidente da República não governar diretamente auxiliado pelo Ministério, mas mediante um Presidente do Conselho, a quem competia organizar e dirigir a atividade governamental. Surge, então, Salazar, financista de alto coturno, asceta da vida política.

O Ato Colonial, depois incorporado à Constituição de 1933, captada pela Carta brasileira de 1937, foi a primeira lei constitucional do novo regime que possuía tendências visivelmente totalitárias.

A Carta salazarista, que seria revista em 1971, recebeu a influência da legislação revolucionária, da Constituição de 1911 e de anteriores Estatutos monárquicos, bem como da Constituição de Weimar e do fascismo italiano, de grande prestígio na época. Ficou estabelecido que haveria dois processos de reforma constitucional: a revisão ordinária, de dez em dez anos, e a extraordinária, que teria lugar por iniciativa do Presidente da República, ouvido o Conselho de Estado, em decreto referendado por todos os ministros.

Observou MARCELO CAETANO, autor, igualmente, de um excelente estudo histórico sobre as Constituições lusas (Lisboa, 1973), que de 1933

até a publicação de seu livro *A Constituição de 1933* (2.^a ed., p. 10) só tinham ocorrido revisões ordinárias.

O *Código Político* de Portugal estruturava uma república unitária e cooperativa, na qual alguns autores viram um “Estado Unitário Regional”.

Pretendeu-se, em certa época, que Portugal se transformasse em federação, mas, na verdade, as suas, então, oito províncias (hoje são onze) não possuíam qualquer sentido específico, em face da totalidade política, nenhum sentimento de autonomia, ao contrário de algumas espanholas.

Constituição que gerava governo forte, a de 1933, inspirada “em princípios republicanos igualitários, em concepções autoritárias do Estado e numa ideologia integralista e maurrasiana” (ALBERT-ALAIN BOURDON, *História de Portugal*, p. 181), robustecia as prerrogativas estatais. Eram estimulados os organismos corporativos (morais, culturais e econômicos), possibilitando-se até aos estrangeiros domiciliados em Portugal participarem deles, que representavam organicamente todas as atividades da nação, competindo-lhes participar na eleição das câmaras municipais e das juntas de províncias e na constituição da Câmara Corporativa.

As famílias pertencia privativamente o direito de eleger as juntas de freguesia; essas, por seu turno, concorriam para a eleição das câmaras municipais, que se faziam presentes na escolha das juntas de províncias, estruturando um sistema eleitoral de graus.

A Igreja Católica reconheceu-se personalidade jurídica (art. 45) e, apesar de se proclamar a liberdade de cultos, era indisfarçável o vínculo entre o Estado e a Igreja.

A opinião pública era decantada, como “elemento fundamental da política e administração do país”, ao mesmo tempo que se obrigava a imprensa a publicar notas enviadas pelo Governo.

A ordem econômica é extensamente tratada nessa Constituição tecnicamente boa.

A soberania residia em a Nação (na verdade, no Estado) e tinha por órgãos o Chefe de Estado, a Assembléia Nacional, o Governo e os Tribunais. O primeiro era eleito por sete anos, por sufrágio direto, sendo a apuração final dos votos feita pelo Supremo Tribunal de Justiça. Exercia um

poder moderador. A respeito existem bons estudos de JOSÉ HERMANO SARAIVA e JORGE MIRANDA.

Precauções infundadas tornavam, ainda, inelegíveis, para o cargo de Presidente da República, os parentes até o 6.º grau dos reis de Portugal. O Presidente nomeava o Presidente do Conselho e os Ministros por proposta desse último, podendo *ad nutum* demiti-los. Um Conselho de Estado, integrado por quinze membros, decidia, inclusive, sobre a idoneidade dos candidatos à Presidência da República, sendo fácil deduzir que era estrênuo defensor da situação.

A Assembléia Nacional era composta de cento e vinte deputados eleitos, pelo prazo de quatro anos, por sufrágio direto, e entre as suas atribuições estava, inclusive, a de interpretar as leis (art. 91, § 1.º). A Câmara Corporativa, com mandato idêntico, era constituída por representantes das autarquias locais e dos interesses sociais, e sua missão principal era relatar e dar parecer sobre todas as propostas ou projetos de lei e sobre todas as convenções ou tratados internacionais que eram presentes à Assembléia Nacional, antes de começar nesta a discussão.

O Supremo Tribunal de Justiça era a cúpula da função judicial, exercida, ainda, pelas Relações, pela justiça de primeira instância e pelos tribunais especiais. Apenas as garantias da inamovibilidade e da vitaliciedade eram consagradas (art. 119).

O território continental dividia-se em conselhos, que se formavam de freguesias e se agrupavam em distritos e províncias. As colônias eram, eufemisticamente, denominadas “províncias ultramarinas”, e messianicamente se afirmava (art. 133) que era da essência orgânica da Nação Portuguesa desempenhar a função histórica de colonizar as terras dos Descobrimentos sob a sua soberania e de comunicar e difundir entre as populações ali existentes os benefícios da sua civilização, exercendo também a influência moral que é adstrita ao Padroado do Oriente. Continuavam unidos, pois, os sentimentos de fé e império.

A Constituição de 1933 enfocava um *pays legal*, mas não um *pays réel*. A política ultramarina não evoluiu. Para mantê-la, esvaziavam-se os bolsos do povo, que via as tropas, para as quais se pediam auxílios nas ruas, partirem para destino incerto. O escudo das “províncias ultramarinas” tinha que ser cambiado em Portugal, perdendo na transação discriminatória. A nação, pouco industrializada, lutava, ainda, com os “pés descalços”. Havia

um regime de arrocho, retardatário, após a Segunda Grande Guerra. A livre demissibilidade do Presidente do Conselho só existia de direito, nunca de fato. Ele, na verdade, era o Estado. O sistema de governo era indefinido, pois, se lembrava o parlamentarismo, como na acidentada Constituição de 1911, não se adequava perfeitamente ao seu *typus*.

Portugal tinha, na liderança, homens de cultura e de notória inteligência, mas o *establishment* impediu-os de enxergar claro para agir certo, deixando o país marginalizado na própria ONU e montando um governo forte num Estado fraco. A 25 de abril de 1974 eclodiu o Movimento das Forças Armadas, que derrubou o regime estadonovista, vindo a Junta de Salvação Nacional, constituída por sete membros, a abolir o Conselho de Estado (*recriado*, e novamente extinto, e que tendeu a tornar-se uma Corte Constitucional), a Câmara Corporativa, meramente consultiva, como se viu, e o Partido Ação Nacional Popular que, em 1970, substituíra o situacionista Partido União Nacional, criado em 1932. Instalou-se um Executivo colegial e institucionalizou-se o Movimento das Forças Armadas.

A revolução removeu a calíça das instituições e se pôde, então, vislumbrar melhor dentro da História, tendo o governo que se implantou reconhecido no art. 15 do acordo sobre a independência de Moçambique, assinado em Lusaka, que, realmente, Portugal era agente do colonialismo. A propaganda do regime deposto chegou até a negar que o Brasil algum dia tivesse sido colônia de Portugal (quando a dependência com a metrópole se caracterizava pelos inconfundíveis traços da subordinação econômica, política e jurídica), como se pretende disfarçar a situação de Porto Rico, com o rótulo "Estado Livre Associado".

O movimento revolucionário português contou com um roteiro ideológico, no livro de ANTÔNIO DE SPÍNOLA, *Portugal e o Futuro*, em que seu autor combateu as decantadas "realidades permanentes" e denunciou a "crise que atravessamos, e que nos ameaça hoje como nação, amanhã como Estado" (p. 25).

Com assinaladas qualidades de pensador político, SPÍNOLA demonstrou os equívocos da posição portuguesa, na África, sujeita a uma interminável guerra de desgaste que, fatalmente, absorveria a maior parte dos recursos econômicos da pátria, levando-a, em breve tempo, a um colapso total, além de situá-la mal no panorama internacional. Por isso, pleiteou uma solução política, e não militar, para o problema das colônias, propondo uma forma federal de Estado entre elas e a metrópole, dada a especificidade

normativa que ambas deveriam possuir, atendidas as suas peculiares circunstâncias. Revelava-se um militar de consciência civil arejada (longe daquele civilismo taciturno do outro regime), que diagnosticava males e apresentava soluções de largas coordenadas. Era, todavia, mais um teórico do que um verdadeiro líder.

A autodeterminação pleiteada era inevitável, mas para chegar a ela era necessária uma patriótica ação política, maduramente refletida, determinada a colimar seus altos objetivos, mas também enérgica, e, sobretudo, forte em si, para possibilitar uma segura emancipação gradual, livre da pressão de certas potências. Não há liberdade sem ordem, nem pode haver direitos sem autoridade que os garanta. O que ocorreu é de conhecimento geral. A miséria chegou ao continente, com um milhão de refugiados africanos privados de seus bens.

Portugal, nação de uma admirável herança de espírito e de civismo, fala muito de perto aos corações brasileiros, que o desejam ver efetivamente emancipado, social e economicamente, nesse amplo leque de possibilidades que se lhe abriu no processo histórico.

O seu destino não podia ser jogado nos tabuleiros dos interesses subalternos, mas auscultado na própria substância de sua missão na África.

A esquerdista Constituição da República Portuguesa, de 1976, com seus trezentos e doze artigos (*), é das mais extensas, sendo apenas superada pelas Constituições da Índia, da Iugoslávia e do Uruguai.

A crítica tem apontado suas hesitações (ALUIZIO FLORES, *As Vacilações da Constituição Portuguesa*, in *JB*, de 16-5-76), mas, tecnicamente, o que a compromete é a inserção abundante de dispositivos, enfocando matérias que, rigorosamente, escapam ao campo do direito constitucional.

Excessivamente minuciosa e detalhada, tem o sabor de um desabafo, após ditadura de quase cinquenta anos. Discutida durante dez meses, ela procurou situar o Estado português dentro das novas perspectivas, dando-lhe um ritmo ideológico bem diverso do anterior, demonstrando seu empenho em transformar-se numa sociedade sem classes, assegurando, por isso,

(*) N.R. — Após a revisão de 1982, a Constituição de Portugal passou a ter 300 artigos.

As referências, neste trabalho, são feitas aos artigos do texto de 1976.

a transição para o socialismo, mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras (arts. 1.º e 2.º).

Portugal tornou-se, claramente, um Estado Regional, com regime semi-presidencial, constituído pelo território continental e pelas regiões autónomas dos arquipélagos dos Açores e da Madeira, dotadas de estatutos político-administrativos próprios, surgindo Macau como um território regido por ordenação adequada à sua situação especial (arts. 5.º e 6.º), tendo, inclusive, Assembléia Legislativa (art. 306, 3). Diga-se, de passagem, que já é quase nenhuma a presença lusa nessa antiga colônia. O português, praticamente, não é falado, cedendo lugar ao inglês e, principalmente, ao chinês. A moeda de prestígio, no local, é a de Hong Kong. De Portugal só *restaram ruínas. Macau é hoje uma concessão chinesa.* A Carta lusitana impõe, no plano econômico, a apropriação coletiva dos principais meios de produção (art. 10, 2); prescreve que os preceitos relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16, 2); que a declaração do estado de sítio não pode afetar o direito à vida e à integridade pessoal (art. 19, 3). Foi criada uma espécie de "ombudsman", com o nome de Provedor de Justiça, designado pela Assembléia da República, por quatro anos, podendo ser reeleito uma vez (*Lei n.º 81/77*), e que tem por finalidade apreciar, sem poder decisório, queixas por ações ou omissões dos poderes públicos, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças (art. 24). Ficou estabelecido que os órgãos da soberania são o Presidente da República, o Conselho da Revolução, depois abolido, a Assembléia da República, o Governo e os Tribunais e que são eles separados e interdependentes (arts. 113/114). Curiosamente, por crimes estranhos ao exercício de suas funções, o Presidente da República responde depois de findo o mandato (art. 133, 4).

Ao Conselho da Revolução, composto por vinte e um membros (art. 143), competia não só examinar a constitucionalidade de quaisquer diplomas, antes de serem promulgados e assinados, como apreciar a constitucionalidade de quaisquer diplomas publicados e declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória (art. 146, *a e c*), nos termos, ainda, do art. 281.

Determinou-se que a discussão dos projetos e propostas de lei compreende um debate na generalidade e outro na especialidade (art. 171) e que nos intervalos ou suspensões das sessões legislativas funcionará a Co-

missão Permanente da Assembléia da República (art. 182). O Júri, composto pelos juizes do tribunal coletivo e por jurados, só intervém no julgamento dos crimes graves e funciona quando a acusação ou a defesa o requeiram (art. 216). A bem dizer, reconhece-se à Magistratura, apenas, a garantia da inamovibilidade (art. 221, 1). A nomeação, colocação, transferência e promoção dos juizes e dos agentes do Ministério Público, bem como o exercício da ação disciplinar, competem, respectivamente, ao Conselho Superior da Magistratura e à Procuradoria-Geral da República, o que, sem dúvida, constitui um progresso, libertando essas autoridades da influência do Executivo (arts. 223, 2, e 225, 2).

As autarquias locais são, em geral, as freguesias e os municípios (art. 238).

Os que forem considerados inaptos para o serviço militar armado e os objetores de consciência prestarão serviço militar não armado ou serviço cívico adequado à sua situação (art. 276, 3).

O Conselho da Revolução era assessorado por uma Comissão Constitucional, integrada por nove membros, sendo quatro juizes (art. 283); ambos foram extintos por emenda posterior (Lei Constitucional n.º 1/82), que criou um Tribunal Constitucional (ver Lei n.º 28/82), composto de treze juizes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados por esses, devendo-se notar que os referidos magistrados são designados por seis anos e o Presidente do Tribunal é eleito pelos respectivos pares, dos quais seis são obrigatoriamente escolhidos dentre os juizes dos outros Tribunais e os demais oriundos da classe de juristas; a Constituição só pode ser revista pela Assembléia decorridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão (art. 287).

Registrou-se que algumas leis constitucionais, posteriores a 25 de abril de 1974, passaram a ser consideradas leis ordinárias (art. 292, 2) e, entre outras coisas, que os poderes constituintes do Conselho da Revolução cessaram com a votação do decreto da Assembléia Constituinte, que aprovou a Constituição. Finalmente, Portugal comprometeu-se a promover e garantir o direito à independência de Timor Leste (art. 307), tornando inequívoca uma simpática política anticolonialista.

Um braço da civilização luso-brasileira chega às fronteiras da Espanha e o outro às da Argentina. Entre eles, o coração atlântico aproxima dois gloriosos povos irmanados por uma história comum, solidários diante do marcante destino que os aguarda.

Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
e
NEY PRADO

Professores de Direito Público e Ciência
Política

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Metodologia sistêmica. 3. Sistema. Organização e ordem. 4. Sistemas descritivos e sistemas normativos. 5. Plurissistema e sistema social. 6. A ordem do sistema econômico e social. 7. Princípios norteadores da ação do Estado na ordem econômica e social. 8. O papel do Estado democrático na ordem econômica e social. 9. Dos princípios aos objetivos e desses aos institutos: uma seqüência lógica. 10. Dissociação das ordens econômica e social no texto constitucional. 11. Conclusões.

1. Introdução

A ordem econômica e social, tal como estudada no direito constitucional, na ciência política e na economia política, quase sempre recebe tratamentos conceptuais não só distintos como, por vezes, conflitantes.

A necessidade de uma abordagem unificadora, que já se fazia sentir, agudizou-se nessa fase de elaboração constitucional por que passa o País.

Acreditamos que metodologias multidisciplinares, como é o caso da análise sistêmica, podem aportar a contribuição instrumental de que necessitamos para chegarmos a um conceito cientificamente abrangente, válido

e útil que, acreditamos, melhor contribuirá para a clareza e a convergência do diálogo juspolítico.

Precedemos a aplicação da análise sistêmica ao problema, de uma breve introdução, dirigida aos que estão pouco familiarizados com esse método, bem como de algumas apreciações sobre certos conceitos, como os de organização e de ordem, essenciais ao entendimento do trabalho.

2. Metodologia sistêmica

A complexidade dos fenômenos e dos conjuntos de fenômenos da natureza e do homem tem maravilhado os que, através dos tempos, se têm dedicado a observá-los e a estudá-los.

Para satisfazer a sede de conhecimento e a necessidade de agir eficientemente em relação a esses fenômenos, a filosofia e a ciência desenvolveram métodos e diversificaram as abordagens da realidade.

Em grandes linhas podemos distinguir os métodos clássico e sistêmico que, não obstante partirem de pressupostos antípodas, coexistem e se completam.

O método clássico⁽¹⁾ consistia, basicamente, em isolar o *objeto* do conhecimento — indivisível, positivo e estável — através da análise, para, a partir de sua compreensão, recompor o todo através da síntese.

A *objetividade* destacava o fenômeno em estudo da relatividade cultural do observador; a *indivisibilidade* fundava as cadeias relacionais no elemento mais simples e irredutível; a *positivação* buscava caracterizá-lo por seus elementos e propriedades afirmativas; e a *estabilidade*, por sua resistência às mudanças provocadas. Esse objeto, assim isolado, considerado fora de seu relacionamento com meio e estrutura a que pertença, era devidamente procurado como centro metodológico e ponto de partida de todos os ramos do conhecimento.

O século XIX viu a máxima expressão do emprego desse método, redutivo-dedutivo-objetivo-positivo, beneficiando, amplamente, todas as ciências, naturais e sociais. As ciências naturais a objetividade havia proporcionado, entre outras conquistas, a especialização e o desenvolvimento tecnológico. As ciências sociais não poderiam deixar de contagiarem-se pelo êxito experimentado pelas co-irmãs e também se esgalharam em abordagens especializadas e procuraram o caminho das aplicações práticas.

O cosmo, sob essa visão, parecia coerente, simples, bem ordenado, formado por corpos celestes, células, moléculas, átomos e instituições regulares e previsíveis. O todo explicado pelas partes.

(1) "A ciência clássica fundou-se sob o signo da *objetividade*, isto é, de um universo constituído por objetos isolados (num espaço neutro), submetido a leis objetivamente universais." (EDGAR MORIN, *La Méthode*, 1, Paris, Ed. du Seuil, 1977, p. 93.)

O século XX pôs em questionamento a validade do método clássico para enfrentar uma natureza que, pouco a pouco, descobria-se ser contraditória, instável e indeterminada. A cisão do átomo representou a culminância de uma série de descobertas que revelaram inesperadas rachaduras na construção cosmogônica marmórea e monolítica: o átomo não era mais *á-tomo* (indivisível), mas um conjunto de partículas. Em vez de ser um perfeito e modelar objeto metodológico — isolado, positivo e indivisível —, o átomo era, na verdade, um sistema, em que interagiam partículas diversas, de propriedades opostas, positivas e negativas e, ainda por cima, instável e irredutível às leis de causalidades exatas.

As descobertas da física não podiam deixar de repercutir em cadeia sobre todo o conhecimento. HEISENBERG, PLANK e EINSTEIN provocaram, além de uma revisão epistemológica, uma revolução metodológica, para enfrentar a pluralidade, em vez da unidade; a interação, em vez do isolamento; a ambivalência, em vez da positividade; a divisibilidade, em vez da indivisibilidade; a instabilidade, em vez da estabilidade. Em suma: o sistema, em vez do objeto.

O cosmo demonstrava ser, ao mesmo tempo, afirmativo e negativo, ordenado e desordenado, auto-organizador e autodestruidor, sobreexistindo, não apesar dos contrários mas em razão deles⁽²⁾. Para sua compreensão, além das disciplinas de especialização, era necessária a abordagem multidisciplinar e nexialista.

Por tudo isso, T. S. KUHN, estudioso das revoluções científicas, caracterizou-as pelo surgimento de novos “paradigmas” conceituais, capazes de proporcionar outros ângulos de abordagem dos mesmos problemas; fundamentalmente, uma revolução metodológica.

A vantagem da abordagem sistêmica estava na possibilidade de “reconstruir” a realidade ao mesmo tempo que se analisava, perceber as relações à medida que se identificava cada elemento inter-relacionado e avaliar o positivo e o negativo enquanto interagentes. Em suma: simplificar sem esquematar um modelo.

Estavam lançadas as bases para os enfoques sistêmicos e multidisciplinares nas ciências sociais e abertas as largas vias especulativas que trilhariam um TALCOTT PARSONS, na sociologia⁽³⁾; um DAVID EASTON, na ciência política⁽⁴⁾; e um GEORGES BURDEAU, no direito político⁽⁵⁾, entre tantos outros cientistas sociais contemporâneos.

(2) “A ordem que se rasga e se transforma, a onipresença da desordem, o aparecimento da organização, suscitam exigências fundamentais: toda teoria deve trazer agora a marca de desordem e da desintegração, toda teoria deve relativizar a desordem, toda teoria deve nuclear o conceito de organização.” (EDGAR MORIN, *op. cit.*, p. 79.)

(3) *The Social System*, Glencoe, Free Press, III, 1951.

(4) *A Framework for Political Analysis*, New Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1965.

(5) *Traité de Science Politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.

3. Sistema, organização e ordem

Por volta da década dos cinqüenta, LUDWIG VON BERTALANFFY, professor da Universidade de Alberta, no Canadá, propôs uma “Teoria Geral dos Sistemas”, desenvolvendo um método que partia do *sistema* como “um complexo de elementos em interação” (6).

A esse conceito agregou-se, ainda, outro elemento: a *organização*, isto é, o caráter regular e estável das interações dentro de um dado sistema (7).

O sistema é, portanto, “uma unidade global organizada de inter-relações entre elementos, ações ou indivíduos” (8), ou em outros termos: *um conjunto de elementos que se inter-relacionam de maneira regular e estável*.

A idéia de organização, assumindo, assim, papel tão importante no conceito de sistema, pressupunha, entretanto, mais um dado: um princípio que regulasse a disposição dos elementos inter-relacionados de modo que o todo viesse a produzir os resultados a que se propunha. Este novo conceito, de *ordem*, seria introduzido como o necessário e inafastável *pré-requisito funcional da organização*, identificável em qualquer sistema, espontâneo ou artificial, para desempenhar uma função ou produzir um resultado.

A ordem é, pois, um pré-requisito funcional sempre presente, *uma disposição interna que viabiliza a organização de um sistema*.

A ordem, nos sistemas sociais, age como “condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade concebida como um sistema social” (9).

É a esta idéia de ordem que nos referiremos neste ensaio, para precisar o que vem a ser a ordem econômica e social, tratada nas Constituições políticas e objeto de intervenção do Estado contemporâneo.

4. Sistemas descritivos e sistemas normativos

Para chegar-se às Constituições políticas sob a abordagem sistêmica, é necessário, preliminarmente, diferenciarem-se os *sistemas descritivos* dos *sistemas normativos*.

As ciências naturais esgotam-se no estudo dos *sistemas reais*, o estudo do ser. As próprias hipóteses formuladas só valem na medida em que sirvam para explicar a realidade.

(6) *Teoria Geral dos Sistemas*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1975, p. 84.

(7) Elemento já observado por FERDINAND DE LA SAUSSURE, desde 1931, no seu *Cours de Linguistique Générale*, Genebra, Ed. Payot, 1931.

(8) EDGAR MORIN, *op. cit.*, pp. 99/100.

(9) V. JOSÉ GARMENDIA, in *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio, Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 966.

As ciências sociais, todavia, além do estudo dos sistemas reais, ocupam-se, ainda, com os *sistemas ideais*, a especulação sobre o *dever ser*, concebidos como projeções superiores, desejáveis, dos fenômenos sociais.

Os sistemas reais são objeto da descrição científica, daí serem *sistemas descritivos*. Os sistemas ideais são objeto da especulação científica e filosófica, daí serem *sistemas paradigmáticos* ou, mais simplesmente, *sistemas normativos*.

A organização dos sistemas reais é um fenômeno observável, enquanto que a organização dos sistemas ideais é um produto da razão, fruto da criação e da vontade humana.

A ordem do sistema real é o conjunto de princípios constatados a partir da observação metódica. Por outro lado, a ordem do sistema ideal é o conjunto de princípios concebidos abstratamente sob a suposição de que, se impostos à realidade, deveriam produzir um efeito aperfeiçoador desejável na sociedade.

Observe-se que a ordem do sistema ideal — a ordem normativa — se justifica pela finalidade de contribuir com um aperfeiçoamento funcional da organização do sistema a que se refere.

As ciências sociais desdobram-se, destarte, em dois ramos: o *descritivo*, em que a ordem existente é objeto de observação e de descrição, e o *normativo*, em que a ordem desejável é objeto de imposição sob forma de *normas de conduta*.

5. *Plurissistema e sistemas sociais*

Pode-se considerar toda sociedade como um grande e amplíssimo *plurissistema social*. Em seu bojo, articulam-se tantos *sistemas* e *subsistemas sociais* quantos queiramos distinguir, tanto para fins de descrição da realidade quanto para regê-la: *sistemas sociais descritivos* ou *sistemas sociais normativos*.

É assim que no plurissistema social podemos distinguir sistemas como o familiar, o local, o produtivo, o agrícola, o urbano, o religioso, o empresarial etc., cada um deles divisível em subsistemas e, também, cada um deles, suscetível de ser abordado descritiva ou normativamente.

Há, portanto, um sistema descritivo do familiar, como o há o normativo: há um sistema religioso descritivo ao lado de um sistema religioso normativo, e assim por diante.

Mas dois sistemas importam significativamente para este ensaio: o que se centra sobre o poder e se refere à condução da sociedade — o *sistema político*, e o que se refere aos fenômenos da produção, da circulação e consumo das riquezas e se refere à economia da sociedade — o *sistema econômico*.

Igualmente, ambos podem ser considerados descritivos ou normativos: o sistema político descritivo e o sistema político normativo; o sistema econômico descritivo e o sistema econômico normativo.

Cada um desses quatro tipos, é claro, apresenta sua organização própria e, disciplinando-as, os respectivos princípios de ordem.

O *sistema político normativo* de toda a sociedade é o seu *direito* e os princípios de ordem que dispõem superiormente os seus elementos concentram-se na mais elevada expressão do sistema: a *Constituição política*.

É na Constituição política de uma sociedade organizada, assim entendida como a quintessência dos princípios de ordem de um sistema político normativo, que os demais sistemas e subsistemas normativos devem encontrar fundamento e limites; norte e balisamento.

Se esses princípios forem excessivamente idealistas, serão utópicos; se ficarem demasiadamente realistas, serão inócuos. Uma Constituição política é o delicado ponto de encontro entre o real e o ideal de uma sociedade — é o *ideal possível*, e sua feitura, a realização máxima da política, que, como sentenciava BISMARCK, é a “arte do possível”.

6. *A ordem do sistema econômico e social*

A referência habitual à “ordem econômica e social” relaciona-se ao sistema político normativo aplicável aos fatos econômicos e sociais. Mas não é daí que devemos partir e sim do sistema econômico-social descritivo, que integra e explica esses fenômenos e forma o supedâneo real do sistema econômico-social normativo, esse sim, integrado no sistema político normativo. A nível constitucional, todo fenômeno econômico-social passa a ser um fenômeno político, pois se trata de uma “alocação autoritária de valores” (10).

Não nos preocupemos, pelo momento, em distinguir o econômico do social; oportunamente consideraremos a dissociação, tal como já o fizemos em nossos trabalhos, desde 1970, e hoje vem ganhando acolhida em vários autores (11).

Considerando o sistema econômico-social descritivo, como qualquer sistema da sociedade no plano real, esse desenvolve espontaneamente sua própria *organização*, como um produto cultural cujas origens se perdem no passado pré-histórico. Por sua vez, a *ordem*, que regula e preside esta organização, põe em evidência princípios imemorialmente observáveis e descritíveis, cujo estudo sistemático constitui o cerne da economia.

(10) A conhecida definição de DAVID EASTON. V, *A Framework for Political Analysis*, New Jersey, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1966, Capítulo IV — “A Identificação do Sistema Político”.

(11) Referência a n/ *Curso de Direito Administrativo*, Rio, Forense.

A política, como atividade múltipla e universal, que pode manifestar-se em qualquer campo da atividade social, eventualmente vem alterando, a nível normativo, essa ordem espontânea, daí o surgimento de uma ordem imposta pelo sistema político normativo — é o que chamamos de *ordem econômica e social*, hoje, lograda através da ação do Estado.

Durante milênios, a ação política sobre a economia não teve as peculiaridades que atualmente apresenta. Só foi em consequência da Revolução industrial, no século XIX, caracterizada, entre outros traços, pelo surgimento da concentração de capital, da massa proletária e pelo aguçamento exagerado das desigualdades sociais, que essa função política interventiva do Estado manifestou-se com maior presença e energia, no intuito de corrigir as *disfuncionalidades* que a ordem espontânea havia permitido que surgissem, no sistema econômico e social real do capitalismo nascente.

Surgia, assim, o Estado dirigista e interventivo, com a missão acrescida de *impor uma ordem econômica e social normativa* capaz de corrigir aquelas disfuncionalidades que, de outro modo, somente a muito custo social e inaceitáveis sacrifícios poderiam vir a ser eliminadas pela ordem espontânea.

A atribuição de maior soma de poderes, da sociedade ao Estado, foi, portanto, a solução encontrada para impor as correções que deveriam evitar esses sacrifícios. Foram os países europeus que deram início à Revolução industrial, notadamente a Inglaterra, a França e a Alemanha, que introduziram, em suas legislações, esses mecanismos normativos de reajuste de funcionalidade de seus sistemas econômico-sociais, dando causa a uma explosiva expansão do direito público, notadamente do direito administrativo, estendendo-se, progressivamente, a relações que tradicionalmente se submetiam integralmente ao direito privado.

A lei, antes aplicável a todas as classes e a todas as categorias sociais, o “sagrado” direito civil, cedia e cindia-se para tratar desigualmente situações desiguais de poder na sociedade; o nosso modelo político normativo priorizava o direito público (12).

Mas não só se alterava a base legislativa ordinária para permitir a ação do Estado sobre o domínio, outrora reservado, da economia e, mesmo, das relações de propriedade, outra *res sacra* do direito privado tradicional. O desenvolvimento do direito administrativo, do direito tributário e do direito do trabalho trouxe a preocupação de definir, a nível constitucional, esses novos princípios de ordem que deveriam corrigir, temperar e moderar as disfuncionalidades que os princípios de ordem espontâneos do liberalismo não tinham podido evitar.

(12) “Si la loi satisfait une classe aux dépens d’une autre, une catégorie d’intéressés aux frais d’une autre, elle devient *la loi partielle*, pour reprendre un mot de la Grande Révolution”, lamentava GEORGES RIPERT no seu *Le Déclin du Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1949, p. 33.

A elevação desses princípios de ordem normativos, embaixadores do dirigismo e intervencionismo econômico do Estado, aos diplomas constitucionais contemporâneos, não só teria como resultado firmar, devidamente, na mais alta hierarquia normativa, a competência estatal, como evitar o perigo da disfuncionalidade oposta que poderia ser causada pelo abuso dos novos poderes por parte do Estado.

Posto em outros termos, o duplo objetivo da inserção dos princípios conformadores da ordem econômica e social, a ser imposta pelo Estado ao sistema econômico e social da nação, não só convalidaria plenamente a ação interventiva estatal como protegeria a sociedade contra a tentação, sempre presente, entre detentores do poder, de acrescê-los ou de deles abusar, produzindo uma ordem econômica e social inteiramente cerebrina e artificial, derogatória e destruidora daquela que floresce espontaneamente nas sociedades, como produto de sua evolução histórico-cultural.

Em conseqüência dessa dupla preocupação: corrigir disfunções sem ensejar novas, reduzindo o risco do abuso do poder econômico pelos particulares sem permitir que o próprio Estado o faça, as Constituições políticas, a partir da Primeira Guerra Mundial, tomando como melhor exemplo a Constituição alemã, de Weimar, surgida em 1918, passaram a incluir um título ou capítulo integralmente dedicado à ordem econômica e social.

É, portanto, da maior importância para a compreensão do poder interventivo do Estado no domínio econômico, nos países que optaram por *compatibilizar* as liberdades democráticas com a justiça social, entender que os dispositivos constitucionais introduzidos para esse fim não se destinam a *substituir* o sistema espontâneo da sociedade por todo um mecanismo de inter-relações econômicas e sociais de concepção cerebrina, descompassado com a realidade. A verdadeira função desses dispositivos, que conformam os títulos ou capítulos da ordem econômica e social das Constituições contemporâneas, é *introduzir correções* pela ação do Estado, fixando-lhe, por isso, competência, finalidade e conteúdo, e sujeitando-o a mecanismos juspolíticos de *contenção* do novo poder: limitação e controle.

O Estado, distintamente do que muitos ainda possam pensar, notadamente sob influência consciente ou inconsciente das ideologias estatizantes e das tentações totalitárias⁽¹³⁾, não pode nem deve substituir a sociedade, a que deve *apenas* servir, nas ações políticas, econômicas e sociais que necessitam continuar a produzir, livre e espontaneamente, em sua evolução cultural, mas tão-somente, em caráter corretivo e excepcional e, porque não

(13) "Embora possa parecer paradoxal, há um totalitarismo global e outro parcial, este como elemento ou momento preparatório daquele. Será, assim, totalitária qualquer solução política ou jurídica que consagrar, por exemplo, uma única forma de arte ou de culto religioso, com a exclusão terminante de todas as outras". MIGUEL REALE, *Liberdade e Democracia*, Ed. Saraiva, 1987, p. 15 — "Totalitarismo Constitucional".

dizer, transitório, cuidar de eliminar as disfuncionalidades do sistema real, que surjam durante o processo.

Há todo um acervo, um patrimônio de valores e de modos de relações humanas que *não podem* ser alterados, nem mesmo pelas Constituições políticas. *Acreditar nessa possibilidade é uma sombria utopia; tentar realizá-la, uma insana tirania.*

7. *Princípios norteadores da ação do Estado na ordem econômica e social*

Entre um sistema real, que se apresente distorcido e insuportavelmente injusto, e um sistema ideal, utópico e irrealizável, deve-se buscar a construção de um *sistema de compromisso flexível*, que corrija as disfunções mais graves sem impedir o paulatino e espontâneo aperfeiçoamento organizacional.

Esse sistema *possível*, simultaneamente oposto ao real e ao ideal e, ao mesmo tempo, conciliador de ambos, deverá estar informado por uma sábia combinação de princípios de ordem espontâneos e de princípios de ordem introduzidos pela ação do Estado.

Os princípios de ordem de evolução espontânea devem ser deduzidos da evolução histórico-cultural das sociedades, enquanto os princípios de correção, a serem introduzidos pela ação do Estado, devem ser deduzidos das *ciências sociais e da experiência política*.

Uma Constituição *pode* explicitar, portanto, se assim parecer conveniente, os princípios de ordem de evolução espontânea dominantes numa sociedade, mas *deve* definir, necessariamente, os princípios de ordem corretivos que devam orientar a ação do Estado.

Os princípios espontâneos, como a liberdade de iniciativa, a competição, a propriedade privada, não resultam do reconhecimento constitucional para existirem e se impõem naturalmente à sociedade. Distintamente, os princípios corretivos, reitores da ação estatal, necessitam ser expressamente previstos para que sejam obrigatórios.

Em suma: os princípios de ordem econômica e social espontâneos conformam a regra, um substrato de valor a que MIGUEL REALE tem dado a denominação de "invariáveis axiológicas" (14), ao passo que os de correção constituem as exceções.

Em conseqüência, os princípios e normas que defluem da ordem espontânea interpretam-se ampliativamente, enquanto os princípios e normas, que defluem de ordem corretiva imposta, interpretam-se restritivamente.

(14) MIGUEL REALE, *op. cit.*, p. 16.

Como a ordem fundamental é a espontânea — e de outra forma não estaria na medida do homem —, a ordem corrigida, que a ela se agrega, não existe senão para eliminar as disfunções que a desumanizam e não para introduzir novas disfunções que agravem a desumanização do sistema, a pretexto de humanizá-lo.

Os dois postulados, um espontâneo — a *liberdade*, e outro, racional — a *igualdade*, presidem a todo o processo de constitucionalização de uma sociedade política. A *liberdade* é um anseio sempre presente e de permanente conquista histórica da ordem espontânea; a *igualdade*, um anseio que lança suas raízes nas distorções e, por isso, também muito antiga, mas sua conquista depende, muito mais, de um esforço corretivo racionalmente imposto que da evolução natural das sociedades, uma vez que a igualdade não é imperativo da natureza, mas da justiça ⁽¹⁵⁾.

Os princípios derivados do postulado liberdade são sempre reflexos espontâneos dos interesses e aspirações da sociedade como um todo; os princípios derivados do postulado igualdade são sempre resultado de uma elaboração racional em favor dos interesses e aspirações de uma parcela da sociedade, geralmente de grande expressão numérica, embora, nem sempre, de ponderável expressão política.

Esses princípios derivados do postulado *liberdade* são as chamadas *liberdades individuais* que, na ordem econômica e social, podem resumir-se no seguinte elenco: liberdade de iniciativa, de empresa, de lucro, de competição, de contratação e de apropriação.

Esses princípios não reclamam outorga do Estado, nem mesmo explicitação, para existirem. Sua presença, nas Constituições, tem efeito declarativo.

Assim, numa sociedade democrática, consciente desses princípios, é até desnecessário explicitá-los. A Constituição dos Estados Unidos da América e a primeira Constituição francesa, pós-revolucionária, recorde-se, não continham os elencos de liberdades individuais que já se tornaram tradicionais no constitucionalismo contemporâneo; nem por isso essas liberdades não existiam ou eram negadas. A explicitação passou a ser feita mais com o sentido de dar-lhes evidência que vigência. A explicitação serve também a outros fins: à formulação das *garantias constitucionais* e à vinculação do poder de polícia.

Se isto se dá no campo do postulado social da *liberdade*, o mesmo não ocorre com o postulado moral da *igualdade*, de dedução racional e imposição corretiva. A liberdade, em princípio, não reclama a ação do Esta-

(15) Na realidade, a igualdade não existe na natureza. No plano real, ela é produto da imprecisão e deficiência da observação humana; no plano do ideal, que é sua sede, é produto do sentimento de justiça.

do para que se nos seja assegurada; a igualdade, ao contrário, demanda ação do Estado para introduzi-la no plano do real.

Surgem, assim, as “liberdades sociais” agindo como corretivo das deformações que, na ordem espontânea, são observadas pelo abuso e desvio das “liberdades individuais”.

Assim, se tomarmos um elenco de liberdades individuais, encontramos, em correspondência, princípios corretivos que as temperam e moderam.

O princípio da *liberdade de iniciativa* tempera-se pelo da *iniciativa suplementar do Estado*; o princípio da *liberdade de empresa* corrige-se com o da definição da *função social da empresa*; o princípio da *liberdade de lucro*, bem como o da *liberdade de competição*, moderam-se com o da *repressão do poder econômico*; o princípio da *liberdade de contratação* limita-se pela aplicação dos princípios de *valorização do trabalho* e da *harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção*; e, finalmente, o princípio da *propriedade privada* restringe-se com o princípio da *função social da propriedade*.

São os princípios corretivos os que devem ter assento expresso, claro e bem definido nas Constituições democráticas, pois são eles, simultaneamente, que outorgam e limitam o poder do Estado. A correção coacta da ordem espontânea só pode ser feita pelo Estado *vinculadamente* a esses princípios: na oportunidade, na forma, com o conteúdo previsto e, sobretudo, para os estritos fins para os quais foram introduzidos na regra de competência.

8. *O papel do Estado democrático na ordem econômica e social*

A configuração de um *modelo possível*, capaz de conciliar, eficientemente, a ordem econômica e social espontânea com uma ordem introduzida pela ação do Estado com finalidades corretivas das disfuncionalidades, deve partir, portanto, da aceitação de ambos os postulados fundamentais: para uma, a liberdade, como valor substantivo, e, para a outra, a igualdade, como valor adjetivo; *uma liberdade igualitária, na medida do possível*.

A liberdade sem concessões à igualdade é desumana, pois escraviza o homem ao homem, e a igualdade sem liberdade é ainda mais desumana, pois escraviza o homem ao Estado.

A primeira tarefa para equacionar corretamente a ação do Estado democrático na ordem econômica e social consiste, destarte, no diagnóstico das disfuncionalidades *reais* do sistema, evitando que preconceitos, generalizações ou excesso de generosidade despertem disfuncionalidades *imaginárias*.

Encontraríamos, assim, segundo esse método, um elenco mais ou menos como o seguinte, de disfuncionalidades econômicas e sociais resultantes da ordem espontânea:

- a) exercício anti-social de direitos individuais;
- b) abuso do poder econômico;
- c) falta de solidariedade;
- d) debilidade de setores econômicos específicos;
- e) falta de visão da segurança coletiva;
- f) desigualdade de oportunidades; e
- g) carência de incentivos às iniciativas econômicas e sociais.

As correções esperadas, da ação do Estado, a essas disfuncionalidades devem ser o objeto do título da ordem econômica e social. Tais correções podem assumir três modalidades: *limitações* ao exercício das liberdades individuais, *intervenções* nos processos econômicos e *fomento público* de iniciativa de interesse coletivo.

Pelas *limitações*, o Estado atua restringindo e condicionando o exercício das liberdades individuais e dos direitos delas decorrentes, compatibilizando-os com os valores convencionais de expressão coletiva, como a segurança, a salubridade, o decoro e a estética — no caso, no campo econômico-social.

Através das *intervenções*, o Estado atua de maneira imediata e direta nas relações e nos processos econômicos, seja para coibir o abuso do poder econômico — o que constitui a intervenção *sancionatória* —, seja para restabelecer a solidariedade ou o primado do social — o que vem a ser a intervenção *ordinatória*, seja para suprir a debilidade de setores econômicos específicos — o que caracteriza a intervenção *concorrencial*, ou para garantir a segurança do todo sobre o interesse setorial — o que fundamenta a intervenção *monopolística*.

Observe-se, a propósito, que a modalidade de intervenção que se pratica sobre a liberdade contratual, destinada a garantir a justiça social nas relações contratuais de trabalho, é uma variedade da intervenção ordinatória. Também ordinatória será a modalidade interventiva que submete a um regime especial público determinada riqueza ou serviço, como por exemplo, entre nós, as jazidas, as telecomunicações, a navegação de cabotagem e a geração e distribuição de energia elétrica.

Através do *fomento público*, o Estado deverá desenvolver uma atuação suasória, não cogente, destinada a estimular as iniciativas privadas que concorram para reestabelecer a igualdade de oportunidades econômicas e sociais ou suprir deficiências da livre empresa no atendimento de certos aspectos de maior interesse coletivo.

É necessário, portanto, que os dois institutos coativos, de que lança mão o Estado: as *limitações* e as *intervenções*, que representam exceções ao sistema espontâneo, fiquem perfeitamente definidos e desenvolvidos com o *máximo de rigor* em termos de técnica jurídica, de modo a evitar dúvidas, ambigüidades e obscuridades que dificultam, de um lado, o controle jurisdicional da atividade da administração pública e, de outro lado, estimulam o abuso dirigista e intervencionista do Estado.

Observe-se, finalmente, que um bom sistema de autocontrole e, principalmente, de controle jurisdicional dos atos administrativos, no campo econômico e social, depende, crucialmente, da meridiana clareza e da exatidão das definições técnicas dos princípios, dos objetivos e dos institutos interventivos em seu assento constitucional.

9. *Dos princípios aos objetivos e desses aos institutos: uma seqüência lógica*

Uma vez formulados os *princípios*, o passo subsequente corresponde à fixação dos macroobjetivos políticos da ação do Estado na ordem econômica e social.

Tanto para os princípios da ordem espontânea quanto para os princípios corretivos, adotados racionalmente, vários objetivos possíveis poderão corresponder. Por isso, deverão ser avaliados, escolhidos e dimensionados consoante as políticas dominantes (*legitimidade*), temperados, sempre, pela prudência (*razoabilidade*), para que não venham a ser estabelecidos objetivos utópicos (*irrealidade*).

Assim, exemplificativamente, para o princípio da *liberdade de iniciativa*, o objetivo será a *participação* aberta dos indivíduos e dos grupos sociais secundários em todos os processos econômicos e sociais. Como esse princípio sofre o temperamento do princípio corretivo da *iniciativa suplementar do Estado*, será necessário, em contrapartida, que se lhe fixe, também, o respectivo objetivo da ação interventiva: a *cobertura da ineficácia do setor privado* ou o *atendimento a reclamos da segurança nacional*.

O princípio da *liberdade de empresa* pode ditar um objetivo de *primado das atividades econômicas e sociais* garantido às empresas privadas. Por outro lado, os correspondentes princípios corretivos, como a *função social da empresa* e a *reserva dos serviços públicos*, levariam ao estabelecimento de seus defluentes objetivos, de *assegurar um geral abastecimento de gêneros essenciais* e de *garantir a generalidade, permanência, modicidade e contínuo aperfeiçoamento de serviços públicos*.

O princípio da *liberdade de lucro* ditará um objetivo de *estímulo à produtividade e à criatividade*, espontâneos na sociedade, ao passo que o princípio moderador correlativo, de *repressão ao abuso do poder econômico*,

poderá ditar os objetivos de *refrear a ganância*, de estimular a *reinversão econômica* ou de *fomentar a inversão social*.

O princípio da *liberdade de competição* induz o objetivo da *economia de mercado*, em que qualidade e preço dos produtos seguem as leis da oferta e da procura, mas será, também, temperado pelo aludido princípio da *repressão ao abuso do poder econômico*, que, neste caso, pode informar objetivos como a *garantia da livre concorrência*.

O princípio da *liberdade de contratação* teria seu correspondente objetivo no estímulo à *eficiência produtiva*, inclusive na redução do preço dos bens e serviços produzidos, mas seus princípios corretivos, como a *valorização do trabalho* e a *harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção*, exigem objetivos da *proteção ao trabalhador e preservação de sua dignidade*.

Finalmente, o princípio da *propriedade privada*, que pode conduzir a objetivos como a *estabilidade social*, o *estímulo à poupança* ou a *solidariedade familiar*, temperar-se-á com o princípio da *função social da propriedade* que poderia definir tanto objetivos voltados à *repressão do uso anti-social da propriedade* como ao *incremento de sua utilidade social*.

Feita a escolha dos objetivos políticos que devem ter assento constitucional e, assim, orientar a ação do Estado na ordem econômica e social, eles deverão ficar expressos no texto constitucional ou, pelo menos, inequivocamente implícitos no enunciado dos próprios princípios ou de seus institutos normativos. O importante é que sejam claramente apercebíveis e inteligíveis pelo legislador ordinário, que deverá baixar a legislação infraconstitucional; pelo administrador público, que deverá executar os comandos legislativos dirigidos ao Estado; pelo juiz, que deverá julgar os conflitos de interesses deles decorrentes; e, mesmo, pelo povo, em geral, que não deve ter dúvidas quanto ao alcance dos princípios e objetivos constitucionais.

Em terceiro plano, abaixo dos princípios e dos objetivos, definem-se os *institutos constitucionais*; não devem ser, necessariamente, matéria constitucional, mas, se o forem, deverão constituir o máximo de detalhamento a que deverá chegar uma Carta constitucional.

As Constituições poderão enunciar apenas *princípios*, definir princípios e *objetivos* ou, no máximo, princípios, objetivos e *institutos*; mas não devem, repita-se, passar daí, sob pena de caírem no vício do casuísmo.

A previsão dos institutos deve ressaltar sua vinculação aos objetivos que os ditaram e aos princípios que os informaram mas não deve descer a detalhes orgânicos e funcionais próprios da legislação infraconstitucional; o casuísmo deve ser evitado não só porque rouba ao legislador a formulação de opções, o que é uma forma de totalitarismo constitucional, mas porque condena o texto ao descumprimento e obsolescência.

Integra-se, assim, a cadeia preceitual constitucional: *princípio — objetivo — instituto*, que deve ser, necessariamente, coerente e logicamente vinculada.

Para o princípio da *liberdade de iniciativa* e para o correlato objetivo da *participação aberta*, os institutos da ação do Estado não necessitariam ser mais que aqueles tradicionais, conformadores do *regime civil e comercial*. Para o princípio corretivo, da iniciativa suplementar ou substitutiva do Estado e seus correlatos objetivos de *cobertura de ineficácia do setor privado* ou de *atendimento de reclamos da segurança nacional*, os institutos seriam os *regimes especiais de bens e de serviços* e as *intervenções concorrencial, substitutiva ou monopolística*.

Para o princípio da *liberdade de empresa* e seu correspectivo objetivo de conferir à empresa privada o *primado das atividades econômicas*, bastariam os institutos que estabelecem os *regimes civil e comercial comuns*. Para o princípio de temperamento, da *função social da empresa* e da *reserva de serviços públicos*, com seus objetivos de assegurar o *abastecimento de bens* ou a *prestação de serviços ao público* em condições satisfatórias para a comunidade, desenvolvem-se institutos de *intervenção concorrencial, substitutiva ou monopolística* e de *delegações permissional e concessional*.

Para o princípio da *liberdade de lucro*, que dita o objetivo do *estímulo à produtividade e à criatividade*, os institutos adequados são os dos *regimes civil e comercial* tradicionais e os do *fomento público*, em suas modalidades administrativas e tributárias. Seu respectivo princípio moderador, da *repressão do abuso do poder econômico*, deve ditar institutos de *intervenção ordinatória*, estabelecendo limites e condições, e de *intervenção sancionatória*, estabelecendo penalidades.

Para o princípio da *liberdade de competição*, que conduz ao objetivo da *economia de mercado*, também bastam os institutos do *regime civil e comercial*. Mas como é necessário corrigir distorções da livre concorrência, o princípio da *repressão ao abuso do poder econômico*, que erige objetivos como a *garantia da concorrência leal*, necessita de institutos de *intervenção sancionatória* do Estado para combater os cartéis, monopólios e oligopólios.

Para o princípio da *liberdade de contratação*, com seu objetivo de *estímulo à eficiência produtiva*, também são suficientes os institutos previstos no *regime privado*. A correção das disfuncionalidades, através do princípio da *valorização do trabalho* e da *harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção*, ditando objetivos de *proteção ao trabalhador* e *preservação de sua dignidade*, exige institutos que conformam, hoje, os fundamentos do *regime público do trabalho*.

Para o princípio da *propriedade privada*, por fim, que impõe objetivos como a *estabilidade social*, o *estímulo à poupança* e a *solidariedade familiar*, são suficientes os institutos do direito privado, estratificados em milênios

de evolução jurídica. Mas para corrigir as disfunções do uso anti-social ou subsocial da propriedade, é necessário equilibrá-lo com o princípio correlativo da *função social da propriedade* que, precisando objetivos voltados à *repressão do uso anti-social* e ao *incremento da utilidade social da propriedade*, necessita de institutos de *poder de polícia*, de *intervenção na propriedade* e impositivos de *regimes especiais sobre certos bens*.

Em suma, neste item, o que se procurou demonstrar foi a necessidade de absoluta *coerência* nessa seqüência: princípios — objetivos — institutos constitucionais; a boa técnica deverá assegurá-la nos textos das Cartas Magnas para evitar as perplexidades e confusões na correta interpretação de cada um desses elementos, isoladamente e em conjunto.

10. *Dissociação das ordens econômica e social no texto constitucional*

Alguns aspectos sociais da convivência nacional, como a família, a educação e a cultura, que tradicionalmente já tinham dispositivos fundamentais insertos nas Constituições, continuaram, nas Cartas pós-weimarianas, como as brasileiras, de 1934 em diante, fora do novo título global da ordem econômica e social.

Do mesmo modo, acabaram ficando fora desse título geral, da Carta em vigor, por motivos muito mais históricos que técnicos, certos aspectos assistenciais, como o amparo à maternidade, à infância, à adolescência e aos excepcionais (art. 176) e, em dispositivos nela esparsos, a previsão constitucional de amparo aos silvícolas (arts. 4.º, IV; 8.º, XVII, o; e 198, §§ 1.º e 2.º).

Realmente, esses aspectos da *ordem social* podem ser perfeitamente dissociáveis, devido à sua pequena ou quase nenhuma vinculação com a ordem econômica.

O mesmo não ocorre, entretanto, com a disciplina social do trabalho, com a previdência e com a assistência social do trabalhador, inseridos profundamente no sistema econômico e dele dependentes.

Assim, embora nada obste que sejam dissociados os dois sistemas no texto constitucional e, em consequência, as definições de ordem para um e para outro, é necessário ter presente a conveniência de tratar o trabalho, como fator econômico de produção, *sob a mesma técnica interventiva* adotada para a integralidade do sistema econômico.

Não é tão importante, em consequência, a disposição topográfica dos princípios e normas relativos ao trabalho, à previdência e à assistência do trabalhador, mas a coerência desses dispositivos com todos os demais princípios e normas atinentes à economia como um todo. Considerado, portanto, o trabalho, prevalentemente, seja como expressão social, seja como expressão econômica, convém que a disciplina da intervenção na liberdade contratual se harmonize com os princípios gerais adotados para

pautar a ação do Estado voltada ao estabelecimento de ordem econômica possível e desejável, notadamente a excepcionalidade e a especificidade das previsões interventivas.

O presente estudo, destarte, tanto poderia cingir-se à ordem econômica, *tout court*, como abranger, como tradicionalmente se tem feito, a ordem social a ela correlata. Não importa, reitere-se, qual seja a opção: o importante é, indubitavelmente, a *coerência do tratamento dos temas correlatos à economia* — e é neste sentido e com esse exclusivo propósito que empregamos a dupla referência, até hoje usada, às duas ordens entrelaçadas.

O mesmo que do trabalho pode-se dizer da empresa. Embora, precipuamente, um fator de produção econômica, nada impediria que fosse tratada em suas múltiplas funções sociais: como fator de integração social, de segurança social, de ascensão social e, sobretudo, de solidariedade social.

O importante, repita-se, é manter a coerência de todo o sistema interventivo adotado na Constituição.

11. Conclusões

Em suma, podemos arrolar as regras básicas que devem ser atendidas para o estabelecimento do papel do Estado na economia num regime de feição democrática que tem, no Estado, um instrumento da sociedade e, na sociedade, um instrumento do homem.

A — A ordem econômica e social resulta de um conjunto de princípios que são espontaneamente gerados pela sociedade no seu desenvolvimento histórico-social.

B — À medida que se adensam e se complexificam as relações econômicas e sociais, vão surgindo deformações que deturpam e desvirtuam a vocação perfeccionista da sociedade, com o sacrifício da justiça distributiva dos bens e das oportunidades coletivamente gerados.

C — A correção dessas distorções do sistema econômico e social passou a depender da imposição de uma ordem racional que se integre à real e a aperfeiçoe, pela ação do Estado.

D — O logro de uma correção através de uma ordem suaso-riamente estimulada (fomento público) é sempre preferível à imposição de uma correção através de uma ordem coacta (limitações e intervenções).

E — As Constituições devem ser explícitas e cuidadosas na enunciação dos princípios que devem reger a ação do Estado no campo econômico e social, excepcionadores da ordem espontânea, e rigorosamente técnicas na definição de seus institutos de coação: limitativos e interventivos.

F — As intervenções previstas, além de obedecerem aos princípios corretivos, de definição precisa (finalidade) e aceitáveis pela sociedade (legitimidade), deverão ser excepcionais e não regra; de previsão legal inafastável e não deixar ao arbítrio do Poder Executivo; invariavelmente justificadas na sua imposição abstrata (constitucionalidade) e na sua concreção casuística (legalidade), e, finalmente, sob controle integral e onímodo do Poder Judiciário.

Entendemos que a aceitação dessas conclusões concorre para o aperfeiçoamento do Estado democrático, o único, no atual estágio de desenvolvimento da humanidade, capaz de ensejar o pleno eclodir das potencialidades do homem em sociedade.

Muito a propósito, e para encerrarmos, a lição de GEORGES BURDEAU: “O Estado liberal repousa... sobre a autonomia da sociedade em relação ao Estado. Não é o poder que impõe uma estrutura à sociedade, é ela que, espontaneamente, destila sua ordem que o papel do poder se limita a garantir” (16). A outra alternativa será sempre um Estado de classe, que “supõe a subordinação da sociedade ao Estado”, o que implicaria, inelutavelmente, como a História sobejamente o demonstra, no sacrifício da liberdade em aras de uma igualdade que acaba sendo “mais igual” para uma privilegiada oligarquia que, quase sempre, nem sequer pertencerá à classe que presumidamente estaria detendo o poder. Amarga ironia da política que surpreende os povos pouco afeitos a defender a própria liberdade...

Essas condições, impende reconhecermos, poderão parecer insuficientes e tímidas às almas generosas, que gostariam de ver multiplicados os instrumentos interventivos e estatizantes com o elevado propósito de pôr drástico cobro às disfuncionalidades do sistema real, traduzidas como dolorosas injustiças sociais.

Concedendo, embora, para argumentar, que o Estado se mostrasse eficiente gestor daqueles instrumentos drásticos e heróicos, algum progresso que viesse a ser alcançado em pouco tempo se perderia no vórtice da hipertrofia estatal, esmagado por uma burocracia avassaladora.

Países que já passaram por essa experiência, em diferentes níveis de desenvolvimento e sob distintos regimes políticos, apressam-se em devolver à sociedade civil os poderes que dela arrebatarem... da velha Inglaterra de Thatcher à França de Chirac, da Rússia de Gorbachov à China de Deng-Xao Ping.

A História é eloqüente em exemplos sobre as dificuldades dos recuos à concentração de poderes no Estado. Um só poder, um só chefe, um só padrão... o preço, invariavelmente, das concessões à liberdade é o seu sacrifício.

(16) GEORGES BURDEAU, “L’Etat”, Ed. du Seuil, 1970, p. 119.

A intervenção do Estado na economia

Seu processo e ocorrência históricos

A. B. COTRIM NETO

Professor Titular de Direito Administrativo na UFRJ

S U M Á R I O

1. A fonte mística do absolutismo dos reis. 2. A Revolução Cultural do século XVIII e a mensagem do liberalismo. 3. Os fundamentos jurídicos do absolutismo: um retrospecto. 4. Como se elaborará o intervencionismo do Estado no processo social. 5. Inicia-se a demolição do liberalismo nos Estados Unidos, no plano legislativo (séc. XIX). 6. E prossegue no plano judiciário. 7. Mas a Justiça americana ainda vacila. 8. Uma lei contrária à ideologia liberal, em 1887. 9. SPENCER e a reação liberal, ainda no século XIX. 10. Uma lei de impacto contra o Estado liberal: o "Sherman Act", de 1890. 11. e sua significação histórica. 12. O intervencionismo do Estado na economia assume contornos de direito público. 13. Um programa para a ação intervencionista do Estado e a E.C. nº 1 (brasileira).

1. No crepúsculo matutino dos tempos modernos, o Estado era o príncipe, a quem se investia de poderes mercê do sacramento administrado pelo sacerdote de Cristo. Essa, a fonte do absolutismo.

Desde quando se formaram os primeiros Estados nacionais pela aglutinação regional das soberanias pulverizadas, características da Alta Idade Média, erigia-se como dogma político o entendimento prisco inserto no *Digesto de Justiniano*: "Quod Principi placuit legis habet vigorem". . . — Não precisamos ir muito longe, para nos apercebermos da importância que esse proclama da época do principado, em Roma, assumiria — como um mote de teor quase divino —, durante a demolição da ordem feudal, a edificação concomitante do Estado nacional e a fundamentação do direito

divino de seu soberano. ALEXANDRE HERCULANO, duplamente notável por suas obras históricas como pelas de ficção que nos legou nesse livro excelente, qual o seu romance *O Bobo*, traça o quadro da luta do Mestre de Aviz para afirmar a unidade da monarquia lusa contra o policentrismo dos senhores feudais, tendo como adarga e ferro de lança não mais os que empunhara o braço material de NUN'ALVARES — que desempenhara já o seu papel —, porém os que JOÃO DAS REGRAS brandia com seu verbo e sua cultura jurídica, a partir da invocação: “Quod Principi placuit...”

Desde os poucos séculos que antecederam a 1700 se havia cristalizado a idéia da fonte divina dos poderes monárquicos, no mundo ocidental e, por isso, vigorava o entendimento de que, na pessoa do rei, substanciava a idéia do Estado. Mas, como todo poder absoluto tem inarredável vocação para corromper-se, o princípio do absolutismo, com sua fonte na sagração, já exaurira sua força mística; e cansava.

2. Num ensaio, quicá um dos últimos trabalhos de sua lavra, HAROLD LASKI discerniu, na dupla explosão da Revolução Inglesa de 1688 e na Revolução Francesa de 1789, a abertura da era do capitalismo triunfante e o caminho para o liberalismo empolgante. Obviamente, então, o absolutismo já fora lançado ao cemitério das proposições peremptas.

Alguns publicistas contemporâneos, todavia, não aceitam o contubérnio histórico apontado pelo renomado publicista britânico, do movimento burguês livre-cambista, que teve inspiração matriz na Escola Manchesteriana, com o movimento essencialmente filosófico que na mesma época eclodira em França. E ANDRÉ JARDIN é um deles, embora sem dar ênfase à sua discordância.

Esse autor, num denso estudo publicado sob o título *Histoire du Liberalisme Politique — de la Crise de l'Absolutisme à la Constitution de 1875* (1), efetivamente sustenta não ser lícito tratar do liberalismo político conjuntamente com o liberalismo econômico. Entretanto, reconhece que muitos dos corifeus do liberalismo, como MONTESQUIEU e FÉNELON, acumularam preocupações econômicas e políticas nas suas obras.

Como quer que seja, no plano econômico do mesmo modo que no político, o liberalismo tornou-se a mensagem essencial da Revolução Cultural do século XVIII, e pretendeu institucionalizar-se.

Embora fixado na tese da distinção entre o liberalismo econômico e o político — e só deste se ocupando —, JARDIN reconhece que mesmo este, no seu país, sempre viveu em crise: primeiro, sob NAPOLEÃO, mode-

(1) Ed. Hachette, Paris, 1986.

lador de uma ordem centralizadora e até mais absolutista que a do “Ancien Régime”; em seguida, com a restauração dos Bourbons, numa reação momentânea dos princípios decaídos em 1789, até a revolução orleanista de 1830 — uma esperança frustrada —, por sua vez demolida em 1848, em movimento popular logo esmagado por um César bonapartista que pretendeu restabelecer a ordem pública no espírito do império do primeiro BONA-PARTE. Finalmente 1875, que o autor da *Histoire* comentada classifica de “a apoteose da festa liberal”.

Contudo, essa *apoteose* apenas deixou nos costumes franceses (ainda é ANDRÉ JARDIN quem tal registro faz), deixou à sociedade francesa, um espírito de tolerância para com todas as idéias, aberto e variado; deixou uma sociedade que o escritor, para a descrever — o que fez nas últimas linhas do livro —, reproduz palavras postas por MONTESQUIEU em *Lettres Persanes*, na correspondência de ROCA para seu compatriota USBEK:

“Entre nós, os caracteres são todos uniformes, porque eles são forçados; não se vêem as pessoas como elas são, mas tais como elas são obrigadas a ser; nesta servidão do espírito e do coração, não se fala senão a medo, senão uma linguagem, quando pelo natural as pessoas se exprimem diferentemente e sob tantas formas.”

Entretanto, se JARDIN não tivesse limitado o estudo do *liberalismo* aos seus aspectos puramente culturais e filosóficos; e se houvesse abordado o tema em sua plenitude, atualizando o estudo do regime político, certamente suas conclusões não seriam tão líricas...

A ação do Estado, os expedientes que emprega para executar ou perseguir seus fins, isto é o que mais importa; não simplesmente a tolerância, que esta, de certo modo, mesmo no século XVIII, já caracterizava o governo dos monarcas absolutos, agora “déspotas esclarecidos” que — vislumbrando no horizonte político a borrasca da Revolução — buscavam em tímidas reformas generosas proporcionar o que se classificava como “a felicidade terrena dos súditos”.

E no concernente ao governo do Estado, a realidade contemporânea deixa muito pouco campo para expressões líricas, quando sentimos quão frustrante é a realidade e quão distantes nos encontramos dos sonhos liberais do século XVIII.

Então se queria um *governo pequeno*, um governo que — na expressão de outro liberal, este do século XIX, ARGENSON — não governasse demasiado...

E hoje como o temos?

3. Entidade que se impôs para organizar a vida social assentada numa parte qualquer de nosso planeta, o Estado — como quer que seja sua estrutura ou o regime que preside o funcionamento dos seus poderes mais altos — exerce das mais variadas maneiras sua intervenção no processo social.

Segundo o egrégio ERNST FORSTHOFF, professor de Heidelberg, a relação do Estado, vale dizer, de sua administração, com a ordem social pode ter vários estilos, que pendulam entre dois limites extremos: o Estado será sujeito e *conformador* da ordem social, como pode ficar mais ou menos indiferente em relação a esta mesma ordem social, como se ela fora um elemento estranho à sua competência específica (2).

Estudando-se o Estado desde a Idade Média — o Estado europeu, bem entendido, que a América se encontrava, então, fora do tempo histórico do Ocidente —, nós concluímos que tudo quanto dizia respeito à ordem social se achava no quadro das prescrições da ordem pública. Vigia, entretanto, na cidade, a organização corporativa ou a divisão da sociedade em classes, o que impunha um sistema de privilégios dos quais era impossível fugir; enquanto isso, nas regiões submetidas ao comando dos terratenentes, dos senhores feudais, a propriedade imóvel estava sujeita a uma vinculação jurídica caracterizada como de “dominium eminens”, o qual fundamentava a soberania administrativa sobre a ordem social dos bens donde, por consequência — segundo a expressão tomada de outro jurista alemão, este da primeira metade do século XVIII, CHRISTIAN WOLFF —, o absolutismo do príncipe ou do soberano feudal, o “jus disponendi de rebus propriis civium salutis publicae causa”. Em virtude desse “dominium eminens”, o príncipe, como soberano que consubstanciava o próprio Estado, possuía tantos direitos quantos os que deles era titular, na ordem econômica, e, especialmente, no concernente à propriedade: aliás, não se deve esquecer que o “jus feudale” determinava a posição do indivíduo simplesmente pelas suas vinculações com a propriedade imóvel.

Partindo-se desse “dominium eminens”, reconhecido quase universalmente nas prerrogativas do senhor feudal, para a constituição de um “jus eminens” que destacaria a alta potestade dos soberanos absolutos até o século XVIII, seria um passo, conquanto se tenha de reconhecer — com o citado FORSTHOFF — que, inicialmente, esse direito de preeminência tinha características de direito extraordinário, a ser exercido apenas quando as necessidades do Estado impusessem a intervenção nos direitos individuais.

(2) No seu apreciado *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 9ª ed. C. H. Beck'sche, Munique, 1966, vol. I, pp. 59 e segs.

Posteriormente o “jus eminens” perderia a excelsitude das origens e se converteria em mero resíduo, identificado nos casos em que o Estado devesse sobrepor-se ao *administrado* (não mais o *súdito de um soberano todo-poderoso*); mas, agora, o Estado posto no papel de intérprete ou expressão do interesse geral.

Com fundamento no “dominium eminens”, de início, e do “jus eminens”, em seguida, foi que se permitiu à administração, na ordem medieval, de proceder a intervenções de caráter *conformador*, determinando modificações de direitos e de relações jurídicas.

4. Em razão da decadência do absolutismo, por força da explosão cultural comentada, dos últimos quartéis do século XVIII, e a subsequente estruturação da teoria do Estado de direito, é óbvio que já não haveria mais lugar para manifestações de *intervenção conformadora* — a “gestaltende Eingriff” do alemão — como se fizera na medievidade, intervenção à qual ERNST FORSTHOFF definiria como a decretação de modificações totais ou parciais da ordem social, inclusive no concernente ao regime dos bens e dos direitos, e que ultrapassa, por sua natureza, até os limites da intervenção consumada em casos determinados (a. e ob. cit., pp. 60/61).

Em seguida, já no século fluente, e após a I Guerra Mundial, o Estado retomaria os expedientes dessa *intervenção conformadora*; todavia não mais a título de exercício de “jus eminens”, como outrora, porém fundado noutros princípios mais generosos e mais consentâneos com o espírito de nossa época, quais sejam aqueles que subordinam o exercício de quaisquer direitos, mesmo os direitos subjetivos, ao interesse da coletividade, da ordem social, que deverá prevalecer. Estes princípios, que *excelem* o exercício dos direitos individuais, são aqueles que se contêm no moderno instituto do “poder de polícia”, o qual — entretanto — não se deve confundir com a “polícia” do soberano, dos tempos do despotismo dito “esclarecido”, do século XVIII.

Contemporaneamente, portanto, a título de poder de polícia, com ele se restabeleceria a intervenção conformadora do Estado, especialmente no campo econômico, onde tornou-se uma constante — em todas as Constituições modernas que se seguiram à alemã de WEIMAR, de 1919 — a manifestação de ser lícito ao Estado intervir, para condicionar o exercício dos direitos, inclusive o de propriedade, a determinados fins sociais.

Tal mudança de concepção aconteceria, principalmente, nos Estados Unidos do século XIX: mas, ao mesmo tempo, também aconteceria na Europa, mercê das novas exigências sociais, formuladas por grupos instalados em aglomerações urbanas crescentes, reclamantes, a cada dia, de mais serviços públicos. Foi então que V. STEIN, em famosa obra escrita entre 1865 e 1868, sobre a *Teoria da Administração*, sustentou a necessidade de se estabelecer no Estado, a par da administração jurídica, uma “admi-

nistração social”, que fosse capaz de corresponder aos reclamos de sempre mais serviços de interesse público, por parte da comunidade.

Por toda a Europa cresceria, então, a dimensão e o volume da estrutura das administrações públicas; e o Estado começava a se fazer intervencionista: inicialmente, essa intervenção ocorria no plano social, com a edição de leis que tinham por escopo reprimir a exploração da mão-de-obra. No período imediato, o Estado passou a comandar serviços públicos pelo regime da *concessão*, reprimando velha técnica do final da Idade Média, consoante a observação de eminente jurista espanhol, o professor ENTERRIA (3). Somente num terceiro tempo foi quando o Estado passou — ainda reprimando instituição medieval — a intervir na ordem social, de modo a *conformar*, coativamente, direito e relações jurídicas.

Essa intervenção, “conformadora”, para empregarmos a denominação feliz criada por FORSTHOFF, seria realmente a que daria feição particular a nosso Estado contemporâneo.

5. No estudo histórico da economia, correspondente ao século passado, estarrece a maneira desenvolta com que os senhores do poder econômico se conduziam, e a indiferença aparente do comportamento dos detentores do poder político. Sobretudo impressiona o que se verificava nos Estados Unidos, onde o desenvolvimento econômico marchava com uma celeridade nunca dantes conhecida.

A propósito, e especialmente sobre o desenvolvimento das estradas de ferro, SAMUEL ELIOT MORISON e HENRY STEELE COMMAGER, em sua *História dos Estados Unidos da América* (4), destacaram os males que, a par do progresso, eram produzidos pela expansão das ferrovias, sobretudo mercê dos abusos dos organizadores de estradas de ferro, “que tinham opiniões de senhores feudais”. Os mais notáveis desses abusos foram indubitavelmente os elevados fretes e a discriminação de preços cobrados pelas redes do Oeste americano. Na década de 1870/1880 o poder das estradas de ferro do ocidente americano era quase absoluto, pois ali inexistia outro meio de transporte. Desta maneira o ferrocarril tanto podia fazer uma indústria local prosperar como tinha capacidade para arruinar uma comunidade, bastando-lhe, para isso, variar de alguns *cents* as tarifas do transporte do trigo, do gado ou de qualquer outra mercadoria. Os fundos de que dispunham os organizadores de redes ferroviárias, freqüentemente criados por manipulação financeira e *stock-watering* (emissão de ações sem correspondente aumento de capital), eram tão colossais que sobrepujavam até os dos

(3) Ver *La Actividad Industrial y Mercantil de los Municipios*, ed. do Inst. de Adm. Local, Madrid, 1955, p. 10: obra do Prof. EDUARDO ENTERRIA.

(4) Trad. brasileira, em ed. Melhoramentos, SP, s/data: v. 2, pp. 266 e segs.

governos estaduais. No plano político, o maior poder — ao qual alimentava a torrente de recursos e favores distribuídos aos legisladores — era do *railroad lobby*, que, escondido num gabinete próximo ao edifício da assembléia estadual, agia como um órgão de iniciativa e de revisão; e poucos tinham condições de triunfar na política sem as boas graças da companhia de estrada de ferro.

Entretanto, a deflação que se seguiu à Guerra de Secessão de 1861/1865 e a crise econômica de 1873 iriam abrir os olhos de todos para a gravidade do problema e provocar a reação que teria lugar, sobretudo, nos Estados do Centro-Oeste, como Illinois, Iowa, Wisconsin, Minnesota, Missouri e Nebraska, e estender-se-ia aos Estados de outros pontos da nação, como Massachussets, no Leste, e Califórnia, no Oeste. Esta reação teve as mais variadas formas, que iam desde a suspensão da concessão de terras marginais do leito das estradas até à regulamentação coercitiva das práticas abusivas. Na sua Constituição do ano de 1870, o Estado de Illinois estabeleceu uma cláusula que determinava ao Poder Legislativo “adotar leis” que corrijam abusos, impeçam a injusta discriminação e a extorsão nas tarifas de passageiros e de mercadorias nas estradas de ferro do Estado: em conformidade com esta cláusula, a legislação de Illinois fixou o preço de tarifas, proibiu sua discriminação e criou uma comissão para fiscalização das estradas de ferro e dos armazéns, com a finalidade de regular os transportes, a silagem e a moagem dos cereais. Esta lei de Illinois, apesar de acemente malsinada, viria a ser imitada em outros Estados, como Iowa e Minnesota, em 1874, Wisconsin e outros, posteriormente, tendo chegado a formar todo um elenco de diplomas que ficariam na história como as *granger laws*, que entre 1871 e 1876 marcaram os primeiros e mais contundentes golpes na política liberal e na economia do *laissez-faire*.

6. Como seria natural que acontecesse, as medidas legislativas restritivas das amplas liberdades até então reconhecidas em benefício do comércio e da indústria não poderiam deixar de ser trazidas ante a justiça; destarte, já em 1877, a Suprema Corte dos Estados Unidos teria ensejo de julgar, decidindo por sua constitucionalidade, o estatuto que se editara em Illinois, para a fixação das tarifas cobradas pela armazenagem de cereais em Chicago. Este foi o rumoroso caso “*Munn versus Illinois*” (94 U.S., 113) que o Prof. CARL BRENT SWISHER, da Universidade John Hopkins, colocou entre as *decisões históricas* da Corte Suprema⁽⁵⁾. Estribando-se na XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 28-7-1868, a Corte, pelo voto do *Justice* WAITE, decidiu, então, que a circunstância de uma lei disciplinar o uso da propriedade privada não implica em que isso corresponda à privação do direito de propriedade sem o “*due process of law*”, sem um regular processo judiciário: e tal haveria de ser o enten-

(5) Obra de CARL BRENT SWISHER, *Historic Decisions of The Supreme Court*, ed. van Nostrand, USA, 1958.

dimento da Corte porque — exprimiu o relator —, quando a propriedade privada se acha empregada em um serviço de interesse público, deixa de ser *juris privati*, consoante com o que já no século XVIII fora proclamado pelo juiz HALE, jurista da *Common Law*, em seu estudo *De Portibus Maris*; nessas condições, quando alguém aplica a sua propriedade numa atividade em que o público tenha interesse, ele outorga ao público um interesse nesse uso, devendo suportar o controle público com vistas ao bem comum, na medida do interesse criado. É óbvio que o proprietário pode arredar-se de tal regime, interrompendo o emprego do seu bem na forma pela qual o fez; mas, enquanto assim não proceder, terá de suportar o controle estabelecido pela lei.

A Suprema Corte — aos argumentos sustentados pelos advogados dos armazéns e moinhos de cereais, segundo os quais a regulamentação do custo das tarifas, quando feita pelo Legislativo, implicaria numa invasão de prerrogativa judiciária — responderia assim: insiste-se em que o proprietário de uma coisa tem o direito a compensação razoável pelo seu uso e em que a determinação do que se entende "razoável" é uma questão judicial e não legislativa, mas o essencial é o poder regulamentar. Como este existe, ele implica, também, na competência para o estabelecimento de uma tarifa máxima, que é um dos expedientes de regulamentação.

7. Informam MORISON e COMMAGER, na sua *História* que, no mesmo dia em que a Corte apreciou o *case* *Munn v. Illinois*, proferiu importantes decisões nesses outros seguintes processos: *Peik v. Chicago & Northwestern R. R.*, *Chicago, Burlington & Quincy R. R. v. Iowa & Winona & St. Peter R. R. v. Blake*. Nestes casos era discutida a constitucionalidade das leis protetoras dos fazendeiros, as referidas *granger laws*, no pertinente ao estabelecimento de tarifas máximas para o transporte ferroviário de passageiros e cargas. Também aqui era argüida a existência de inadmissível agressão contra o direito de propriedade — pois a XIV Emenda Constitucional estabelecia em sua Seção 1 que "(...) No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (...)" — sem processo regular de expropriação; mas igualmente sustentavam, as ferrovias interessadas (pois aqui eram elas que se achavam em causa), que o diploma estadual questionado violava preceito constitucional em matéria de comércio interestadual, que só poderia depender da legislação federal.

Em todos esses casos, foi muito firme a posição da Suprema Corte, que, então, reiterou os argumentos com que decidira o processo *Munn v. Illinois* no relacionado com a primeira questão. E, na segunda questão, decidiu o Tribunal Federal que a estrada de ferro é empregada tanto no serviço interno de um Estado, quanto no comércio interestadual, pelo que, enquanto o Congresso da União não legislar sobre a matéria, há de permi-

tir-se que o Estado edite os diplomas necessários para promover o bem-estar em sua jurisdição, ainda que, assim procedendo, possa indiretamente alcançar quem esteja em jurisdição estranha.

Certo é que no decênio transcorrido entre a decisão da Suprema Corte no caso *Munn v. Illinois*, em 1877, e o julgamento que essa mesma Corte viria a fazer do litígio suscitado por *Wabash, St. Louis, and Pacific Railway Co.* contra o Estado de Illinois, em 25-10-1886 — a propósito do controle estadual de tarifas ferroviárias para curta distância, que foi condenado como exorbitante da esfera de competência do Estado-Membro —, as oscilações de jurisprudência do Tribunal da União evidenciaram a necessidade de um diploma federal para a questão.

8. Daí o se haver atendido a tal necessidade, por parte da União: em 4-2-1887 foi promulgado o “*Interstate Commerce Act*”, uma lei que, dentre muitas outras matérias de interesse para o comércio entre os Estados, obrigava as ferrovias a elaborar e publicar tarifas uniformes e não discriminatórias, vedava fixação de tarifas mais elevadas, nos pequenos percursos, que as estabelecidas para longos percursos, além de criar uma comissão federal com poderes para zelar pelo cumprimento da lei e editar normas regulamentares sobre seu conteúdo.

Não viria a ser fácil executar quanto se dispôs na Lei do Comércio Interestadual, tantas foram as ocasiões em que os tribunais tiveram ensejo de anular suas decisões, especialmente aquelas pertinentes à matéria regulamentar. É que os espíritos ainda não estavam preparados para reconhecer esse tipo de competência a ser exercida por entidades dependentes ou integradas no Poder Executivo.

Por demais, ainda estava muito viva a ideologia do Estado liberal, que repelia tudo quanto viesse desenvolver o intervencionismo no processo social, e especialmente no campo econômico.

9. Em algumas das mais impressionantes páginas dessa obra que foi talvez o maior *best-seller* da literatura econômica, *The Affluent Society* ⁽⁶⁾, GALBRAITH aprecia o comportamento social e espiritual dos americanos, durante as últimas décadas do século passado. E comenta a popularidade das idéias do chamado “social-darwinismo”, que vieram da Inglaterra e tiveram como protagonista HERBERT SPENCER (1820-1903). Para o social-darwinismo a sociedade econômica seria uma arena, e os termos da luta que nela se deveria travar haveriam de ser estabelecidos pela lei do mercado: os vencedores seriam premiados com a sobrevivência, os que sobrevivessem brilhantemente seriam premiados com a riqueza, aqueles que perdessem

(6) Este trabalho de JOHN KENNETH GALBRAITH foi editado por Riverside Press, Cambridge, 1958: v. pp. 48 e segs.

seriam lançados aos leões... Esta competição não somente seleciona os fortes, mas desenvolve suas faculdades e garante sua perpetuação.

Na conformidade dessas idéias, que GALBRAITH relembra, pela eliminação dos fracos a luta econômica tornar-se-ia socialmente benigna. Por isso, SPENCER criticava a estabilidade do serviço de correio, opunha-se à educação pública porque interferia na escolha que os pais poderiam fazer entre diferentes escolas ou, em outros termos, interferia na escolha entre a sabedoria e a ignorância. SPENCER criticava até a ajuda aos necessitados e, ainda, a saúde pública, visto entender que isso contribuía para perpetuar os mais vulneráveis membros da raça.

Tão grande era a popularidade do autor de *O Homem contra o Estado*, relata o harvardiano GALBRAITH, que, em 1882, quando SPENCER visitou os Estados Unidos, foi-lhe deferida uma recepção do estilo das que só os crentes conferem a um messias.

Argumenta ainda GALBRAITH ter sido SPENCER, e não CHARLES DARWIN, quem legou ao mundo a frase "a sobrevivência é dos mais aptos" ("the survival of the fittest"), a qual foi, da primeira vez, aplicada aos homens e não aos animais inferiores. SPENCER acreditava que os caracteres adquiridos, do mesmo modo que os herdados, seriam geneticamente transmissíveis.

10. Imediatamente após a crise que se seguiu à Guerra de Secessão, restabelecido o processo de desenvolvimento econômico que torrentes de imigrantes europeus estimulavam, a concorrência impiedosa passou a ser o fato novo que iria transformar a feição da economia dos Estados Unidos. Foi daí que surgiram os entendimentos no plano horizontal, a que se denominavam *pools*, e os entendimentos no plano vertical, os *holdings*, e, ademais, os controles realizados sobre grupos de empresas mediante a entrega de lotes de ações a uma junta de depositários, os *trusts*: todos esses expedientes visavam ao fortalecimento de determinados grupos, em detrimento de outros, na conquista do mercado e na perseguição dos lucros que, afinal, seriam repartidos entre os elementos aglutinados.

No ano de 1887 a Lei do Comércio Interestadual também proibiu o *pool*, mas, na prática, foi ela ineficiente em seu combate a esta hidra da economia. Um dos elementos que mais habilmente atravessaram as malhas da proibição legal foi JOHN D. ROCKEFELLER, o qual já organizara, em 1870, a Standard Oil Co., talvez fortalecida por um *pool* que, em 1882, estruturou-se num *trust*, o qual até hoje subsiste como o mais poderoso grupo econômico que o mundo jamais conheceu. Segundo o referido GALBRAITH, apesar da Lei de 1887 e do "Sherman Antitrust Act", que evidentemente para reforçá-la seria editado em 1890, entre os anos de 1892 e 1899 somente os dividendos pessoais de ROCKEFELLER na Standard Oil chegaram a um valor de 30 a 40 milhões de dólares. E isso numa época, salienta o professor de Harvard, em que o valor do

dólar era muito maior do que atualmente, e o lucro ou a renda não estavam sujeitos a nenhuma espécie de tributo.

Aconteceria que, enquanto o pensamento político liberal pretendia o Estado quase inerte e lhe dificultava a ação capaz de corrigir as injustiças sociais que começavam a avultar, mercê da concentração da riqueza nas mãos de poucos, ao mesmo tempo que o individualismo da economia liberal tornava vãos os esforços para disciplinar a concorrência — e de algum modo estimular melhor distribuição da riqueza —, o pensamento antitético começava a tomar corpo. A propósito, salienta GALBRAITH: nada tem sido mais mal compreendido do que a influência de MARX sobre a sabedoria convencional, em relação à qual as suas idéias operam como uma espécie de infecção de varíola, que em todos deixa marcas; MARX afetou profundamente até aqueles que repelem seu sistema e numa campanha doutrinária de anos e anos iria influir, de modo considerável, no reforço das medidas de ataque aos *trusts* e monopólios.

Como quer que se deva interpretar a influência de MARX sobre o pensamento americano, nas últimas décadas do século passado, o fato é que o povo americano tinha então séria preocupação quanto ao futuro do país. Sobre isso o *Chief-Justice* HARLAN, que teve ensejo de presidir a Suprema Corte em rumoroso processo do interesse da Standard Oil, falou com palavras que MORISON e COMMAGER assim transcreveram:

“Todos os que se lembram das condições do país em 1890 recordar-se-ão do profundo sentimento de mal-estar que se havia espalhado entre o povo. A nação havia repudiado a escravatura (...) mas era universal a convicção de que o país corria o risco de cair numa outra forma de servidão, isto é, naquela que resultaria da concentração do capital nas mãos de uns poucos (...) que controlavam em seu proveito exclusivo toda a economia da nação, inclusive a produção e a venda dos artigos de primeira necessidade.”

MORISON e COMMAGER descrevem, por demais, que nessa época já se havia articulado um forte ataque aos monopólios e ao liberalismo: as organizações de trabalhadores hostilizavam as corporações econômicas mais poderosas; e os pequenos comerciantes, que em mais de uma ocasião se viam na alternativa de render-se ou de deixar-se arruinar — no confronto com as grandes fortunas e as riquezas concentradas —, não se mostravam menos interessados em tal combate.

Nesse entretanto, tão grande se fazia a corrente de oposição aos grupos econômicos que o Presidente CLEVELAND, em sua mensagem de 1887 ao Congresso, reconhecia que os *trustes*, os cartéis e os monopólios estavam em vias de esmagar o cidadão com seu tacão de ferro. E concluía: “As sociedades comerciais que deveriam ser severamente regulamentadas pela lei, ao serviço do povo, estão a se tornar, rapidamente, senhoras dele.”

Por força dessa avassaladora corrente de opinião pública foi que em 2-7-1890 promulgou-se a Lei Sherman contra os trustes, resultante de um projeto que recebeu o apoio da quase unanimidade do Congresso. Uma lei de impacto contra a ideologia liberal e, sobretudo, contra o Estado liberal.

11. Todavia, é difícil compreender-se bem por que a Lei Sherman resultou tão mal elaborada, de modo a tornar-se quase totalmente ineficiente. Na realidade, assim dispunham seus dois primeiros artigos: "1.º — Todo contrato, combinação em forma de truste ou qualquer outra, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal (. . .); 2.º — Toda pessoa que monopolize ou tente monopolizar (. . .) qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos Estados ou com nações estrangeiras será considerada culpada (. . .)."

Acresce que o diploma em referência, pelo fato de não conter sanções específicas para apenação dos que o infringissem, tornou-se como que uma arma de fogo sem munição, que não se pode disparar nas horas necessárias.

Na oportunidade da edição do "Sherman Act" alegou-se que ele se destinaria a garantir, aos tribunais federais, jurisdição de direito comum nos casos de delitos de monopólio ou conspiração contra a liberdade de comércio. Ademais, pelo fato de a lei não ter definido os termos "truste", "conspiração" e "monopólio", nem a expressão "combinação em forma de truste ou qualquer outra", que dariam azo a amplas discussões, chega-se à conclusão de ter havido — no caso — um deliberado propósito de deixar aos tribunais ampla liberdade de critério hermenêutico.

Apesar disso, defeituosa que tenha sido a Lei Sherman, ou ineficaz em sua aplicação — enquanto não complementada como o seria, muitos anos mais tarde —, o fato é que ela culminou enérgico movimento de demolição do Estado e da economia liberais, os quais se tinham fundado em ideologias inadequadas para época de progresso dinâmico e, sobretudo, pretendiam garantir a mais irrestrita liberdade na concorrência. A Lei Sherman culminou esse movimento de demolição e lançava os fundamentos de sistemas legais que, nos decênios sucessivos, iriam plasmar o Estado contemporâneo em termos de socialismo integral ou de intervencionismo enérgico, vale dizer, em termos de intervencionismo por *absorção* ou de intervencionismo por *direção* ou *controle*.

Depois de 1890, com efeito, e por toda parte, tornaram-se freqüentes as práticas intervencionistas do Estado, em evidente manifestação de que o liberalismo caía em perempção.

12. Registre-se, todavia, que não seria fácil a luta contra o egoísmo econômico, o qual se abroquelava nos princípios do individualismo jurídico e se prevalecia da inópia institucional do Estado liberal: depois de milênios vividos na submissão ao absolutismo monárquico e sob a truculência da

nobreza, os homens ansiavam por *libertar-se*, sobretudo por *libertar-se do poder do Estado*. Não foi difícil admitir — como ocorreria no pensamento germânico do século precedente — que o Estado e a sociedade constituíam duas ordens independentes e quase auto-suficientes, pelo que não seria lícito ao primeiro influir na segunda. Por demais, tudo conduzia para esse prevalecimento do individual sobre o social: o romantismo, que empolgou a *literatura durante as décadas iniciais da centúria anterior*, era o refinamento do individualismo na arte; como o contratualismo dos códigos que se haviam inspirado na obra napoleônica de 1804 era a mais genuína expressão do individualismo no campo do direito; e o Estado *mínimo*, do liberalismo político, significava autêntica concreção daquele pensamento de SPENCER, posto no título de uma de suas obras, *O Homem contra o Estado*.

Foi mister que as espantosas conseqüências da Revolução Industrial levassem a exploração do homem ao ponto da explosão social, para que o sentimento e as aspirações do homem como animal gregário passassem a prevalecer sobre a concepção do homem como entidade abstratamente isolada, como o *único*, de certa ideação anarquista francesa, de há cem anos.

Apesar de ter sido nos Estados Unidos onde a luta contra o individualismo econômico se fez mais acirrada, tanto nos legislativos quanto nos tribunais, não haveria de ser nesse país onde se institucionalizaria a nova ordem de pensamento político enfatizadora do social. Foi na Alemanha de 1919 que isso teria lugar, talvez porque a derrota de 1918 tornara seu povo mais sensível aos prejuízos do individualismo, ou eventualmente porque — sendo estação de muda entre a Eurásia e o Ocidente Europeu — os acontecimentos de outubro de 1917, na Rússia, haveriam ali repercutido, ainda que de modo atenuado, para fazer eclodir o espírito social em detrimento do individualismo.

Assim, quando PREUSS e os constituintes de WEIMAR elaboraram a *Constituição da novel República alemã*, nesse ano de 1919, embora não a tivessem arredado, no essencial, da sistemática do Estado de direito burguês, fecundaram-na das idéias sociais que os ideólogos germano-franceses do século XIX haviam difundido. Pela primeira vez, quicá, na história do pensamento jurídico, subordinava-se a economia a normas de direito público, e, sem dúvida pela primeira vez, inseriu-se o controle estatal da economia privada no quadro de uma Constituição política (Constituição de WEIMAR, arts. 151, 157, 158, 164 e, especialmente, art. 165).

É ocioso desenvolver, aqui, um fato tão sobejamente conhecido quanto o que diz respeito à extraordinária influência da Constituição weimariana sobre quase todas as Constituições, européias ou não, promulgadas logo após a 1.^a Guerra Mundial. Nem o Brasil, tão distante, esteve isento da sedução ideológica do Diploma alemão, como se constata ao mais superficial exame de nossa Carta constitucional de 1934.

Todavia, há de ser salientado que a Constituição de WEIMAR desencadeou profunda modificação de princípio nas relações do Estado com a

ordem social, embora não se devam buscar no direito constitucional, mas no direito administrativo, as manifestações desse relacionamento. Isso porque, acelerando-se o intervencionismo do Estado, *id est*, da administração, no processo social e econômico, as formas de tal procedimento não obedeciam a uma ordem preestabelecida, mas eram elaboradas ao sabor das necessidades e se faziam de modo empírico. Como quer que seja, a Constituição de WEIMAR foi um marco miliário na evolução do pensamento político-jurídico da humanidade, foi uma etapa na qual se relegou para o passado o individualismo, que cedeu caminho ao pensamento social.

A partir de WEIMAR — que, como vimos, sem repudiar os postulados do Estado de direito, aditou-lhe o fermento do espírito social, do intervencionismo conformador —, o *princípio da legalidade*, ou seja, o que proclama a supremacia da lei sobre a vontade do administrador, foi acrescido de um corolário essencial, o *princípio da finalidade*, a saber, o que pretende que toda a atividade estatal se dirija ao atendimento de um interesse público qualificado (7).

13. Numa coletânea excelente de estudos sobre o tema que ora apreciamos, e editada sob o título *Impacto da Ação do Governo sobre as Empresas Brasileiras*, escreveu ARY BOUZAN que foi, principalmente, a necessidade de *planejar o desenvolvimento econômico* o elemento acelerador da participação do Estado na orientação da atividade econômica (8). E acrescentou que, embora tal necessidade fosse, em tempos anteriores, muito questionada, hoje em dia a polêmica cessou, visto como a discussão passou a se fazer apenas sobre os termos do planejamento. A propósito, BOUZAN transcreveu esta observação do professor W. ARHUR LEWIS:

“Na verdade, o ponto central do debate não é sobre se deve haver o planejamento, mas qual a forma que ele deve assumir e, em particular, se o Estado deve operar através do mecanismo de preços ou em sua substituição” (ob. cit., p. 32).

Certo é que existem vários estilos de intervencionismo econômico do Estado, no setor concernente às empresas privadas. Nos Estados Unidos, por exemplo, isso é feito, principalmente, para evitar a formação dos grupos monopolizadores, tanto que MAURER teve ensejo de proclamar que o mais árduo problema dos empresários americanos será o de saber “quando a grande empresa é demasiado grande” (“how big is too big”), e acrescentou: “Tamanho, com todas as conotações de monopólio que a palavra sugere, é o fulcro sobre o qual os oponentes da grande empresa procuram

(7) CAIO TÁCITO, em “O Estado e a Empresa”, in *Carta Mensal*, publicação da Confederação Nacional do Comércio, ano XVI, n.º 198, set. 1971, p. 28.

(8) Ed. da Fundação Getúlio Vargas, Rio, 1963.

equilibrar sua capacidade de influência política, na tentativa de deslocá-la de seu lugar predominante na economia" (9).

Por outro lado, nos países subdesenvolvidos, a ação intervencionista, através do planejamento econômico, é enxergada como arma importante para acelerar o processo de desenvolvimento. ROBERTO DE OLIVEIRA CAMPOS, colocado em diferente ângulo de observação, teve oportunidade de escrever que o problema central do planejamento econômico dos países subdesenvolvidos é, basicamente, o problema medular de toda a ciência econômica: contingenciar recursos escassos entre objetivos concorrentes e escalonar sua utilização eficiente no tempo e no espaço (10). E BOUZAN, concordando com o eminente antigo Ministro do Planejamento do Brasil, acrescentou que, em países como o nosso, o planejamento do Estado se faz necessário, não somente para que a melhor utilização dos recursos acelere *o seu enriquecimento, mas, também, para que o próprio processo de crescimento não esbarre com dificuldades que até poderão cercear o objetivo desenvolvimentista.*

Ocorre, por demais, que nos países subdesenvolvidos existem setores da economia sem atrativos para a economia privada, mas são havidos como fundamentais para que a atividade econômica se processe em ritmo de progresso. E o Estado intervém, então.

Qualquer que seja a circunstância, nos países superdesenvolvidos, do mesmo modo que nos países hipo ou subdesenvolvidos — desde que o questionador não se coloque na posição ideológica do socialista integral ou totalitário —, a grande indagação contemporânea é aquela que o citado MAURER apresentou em seu livro: *How Should the Business Life of the Country be Directed?* (p. 284). Efetivamente, eis a grande incógnita dos nossos dias, e que se apresenta a todos quantos ainda acreditam poder-se conciliar o progresso com a liberdade, o desenvolvimento econômico com a livre iniciativa do homem empreendedor.

Destarte, a atividade do Estado, na ordem econômica ou na ordem social, deve ser dominada pelas mesmas preocupações tidas com a perseguição do *bem comum* e da *justiça social*, que servem de limite e de campo para o exercício dos direitos e das liberdades individuais.

Nessas condições, o *poder de polícia*, isto é, o conjunto de limitações impostas pela administração pública à atividade dos indivíduos, em benefício do bem comum e da subsistência do Estado — na feliz definição de

(9) HERRYMON MAURER, em *Great Enterprise — Growth and Behavior of the Big Corporation*, ed. Mac Millan, N.Y., 1955, p. 275.

(10) In *Planejamento de Desenvolvimento Econômico dos Países Subdesenvolvidos*, caderno da Série EBAP, F.G.V., Rio.

MENDES DE ALMEIDA —, passa a reger a disciplina da atividade econômica, por todos os meios eficazes (11).

Não obstante, é mister compreender-se que nem sempre o controle, ou a disciplina, imposto pelo Estado ao setor econômico privado obedece ao regime do poder de polícia: no caso do Brasil, particularmente, e em geral no caso de todos os países subdesenvolvidos, conforme salientamos anteriormente, essa intervenção corresponde a uma linha de ação política que freqüentemente é até estimulada por organismos internacionais, interessados em erradicar a pobreza da face da terra (12).

Essa intervenção não visa, porém, nesses casos, a coibir abusos de poder econômico, mas a estimular a atividade econômica. Isso é o que se há de concluir dos termos em que a questão é posta no art. 163 de nossa Emenda Constitucional n.º 1, o qual estabelece poder o Estado intervir no domínio econômico, inclusive mediante a instituição de monopólio, quando tal se faça necessário, “por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa”.

De qualquer modo que se encare, todavia, a problemática da intervenção do Estado no setor da economia, é fora de dúvida que ela se tornou universalmente aceita, desde que processada em termos de ação não arbitrária, isto é, desde que se consume objetivando o bem comum, através da lei e em conciliação com direitos pré-constituídos.

Fora dos apontados procedimentos regulares, do exercício do poder de polícia para coibir abusos, como da ação política para promover o desenvolvimento, qualquer outra ação intervencionista estatal no campo da economia privada assume a feição de comportamento merecedor de repulsa — por atentatório dos direitos subjetivos dos administradores (não somente dos cidadãos de um Estado) — que não conduz ao progresso nem à estabilidade da ordem social.

Afinal, os poderes soberanos do Estado, quer se manifestem voltados para o exterior como para o interior, hão de ser elementos edificadores da justiça social.

Este é o fecundo entendimento que resulta do contexto de nossa Carta Fundamental, como a idéia que melhor servirá para o aperfeiçoamento do direito.

(11) Em seu *Curso de Direito Administrativo*, ed. Saraiva, S.P., 1968, p. 97.

(12) A propósito, leia-se o contido em *Joint International Business Ventures*, obra editada pelos Profs. Wolfgang G. Friedmann e George Kalmanoff, Columbia Press Univ., N.Y., 1961, pp. 14 e segs.

O processo de apuração do abuso do poder econômico na atual legislação do CADE

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCOINI
Advogado militante em São Paulo

S U M Á R I O

- I. *Processo penal-econômico*
 - a) *Objetivo da sanção. Função quase-jurisdicional do CADE;*
 - b) *Natureza e finalidade da ação penal-econômica;*
 - c) *Introdução aos procedimentos penais-econômicos.*

- II. *Sindicância*
 - a) *Notícia e representação da vítima direta do abuso do poder econômico — forma e requisitos;*
 - b) *Instauração — natureza jurídica e propósitos;*
 - c) *Não obrigatoriedade do procedimento;*
 - d) *Medida liminar ou cautelar — conveniência de sua introdução;*
 - e) *Sindicância e sindicância administrativa — diferenciação;*
 - f) *Sindicância e procedimentos processuais — inviabilidade de sua equiparação;*
 - g) *Caráter inquisitivo e sumário;*
 - h) *Sigilo na sindicância;*
 - i) *Procedimento;*
 - j) *Parecer-denúncia da Procuradoria — natureza, efeitos e requisitos;*
 - l) *Julgamento.*

III. *Averiguações preliminares*

- a) *Desnecessidade do procedimento;*
- b) *Objetivo regulamentar e natureza sumária;*
- c) *Efeitos quanto ao representante de má fé — sugestão;*
- d) *Procedimento;*
- e) *Participação da Procuradoria — natureza e efeitos de seu parecer-libelo acusatório;*
- f) *Julgamento — limites e apreciação do real motivo à instauração do processo administrativo.*

IV. *Processo Administrativo*

- a) *Instauração — vinculação ao processo penal comum;*
- b) *Princípios fundamentais — aplicabilidade;*
- c) *Princípio da ação ou oficialidade;*
- d) *Princípio da indisponibilidade, irretratabilidade ou obrigatoriedade;*
- e) *Princípio do contraditório — exceção de suspeição;*
- f) *Princípio da verdade real ou material;*
- g) *Princípio da persuasão ou do livre convencimento;*
- h) *Princípio da publicidade;*
 - i) *Notificação-citação — modalidades;*
 - j) *Formação da culpa — interrogatório do acusado;*
 - l) *Prova testemunhal — princípios e procedimento;*
 - m) *Prova documental — produção e limites temporais;*
 - n) *Julgamento — sustentação oral;*
 - o) *Recorribilidade e seus limites — natureza jurídica do CADE e de suas decisões;*
 - p) *Controle judicial e princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário — parâmetros.*

V. *Compromisso de Cessação*

- a) *Origens e efeitos — conveniência de sua implantação;*
- b) *Objetivos;*

- c) *Interesse do acusado;*
- d) *Política antitruste — conciliação do princípio da livre concorrência com a eficiência e o desenvolvimento;*
- e) *Propositura — exclusividade da iniciativa do acusado;*
- f) *Preclusão do direito e admissibilidade restrita;*
- g) *Processo transacional — procedimentos, efeitos e extensão;*
- h) *Homologação pelo Plenário — ampliação “de lege ferenda” da competência do Colegiado;*
- i) *Prazo e ruptura — efeitos;*
- j) *Cosa julgada administrativa e alterabilidade.*

1. *Processo penal-econômico*

Todas as leis, indiferentemente, em tese buscam o bem comum, sendo, portanto, de interesse geral. O direito cria, assim, mandamentos e deveres, que *sanciona* como garantia de autoridade. As sanções visam, sobretudo, pela ameaça de sua cominação, a permanência da ordem jurídica.

Ao distinguir o lícito do ilícito, o direito se defronta com material heterogêneo e, para ser eficaz na *ordenação da conduta humana, deve ter proporção, oportunidade e adequação de meios*. Para algumas infrações, a mera *restituição* ou o *ressarcimento de danos* basta à preservação da ordem jurídica; para outras, torna-se necessária a imposição de uma *pena*. O objetivo da reprimenda é, antes de tudo, resguardar o prestígio da lei substantiva. Assim sendo, a lei penal-econômica é, principalmente, de interesse público e sua efetivação aproveita à *coletividade*, mais do que aos individualmente ofendidos (1).

A *observância coativa da lei penal-econômica* beneficia a todos, indistintamente, sendo de proveito geral, desse abono necessitando a sociedade para que não sejam ilusórios os privilégios individuais de seus membros.

O Estado defende seus direitos-deveres e desempenha suas funções usando de força própria. A faculdade de legislar, de administrar, de julgar, etc., não tem endosso judiciário, mas garantias puramente administrativas. Os agentes competentes atuam, de regra, por coação direta.

Por isso, a função quase-jurisdicional do CADE, ou seja, a *atividade-poder específica de seus Conselheiros de decidir qual a vontade da lei em relação a um caso concreto e de conferir à decisão autoridade pública e,*

(1) J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo Penal*, p. 109.

por via judicial, exeqüibilidade compulsória, foi instituída para *tutelar* direitos coletivos, exprimindo-se no poder de conhecer e julgar acerca de abusos do poder econômico. Dispõe o órgão, portanto, de funções e exerce atividade parajurisdicional penal, embora conservando, ele próprio, estruturalmente, caráter administrativo.

As normas penais-econômicas e processuais penais-econômicas são cogentes, objetivando não só o dever de uniformizar a conduta com a vontade nelas expressa, mas, também, o direito subjetivo público do Estado de exigir que o comando contido na norma de direito penal-econômico seja atuado e, precisamente, nos modos, nas formas e nos limites prescritos por normas de direito processual. A esse direito do Estado, nas hipóteses de *abuso do poder econômico, exercitado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE*, corresponde o do acusado (sujeito secundário processual) de que o órgão não aja senão nesses moldes, maneiras e lindes previstos em lei ⁽²⁾.

A ação penal-econômica, portanto, constitui a atividade destinada a dar satisfação ao interesse social de restabelecimento do equilíbrio da sociedade, preservado pela livre concorrência, abalado pelo abuso do poder econômico. A ação penal-econômica configura meio idóneo para efetivar a proteção do direito subjetivo. Segundo ALTAVILLA (*Manuale di Procedura Penale*, pp. 35/36), se as normas abstratas de conduta são violadas, determina-se uma vontade concreta do Estado para aplicar as sanções, o que significa atender à concretização de um direito, crendo-o realizável. Trata-se de uma pretensão do Estado à punição do infrator, mediante prévia verificação da procedência da acusação que lhe é feita, com a conclusão de ser-lhe aplicada a pena, à qual, em caso positivo, terá de submeter-se ⁽³⁾.

Isto não significa, porém, que sempre se movimente uma ação penal-econômica objetivando-se a imposição da sanção ao acusado. Ao CADE cabe a garantia da livre concorrência ofendida pelo abuso do poder econômico. Não defendendo direito próprio (do Estado), mas da coletividade, procura sua atuação o restabelecimento da ordem econômica violada mediante remédios que mais se amoldem à preservação desta e da autoridade da lei. A atividade processual do CADE, portanto, pertence à sociedade, devendo o órgão buscar, mais do que a punição do infrator, a consecução de um desempenho social, econômico e tecnológico desejável, pressupostos da realização do desenvolvimento nacional e da justiça social constitucionalmente almejados (art. 160 da Constituição Federal). O Conselho tem o direito de persecução penal-econômica, em expressão subtraída a BERNER, procurando tornar efetivo o *jus puniendi* resultante do abuso do poder econômico para impor ao infrator a sanção pertinente.

(2) J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, *Processo Penal*, p. 112.

(3) EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal*, vol. 1, pp. 323/345.

A jurisdição de que o CADE é dotado, porém, é um poder estático. A ação penal-econômica põe em atividade esse poder, constituindo-se na via adequada para levar a pretensão punitiva a juízo. O CADE é, assim, o mandatário da coletividade na tarefa de restaurar a paz e a ordem econômico-jurídica atingidas pelo abuso do poder econômico, ou seja, pela violação dos preceitos assecuratórios da *livre concorrência*.

O processo penal-econômico se instaura com a propositura da ação. Não se cuida aqui de representação da vítima direta do abuso do poder econômico (arts. 28, *b*, e 29 da Lei n.º 4.137/62), posto que, tratando-se a ação penal-econômica de ação pública, o *dominus litis* é a Procuradoria. Esta ação, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisas ou *sindicância* (art. 9.º do Decreto n.º 92.323/86 — Regulamento da Lei Antitruste), em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena. Neste estágio, desenvolve-se atividade preparatória, de caráter preliminar e informativa, enquanto que consiste a ação penal-econômica no pedido de julgamento da pretensão punitiva. Esta surge para o Estado com a prática do abuso do poder econômico e representa a exigência de que seu *ius puniendi* no caso prevaleça sobre o exercício da liberdade econômica do acusado, com a sujeição deste à pena cabível na espécie (4).

II. *Sindicância*

A persecução penal-econômica tem início com a notícia da ocorrência de acontecimento enquadrável numa das figuras típicas com que a lei define e estrutura os abusos do poder econômico. Pode ela ser *espontânea* quando se dá por cognição imediata ou comunicação não formal (e.g. a *vox populi*, as informações da imprensa, a investigação e estudos do próprio órgão, a matéria surgida no decurso de outro feito etc.), atuando o CADE *ex officio* (art. 28, *a*, da Lei n.º 4.137/62), ou *provocada*, quando alguém a leva ao conhecimento do órgão, através de representação (art. 28, *b*, da Lei n.º 4.137/62). Merece aprimoramento, aliás, o Regimento Interno (Portaria n.º 501, de 26 de setembro de 1986, do Ministério da Justiça), que utiliza como sinônimas as expressões “representação” e “denúncia” (arts. 14, 15, inciso I, 23, inciso II, e 25, incisos II e III, do Regimento Interno), termo este que, nesses artigos, é utilizado em seu sentido leigo, tal como a palavra “queixa” (peça inicial da ação penal privada comum) é popularmente usada para definir o requerimento de abertura de inquérito policial.

Exige a Lei n.º 4.137/62 (art. 29) que a representação seja escrita, devidamente fundamentada e (requisito burocrático a ser tão logo possível abolido) traga reconhecida a firma do signatário, que se identificará, devendo, mais, conter exposição do fato argüido como caracterizador de

(4) J. FREDERICO MARQUES, *Elementos*, vol. I, p. 130.

abuso do poder econômico e identificar o acoimado infrator (art. 10, § 1.º, do Regulamento).

Embora prevalecendo o princípio da forma escrita, recomendável seria que futura legislação fizesse concessão à oralidade. Assim, exemplificativamente, poderia a Subcoordenadoria de Orientação, à qual já compete instruir o público sobre as formas de abuso do poder econômico e os mecanismos de defesa e orientar o consumidor (aliás, e por que não também os empresários?) na formulação de representações (art. 23, incisos I e II, do Regimento Interno), ser admitida a receber delações verbais, a exemplo das reclamações feitas à Justiça do Trabalho, de forma a se permitir que pessoas naturais ou jurídicas desprovidas de maior assistência possam adequadamente expor a lume argüidos abusos do poder econômico. As reclamações assim formuladas, reduzidas a termo pela Subcoordenadoria de Orientação, engendrariam a iniciativa *ex officio* do CADE.

De qualquer modo, diante da *notitia* da prática de abuso do poder econômico e recebendo o requerimento, a Secretaria Executiva instaurará *sindicância* ou *inquérito* (art. 9.º do Regulamento), que tem por objeto a avaliação prévia das circunstâncias de fato e de direito referentes aos atos e sucessos apresentados como constitutivos do alegado abuso (art. 9.º, § 2.º, do Regulamento). Trata-se de procedimento *investigatório*, que não se confunde com a instrução processual. Busca a obtenção de dados para que a Procuradoria, na qualidade de órgão da acusação, verifique se deve ou não propor a ação penal-econômica e não uma colheita de provas tendentes a corporificar a formação da culpa ou a legitimidade do direito de defesa. A sindicância é a forma por excelência da investigação (6).

Exatamente por se tratar de trâmite pré-processual, não foram incluídos entre os procedimentos (processuais) arrolados no art. 10, § 2.º, do Regulamento, estes componentes do *processo penal-econômico* propriamente dito.

A Lei n.º 4.137/62 não contemplou a sindicância — e nem precisava fazê-lo. A investigação preliminar é instituição indispensável à justiça penal-econômica, sendo seu primeiro mérito proteger o inculpado. Dá à defesa a faculdade de dissipar suspeitas, combater indícios, explicar os fatos e destruir prevenções no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente precipitações e inverdades e de evitar a sempre prejudicial e por vezes escandalosa publicidade de julgamentos indevidos. Por outro lado, é meio de caracterização precisa dos eventos e um crisol decantador da moralidade das ações.

Não constitui a sindicância inovação do atual Regulamento, pois já fora contemplada no art. 41 do antigo diploma regulamentar (Decreto n.º 52.025, de 1963). Praticamente esquecida enquanto vigente esse decreto, foi revitalizada no atual Regulamento, notadamente diante da usual ino-

(6) J. FREDERICO MARQUES, *op. cit.*, p. 142.

cuidade dos procedimentos de averiguações preliminares (art. 30 da Lei n.º 4.137/62), em verdade inanes (adstritas ao prazo improrrogável, freqüentemente desrespeitado, de 30 dias para sua conclusão). Trata-se de instrumento de desenganado valor e utilidade, por sua rapidez, objetividade e precisão. Não se reveste, porém, de caráter obrigatório, por não prevista na Lei n.º 4.137/62. Assim, dispensável: a) quando se trate de representação de Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara ou do Senado (art. 28, § 2.º, da Lei n.º 4.137/62), b) quando flagrante, fundamentada e comprovada *ab initio*, a tipicidade do abuso do poder econômico (embora, ainda nesse caso, seja recomendável sua instauração, permitindo explicações ao infrator) ou c) quando, também evidentemente, mas ao reverso, seja atípica a conduta acoimada de violadora da Lei do CADE ou óbvia a incompetência do órgão em relação à proposta da lide. Inaplicável, porém, a rejeição liminar e imprescindível a instauração de sindicância, nos casos de mera insuficiência da representação.

Na primeira hipótese (representação de CPI), trata-se de comando legal coativo que determina a imediata instauração do processo administrativo (não sem que antes tenha a Procuradoria, embora sem possibilidade de recusa, sobre ela se manifestado, quer adotando suas conclusões, quer aditando-a, como lhe facultam os incisos *c* e *f* do art. 25 da Lei n.º 4.137/62, de modo a assumir a posição de *dominus litis* por via de denúncia). Na segunda (tipicidade e autoria evidentes), basta à Secretaria Executiva, mediante parecer sumário, encaminhar o feito à Procuradoria para que esta, desde logo, requeira a instauração da ação penal-econômica com lastro nos elementos vestibularmente trazidos à colação. Na última (atipicidade ou incompetência flagrantes), rejeitando a Secretaria Executiva, *in limine*, a representação, segue-se o arquivamento a pedido da Procuradoria e *ad referendum* do Conselho. Nesta hipótese, por analogia ao art. 9.º, § 2.º, do Regulamento, tem a prática interna admitido que, em caso de divergência sobre a rejeição *ab ovo* do requerimento inicial entre a Secretaria Executiva e a Procuradoria, seja o debate dirimido pelo Presidente. Não nos parece adequado. Sendo a Procuradoria a titular da ação penal-econômica, sua manifestação contrária ao sobrestamento liminar deveria bastar à instauração da sindicância, sem que para tanto se tenha que provocar a Presidência ou o próprio Plenário.

Por outro lado, *de lege ferenda*, desde que presentes o *fumus boni iuris*, ou seja, o juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado (WILLARD DE CASTRO VILLAR, *Medidas Cautelares*, p. 59) e o *periculum in mora*, isto é, o receio *fundado* e *objetivo* de dano plausível à ordem econômica (não bastando que o dano afete o patrimônio ou negócios da vítima imediata do abuso do poder econômico), o CADE, sempre ao prudente critério do Plenário, após manifestação da Presidência, à qual poderia o pedido ser dirigido, deveria ser dotado de poderes para conceder *medida liminar* ou *cautelar* (sujeita ou não a contracautela) tendente à sustação temporária da conduta *prima facie* abusiva do poder econômico. Não se concebe que infrações de trato continuado (a medida,

obviamente, não se coadunaria com os delitos consumados) persistam em detrimento, quicá irreparável, da ordem econômica e social, no aguardo do desfecho futuro da ação penal-econômica. Eventuais excessos de autoridade encontrariam, por seu turno, remédio adequado junto ao Poder Judiciário.

Não há confundir a *sindicância* de que trata o Regulamento (a despeito da homonímia e semelhança — homenagem à natureza administrativa do CADE) com a *sindicância administrativa*, meio sumário de que se utiliza a Administração Pública para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público (J. CRETELLA JR., *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, p. 153). De fato, não só diversos seus objetivos e destinatários, como também suas características. Assim, por exemplo, sem um indiciado, seria inconcebível a sindicância perante o CADE.

Aplicam-se à sindicância, “no que couber”, as regras processuais pertinentes à averiguação preliminar e ao processo administrativo, é o que dispõe o incompreensível § 3.º do art. 9.º do Regulamento. Urgente sua supressão, não só porque dispensável matéria-prima da indústria de nulidades, mas também por não encontrar maior suporte nos princípios que regulam o processo penal-econômico. Salva-se o preceito (e comprova-se sua inutilidade) tão-somente por conter a expressão “no que couber”, ou seja, ao menos em relação ao processo administrativo, virtualmente nada. Pretende equiparar o inequiparável, a natureza inquisitiva e administrativa da sindicância com a contraditória e quase-jurisdicional do processo administrativo. Inútil, outrossim, a remissão às averiguações preliminares, sendo estas sumário de culpa inconfundível com o inquérito preliminar. Se aplicado, redundaria em duplicação (ou triplicação) de esforços procedimentais e cautelares, resultado inconciliável com a disposição programática do art. 35 da Lei do CADE, que exige do Conselho, como um todo, a celeridade compatível apenas com o pleno esclarecimento dos fatos.

A sindicância tem caráter *inquisitivo*, nela não interferindo o infrator, salvo na exata medida de sua convocação para esclarecimentos. Não dispõe a Secretaria Executiva do CADE, à qual compete a execução das atividades investigatórias (art. 13, inciso I, do Regimento Interno), sem prejuízo de seu acompanhamento ativo pela Procuradoria em sua dupla função e interesse como titular da ação penal-econômica e fiscal da lei (art. 12, inciso IV, do Regimento Interno), de poderes arbitrários, conduzindo-se, porém, de maneira *discrecionária*.

Processa-se de forma *sumária*, sem prejuízo do esmero na coleta de elementos que fundamentem a ação. Cabe à Secretaria Executiva, nesta fase, por si ou por manifestação da Procuradoria, investigar e apurar o que de real existe, mesmo porque a justiça penal-econômica não se cinge à mecânica aplicação da *norma agendi* do direito punitivo, mas se ampliam em face do princípio da individualização da pena (art. 4.º do Regulamento) e os imperativos da ordem social contra a delinquência econômica. Com tais responsabilidades, não pode a sindicância conter-se dentro de prazos

herméticos (tais como os exigidos para a conclusão das averiguações preliminares), sob pena de se tornar inservível às suas finalidades, devendo desenvolver-se por período compatível com a necessidade de esclarecimento dos fatos. Não poderá eternizar-se, sob pena, aliás, de promoção da responsabilidade das autoridades, servidores e funcionários causadores da injustificada *delonga* (art. 35 da Lei n.º 4.137/62). Dever-se-ia, porém, estabelecer um prazo para sua conclusão, digamos, 3 (três) meses, mas sempre prorrogável a prudente critério da Presidência (art. 23, inciso f, da Lei n.º 4.137/62).

No exercício de suas funções (art. 13, inciso I, do Regimento Interno), poderá a Secretaria Executiva, entre outras atividades, por iniciativa própria ou mediante concurso das demais unidades, inclusive das Inspetorias Regionais ou mesmo das autoridades policiais ou quaisquer outras, conforme o caso, pedir informações e pareceres às Coordenadorias competentes, solicitar diretamente providências (art. 17, inciso c, do Regulamento) e determinar diligências necessárias à sua instrução dentro dos prazos (que não de ser razoáveis) que fixar. Possível defeito de redação permite o entendimento de que a eventual convocação do agente imputado para que preste esclarecimentos no termo assinalado somente seja feita pelo Plenário (art. 9.º, § 4.º, do Regulamento). A discricionariedade administrativa e a natureza puramente inquisitiva da sindicância constituem óbice natural a essa interpretação. A redação regulamentar, porém, merece reparo e futura alteração.

A sindicância tem-se desenvolvido, indiscriminadamente, em caráter *reservado* (item 11, 4, da Resolução Regimental n.º 1/87), embora *inexista*, nesse sentido, comando na Lei n.º 4.137/62, sob duplo pretexto de resguardo do interesse do acusado e da atividade investigatória na medida do necessário à elucidação dos fatos ou no interesse da sociedade. Não nos parece a melhor solução — aliás passível de questionamentos jurídicos posto que ofensiva aos incisos XV, XVI e XVII do art. 89 da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). De fato, a sindicância deve se processar de forma *sigilosa*, ou seja, *não pública*, sem que com isso se obste o acesso do advogado do indiciado aos autos, que poderá não só examiná-los a qualquer tempo, como também copiar peças, tomar apontamentos e deles ter vista, sob sua responsabilidade profissional. A licença, porém, não é irrestrita. Ao causídico não é permitido interferir no desenvolvimento da sindicância, manter contatos com os setores técnicos do CADE encarregados de elaborar pareceres ou estudos ou manifestar-se em julgamentos de inquéritos. Claro está que em situações determinadas de reserva *prevista em lei* ou *quando justificadamente necessário* à preservação do interesse público (assim, e.g., quando indispensável para se evitarem situações que dificultem o prosseguimento da sindicância ou a consecução de sua finalidade ou do processo penal-econômico), poderá o CADE (quicá mediante despacho de sua Presidência, recorrível ao Plenário) determinar *segredo de justiça*. Portanto, a *reserva* deve ser excepcional, não a regra, limitando-se a sindicância à sua natureza *sigilosa*, isto é, não acessível ao público em geral. Assim, nesta fase, nem

mesmo o patrono do representante deverá ter acesso aos autos, posto não ser seu constituinte *parte* na ação penal-econômica, não se lhe possibilitando a lei sequer admissão como assistente da Procuradoria ⁽⁶⁾.

Uma vez recebido o requerimento e acolhida a representação, no exercício de suas funções de órgão condutor da sindicância, a Secretaria Executiva deve, nos termos do art. 9.º do Regulamento, *antes* ouvir a Procuradoria, para, *afinal*, emitir parecer conclusivo, opinando pela existência ou não de indícios à instauração das “averiguações preliminares”. A prática tem demonstrado a errônea da inversão procedimental e, sem qualquer nulidade (mesmo porque a sindicância é procedimento administrativo não obrigatório, onde não prevalece o direito de defesa), tem primeiro opinado, a Secretaria Executiva, após informações dos setores técnicos da unidade, para, somente então, pronunciar-se a Procuradoria. A irregularidade regulamentar, entretanto, recomenda retificação do dispositivo.

De fato, embora refira-se o art. 9.º do Regulamento à simples “oitiva” (parecer) da Procuradoria-Geral, tal manifestação, quando positiva, equipara-se à *denúncia (opinio delicti)*, no sentido processual penal, iniciadora, desde que aceita, da ação penal-econômica. Não há confundir início da ação penal-econômica com seu requerimento e muito menos com a instauração da relação processual. Aquele dá-se com a oferta da peça vestibular pela Procuradoria (art. 9.º do Regulamento); o requerimento com a representação ou indiciamento *ex officio* do CADE (art. 28 da Lei n.º 4.137/62) e a relação processual se perfaz, triangularmente, com a notificação do indiciado (chamamento, art. 32 da Lei n.º 4.137/62) ⁽⁷⁾.

Excessiva a exigência de que a inicial há de ser oferecida pelo Procurador-Geral (art. 9.º do Regulamento), podendo perfeitamente sê-lo por um dos Procuradores do CADE (é claro, havendo-os). Eventualmente, a concentração burocratizante do poder poderá ser objeto de futura reforma regulamentar.

De qualquer modo, a manifestação da Procuradoria, com tais efeitos, é imprescindível diante do sistema acusatório, *ne procedat iudex ex officio*, separando-se a “acusação” da “quase-jurisdição”. Recebendo os autos da sindicância, a Procuradoria poderá, na dependência do caso concreto: *a*) solicitar novas providências à Secretaria Executiva (art. 25, *e*, da Lei n.º 4.137/62) essenciais ao oferecimento da inicial; *b*) requerer a decretação da extinção da punibilidade; *c*) pedir o arquivamento (art. 25, *b*, da Lei n.º 4.137/62); *d*) se entender que o CADE não é competente, pleitear

(6) JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, “A Lei Antitruste Brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE: Alguns Aspectos”, *Rev. Inf. Legislativa*, n. 88, pp. 337 e ss.

(7) FERNANDO TOURINHO Fº, *Processo Penal*, vol. 1, p. 338.

a remessa dos autos à autoridade que o for ou e) oferecer a peça vestibular da ação penal-econômica.

A denúncia é o ato processual através do qual o Estado-Administração, por seu órgão competente, no caso a Procuradoria, se dirige ao CADE dando-lhe conhecimento de um fato que se reveste dos caracteres de infração penal-econômica, manifestando a vontade de ver aplicada ao acusado a *sanctio juris*. Ao oferecê-la, deverá a Procuradoria cuidar para que a peça contenha: a) a exposição do fato presuntivamente delituoso, com todas as suas circunstâncias; b) a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; c) a classificação do argüido abuso do poder econômico; e d) quando necessário (*neste momento e não em qualquer outro*), o rol das testemunhas de acusação (art. 41 do Código de Processo Penal). A Lei do CADE não indica quantos depoentes poderão ser listados pela Procuradoria, mas o faz mercê da sua fonte subsidiária, o art. 398 do Código de Processo Penal (art. 36 da Lei n.º 4.137/62), ou seja, 8 (oito). Nem poderia ser de outra forma, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade das partes, uma vez que caberá ao acusado indicar igual número máximo (art. 37 da Lei n.º 4.137/62).

A matéria se encontra quase que inteiramente omissa no atual Regulamento e na própria Lei n.º 4.137/62, merecendo urgentes cuidados de *lege ferenda*. Com efeito, não só faz jus a Procuradoria ao explícito reconhecimento de sua qualidade de *dominus litis*, como também a enganosa honraria da exigência da manifestação do Procurador-Geral se esvai no absolutamente desnecessário e burocrático requisito de que as sindicâncias sejam submetidas a “juízo” (art. 9.º, § 5.º, do Regulamento). A inobservância dos princípios elementares que tratam da matéria chega às raias de cogitar de “divergências” entre a Secretaria Executiva e a Procuradoria-Geral, a serem resolvidas pela Presidência do Conselho (art. 9.º, § 1.º, do Regulamento), a despeito da mais absoluta diversidade de funções e atribuições daqueles órgãos.

Com maior funcionalidade, celeridade e consonância com os princípios jurídicos pertinentes, bastaria que, após o parecer da Secretaria Executiva e manifestação (denúncia) da Procuradoria (através de Procurador do CADE), abolindo-se o prescindível “juízo” da sindicância, mediante simples despacho do Presidente e distribuição do processo ao competente Relator (art. 28, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62), fossem instauradas, de imediato, as averiguações preliminares (enquanto, também, não forem dispensados). Fica aí nossa sugestão.

Perante o vigente Regulamento, porém, concluída a sindicância, após parecer do Relator previamente designado, o CADE deve decidir ou pelo arquivamento dos elementos coligidos ou pela instauração de averiguações preliminares (art. 9.º, § 5.º, do Regulamento). Se por um lado, desnecessário tal pronunciamento, por outro, inconcebível a possibilidade que se

abre ao Plenário de determinar o prosseguimento investigatório, a despeito de pedido em contrário formulado pela Procuradoria, em flagrante ofensa ao princípio *nemo iudex sine auctore*. Preferível seria que, recusando-se o Procurador, fundamentadamente, a oferecer denúncia, após as averiguações preliminares que autorizem o CADE a divergir daquele, fossem os autos remetidos ao Procurador-Geral, a fim de submetê-los à sua apreciação (art. 25 da Lei n.º 4.137/62 e art. 27, inciso I, do Regimento Interno). Se o Procurador-Geral entender impropriedade a manifestação do Procurador oficiante, poderá ele próprio oferecer denúncia, designando outro Procurador para acompanhar o processo (art. 27, inciso VI, do Regimento Interno); caso contrário, não poderá o Plenário deixar de sustar o feito. Mais coerente, nesse ponto, o Regimento Interno, que, de certa forma, contraria o disposto no art. 9.º do Regulamento. Com efeito, de acordo com o art. 27, parágrafo único, inciso I, do Regimento, compete aos Procuradores a emissão de “pareceres” nos processos que lhes forem distribuídos, cabendo ao Procurador-Geral (art. 27, incisos I, IV e VI, do mesmo diploma) “opinar” sobre seus pronunciamentos, distribuir processos entre os Procuradores e determinar sua substituição na distribuição. Não nos parece adequado, porém, que o CADE, titular do poder quase-jurisdicional, usurpe da Procuradoria o poder de ação e *ex proprio Marte* se transforme em *parte*.

Outro pormenor. As sessões de “julgamento” de sindicância desenvolvem-se de forma *reservada* (item II, 4, da Resolução Regimental n.º 1/87). Se questionável esse caráter quando do desenrolar daquela fase liminar, ainda mais injustificável se afirma sua aplicação ao ensejo do “julgamento”, impedindo a simples presença do advogado do indiciado em sessão na qual não pode sequer manifestar-se (exceto como garante da legalidade) e quando nada mais poderia ser feito para impedir o desenvolvimento das diligências investigatórias encaminhadas pelo inquérito. Repita-se: não há confundir *reserva* (fonte de eventuais ilegalidades e arbitrariedades), com *sigilo* (vedação de acesso ao público ou a não-partes) e *segredo de justiça* (lastreado em critérios de necessidade, conveniência fundada ou exigência legal). Tem o acusado, sempre, direito de saber o que se lhe imputa.

III. *Averiguações preliminares*

Historicamente desprestigiadas e de efeitos práticos questionáveis, permanecem as averiguações preliminares como um dos procedimentos da ação penal-econômica (art. 10, § 2.º, do Regulamento), mais pelas dificuldades de alteração da Lei do CADE (art. 30 da Lei n.º 4.137/62) do que por seus próprios méritos, máxime diante da existência do procedimento investigatório da sindicância.

Destinam-se as averiguações preliminares a verificar se há *real motivo* para a instauração de processo administrativo. A expressão “provocado por representação” inserida no art. 27 da Lei n.º 4.137/62 permite até o entendimento da desnecessidade de sua realização quando a ação penal-econômica tiver sido desencadeada *ex officio*. Não nos parece a melhor herme-

nêutica, não só por subtrair a determinados acusados, discriminatoriamente e em ofensa ao princípio da isonomia, o benefício dessa fase prevista em lei, como também porque, esclarece o art. 28, inciso c, da Lei n.º 4.137/62, as averiguações preliminares serão igualmente realizadas em processos iniciados *ex officio* pelo CADE. Por presunçosa disposição legal, dispensam-se as averiguações apenas quando o processo tiver por peça inicial representação de Comissão Parlamentar de Inquérito, da Câmara ou do Senado (art. 28, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62).

As averiguações, dirigidas por Conselheiro-Relator (art. 30 da Lei n.º 4.137/62), processam-se de forma *sumária*, sem intervenção do indiciado (sem que isto impeça sua convocação — conf. art. 27 da Lei n.º 4.137/62), devendo estar concluídas dentro do prazo *improrrogável* de 30 (trinta) dias.

Qual sua natureza jurídica?

Trata-se de procedimento de *formação de culpa* que objetiva um *juízo de acusação* (*judicium accusationis*), como que uma *pronúncia* no processo penal comum. Não determina o fundamento condenatório ou absolutório, mas, apenas, o alicerce acusatório, exprimindo o direito de inculpar e seus limites. Se o CADE se convencer de que não há nos autos indícios veementes da existência de abuso do poder econômico ou de sua autoria, ao invés da “pronúncia”, equivalentemente decretará a “impronúncia”, decisão de não *instauração do processo administrativo, verdadeira absolutio ab instancia*.

As averiguações preliminares foram instituídas para salvaguardar a inocência contra acusações infundadas e o CADE contra o custo e inutilidade que destas redundariam. O mal causado pela ação penal-econômica deixada ao arbítrio dos acusadores seria uma injustiça, na hipótese de absolvição.

Aliás, tratando-se de queixoso de má fé, ou seja, aquele que: a) deduzir pretensão cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar, conscientemente, os fatos; c) omitir, *intencionalmente*, dados essenciais à apreciação da causa ou d) usar o CADE para conseguir objetivo ilícito, deveria o órgão proclamar a circunstância, para que respondesse ele por perdas e danos sofridos pelo representado e, *de lege ferenda*, arque com as despesas e custas decorrentes da sindicância e averiguações preliminares indevidamente processadas, sem prejuízo de, se fosse o caso, ser responsabilizado por denúncia caluniosa. Mais: deveria o CADE, nestas situações, estar legalmente autorizado a impor multas ao representante inescrupuloso, nos mesmos níveis cominatórios a que estariam sujeitos os representados (atualmente 5 (cinco) a 10.000 (dez mil) vezes o maior valor de referência — art. 43 da Lei n.º 4.137/62, atualizado pelo art. 4.º do Regulamento). É inaceitável que, livre de conseqüências patrimoniais ou morais, se desencadeie a atuação do CADE para propósitos mesquinhos ou inconfessáveis, em desrespeito às suas alevantadas finalidades e autoridade.

Poderá o Conselheiro-Relator designado (art. 28, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62), em face dos resultados da sindicância e dos termos da denúncia oferecida pela Procuradoria, limitar-se a adotar as conclusões daquela. Insatisfeito, porém, com os dados até então coligidos, poderá: a) pedir informes ou pareceres às Coordenadorias competentes; b) solicitar esclarecimentos, diretamente ou não, e determinar diligências; c) pedir esclarecimentos à Procuradoria; d) requisitar informações a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas (art. 17 do Regulamento) e e) tomar outra providência que repute necessária à instrução.

Permite, igualmente, o art. 12, inciso V, do Regimento Interno, à Procuradoria requerer diligências e elementos que houver por cabíveis. Nada mais protelatório e injustificável, *data venia*. As averiguações preliminares constituem procedimento pré-jurisdicional, destinado a proteger o inocente, após ter a acusação esgotado todas as providências investigatórias na fase de sindicância. Trata-se, exatamente, de procedimento em que, na busca do *real motivo*, examina o CADE a própria consistência da denúncia, sendo inconcebível que à acusação se permitam seródias “complementações”, quando entenda parcas as suas possibilidades de sucesso.

Findas as averiguações preliminares, aí sim, admissível à Procuradoria a vista dos autos (sendo que a prática interna do CADE tem para tal deferido o prazo de 5 (cinco) dias), para que esta, ouvida, ofereça espécie de antecipado *libelo acusatório*, ou seja, um resumo articulado e delimitativo da acusação, com o pedido de instauração do processo administrativo. A essa altura, à Procuradoria é vedado retratar-se da acusação e requerer o arquivamento do processo. Embora *dominus litis*, a Procuradoria *não é dona da ação penal-econômica*. Oferecida a denúncia e dado início à ação, pelo princípio da indisponibilidade, deve a Procuradoria ficar subordinada tão-somente à lei, no desenvolvimento de sua atividade processual. Inaceitável, portanto, *venia concessa*, o disposto no art. 12, inciso II, do Regimento Interno.

Chega-se, assim, ao julgamento colegiado das averiguações preliminares (art. 30 da Lei n.º 4.137/62). Após o relatório e com base na letra do art. 30 da Lei n.º 4.137/62, tem-se dado a palavra à Procuradoria para sustentação oral. Outra providência, com o devido respeito, dispensável. Tendo a acusação já se pronunciado em duas oportunidades (denúncia e libelo acusatório), após amplo acesso aos autos e às providências dele constantes (de que teve irrestrita faculdade de acompanhamento e participação — art. 12, inciso V, do Regimento Interno), repetitiva essa *adicional* manifestação. Parece-nos mais adequado que a oitiva de que trata o art. 30 da Lei n.º 4.137/62 seja entendida como a oportunidade de que goza a Procuradoria de, concluídas as averiguações preliminares, formalizar o libelo. A presença da Procuradoria no julgamento se nos afigura, sem dúvida, imprescindível, mas no exercício de suas funções como *custos legis*, sem interferência senão para garantia da legalidade do ato.

De qualquer modo, as averiguações preliminares não comportam apreciação de questões de alta indagação e nem permitem amplas considerações atinentes ao mérito da pretensão punitiva. Em face dos meios de prova até então coligidos, devem apenas determinar a presença ou não de *real motivo* para a instauração de processo administrativo, ou seja, se existem indícios veementes de que houve ou há um abuso do poder econômico (tipicidade) e de que é ele imputável a determinada pessoa, física ou jurídica (culpabilidade). Deve mais, não só verificar a possível ocorrência de um delito econômico punível, mas, também, *fixar os limites da acusação*, tipificando, com base no libelo, uma das formas de abuso de poder econômico das previstas na Lei n.º 4.137/62, de modo a se impedir o futuro julgamento *ultra* ou *extra petita* do processo administrativo.

IV. *Processo administrativo*

A existência de abuso do poder econômico será apurada em *processo administrativo* instaurado pelo CADE (art. 26 da Lei n.º 4.137/62). Tratando-se de ação penal-econômica, tem o procedimento (art. 10, § 2.º, inciso b, do Regulamento) essa denominação em homenagem à natureza administrativa do órgão colegiado julgador.

De fato, por expressa disposição legal, na instauração do processo observar-se-á o rito dos feitos e do julgamento dos crimes comuns de competência do Juiz singular, conforme enunciado no Livro II, Capítulo III, Título I, do Código de Processo Penal, obviamente com as alterações exigidas pela Lei n.º 4.137/62 (art. 36 da Lei n.º 4.137/62).

Assim sendo, é claro que a referência implica a automática aplicação ao processo penal-econômico dos princípios fundamentais do processo penal comum. São eles seis: a) o princípio da *ação*; b) o da *indisponibilidade*; c) o do *contraditório* e da *imparcialidade*; d) o da *verdade real*; e) o da *persuasão* e f) o da *publicidade*.

Pelo princípio da *ação* ou *oficialidade*, não se admite procedimento penal-econômico *ex officio*. Para constituir-se, a relação processual depende sempre de acusação da Procuradoria, órgão oficial. Igualmente, o princípio delimita o campo do poder de decisão do CADE, pela determinação do fato submetido à sua apreciação, impedindo, desta forma, o julgamento *ultra petita*.

Pelo princípio da *indisponibilidade* ou *irretratabilidade* se reconhece que o Estado não tem apenas o *direito*, mas o *dever* de punir. Portanto, a Procuradoria não dispõe de poderes discricionários para apreciar a oportunidade ou conveniência da instauração, quer do processo penal-econômico, quer do inquérito preliminar, desde que, evidentemente, enquadrado um fato na tipificação legal do abuso do poder econômico (princípio da *obriga-*

toriedade). A Procuradoria não age senão em nome da coletividade, que ela representa, tendo, portanto, o exercício, mas não a disposição, da ação penal-econômica, que lhe não pertence. O princípio comporta abrandamentos, tal como ocorre no processo penal comum, mas com maior razão. O crime, em geral, acarreta lesão irreparável ao interesse coletivo, tornando a pena indispensável à restauração da ordem jurídica violada. Já em tema da Lei Antitruste, prevalece o aspecto utilitário-preventivo do direito penal-econômico, pondo em relevo o processo competitivo e o desempenho econômico, social e tecnológico desejável. Competitividade, eficiência e progresso são palavras-chave, interessando muito mais o restabelecimento da ordem econômica e social ofendida do que propriamente sua reparação. Daí, em boa hora, instituiu-se o chamado *compromisso de cessação* da prática economicamente indesejável (art. 15 do Regulamento).

Pelo princípio do *contraditório*, garantia fundamental de Justiça, consagra-se a igualdade da acusação e defesa dentro do processo penal-econômico. Coloca-se o CADE equidistante em face da parcialidade das partes, possibilitando a ambas expor suas razões, apresentar provas e influir no convencimento do Conselho. O contraditório é composto de dois elementos: a informação ou notificação do indiciado (arts. 32 e 33 da Lei n.º 4.137/62) e a possibilidade de reação. Ao contrário, porém, do princípio da indisponibilidade, este não comporta exceções, prevalecendo em sua aplicação o aspecto substancial (direito de defesa constitucionalmente garantido) sobre o formal (art. 40 da Lei n.º 4.137/62). Não lhe representa desvio a revelia, desde que se conceda à parte omissa a oportunidade de exercer seu direito em qualquer fase do processo (art. 34 da Lei n.º 4.137/62). Por outro lado, a isenção dos Conselheiros é condição *sine qua non* para que o CADE exerça suas funções no processo penal-econômico. É pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. As partes têm o direito de exigir a retidão dos Conselheiros, razão pela qual urge a restauração do capítulo do antigo Regimento Interno (arts. 43 a 50 do Decreto n.º 53.670, de 9 de março de 1964), relativo à *exceção de suspeição*, embora a atual ausência não implique, obviamente, em revogação do princípio.

Desde as averiguações preliminares desponta a aplicabilidade do princípio da *verdade real* ou *material* (que se contrapõe à da *verdade formal*, prevalecente no processo civil), predominando o sistema da livre investigação da prova. O CADE, notadamente o Conselheiro-Relator, não pode manter-se como simples espectador da contenda, permitindo-se-lhe ampla gama de atividades instrutórias. É claro que sua atuação não pode ser arbitrária, pautando-se, porém, pelo poder discricionário na condução do processo instrutório (art. 8.º, inciso I, do Regimento Interno). Pode, assim, requisitar dados e pareceres às Coordenadorias competentes, solicitar diretamente informações a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas (art. 17 do Regulamento), determinar diligências, perícias e outras provas, inclusive complementares (art. 39 da Lei n.º 4.137/62) etc. Compete-lhe o impulso oficial (art. 31, parágrafo único, da Lei n.º 4.137/62).

Outrossim, ao CADE é vedado decidir com base em provas ou elementos inexistentes nos autos, embora possa avaliar os colhidos segundo critérios críticos e racionais (princípio do *livre convencimento*), desde que, é claro, o faça de forma motivada (art. 44, inciso *a*, da Lei n.º 4.137/62), observando as regras legais existentes e as máximas de experiência.

Finalmente, a *publicidade* dos autos e dos julgamentos (item II, 3, da Resolução Regimental n.º 1/87) configura o instrumento de fiscalização popular do CADE. Constitui princípio amplamente reconhecido no processo administrativo. Não só as decisões do órgão nesta fase são publicadas no *Diário Oficial* (art. 43, § 2.º, da Lei n.º 4.137/62), louvadamente em seu inteiro teor, como também se permite a qualquer interessado requerer certidão de atos, pareceres ou decisões ou informações sobre qualquer matéria que se inclua na esfera de competência do Conselho (art. 18 do Regulamento), com ligeiras e compreensíveis restrições, preservadoras do direito à privacidade ou de situações de reserva previstas em lei (art. 18, § 1.º, do Regulamento).

O processo administrativo é célere, mas não sumário. Deve ser conduzido e concluído com a maior brevidade compatível com o pleno esclarecimento dos fatos (art. 35 da Lei n.º 4.137/62). Inicia-se com a designação de Conselheiro-Relator diverso do das averiguações preliminares (art. 31 da Lei n.º 4.137/62), providência esta fiadora da imparcialidade do Colegiado. Prática interna do CADE recomenda ao Relator que, em 48 (quarenta e oito) horas, especifique as provas que serão produzidas e o modo de sua realização, sem que isto o impeça de determinar novas providências no curso do procedimento. Deverá, entretanto, desde logo, designar dia, hora e local para o início da instrução e fazer notificar o indiciado (art. 32 da Lei n.º 4.137/62). Trata-se da *citação*, que será feita *pessoalmente*, por carta com recibo de volta ou por cartório do Registro de Títulos e Documentos (art. 32, § 2.º, da Lei n.º 4.137/62), ou *por editais*, quando baldados os esforços de notificação pessoal (art. 32, § 3.º, da Lei n.º 4.137/62).

A prova será iniciada dentro de 10 (dez) a 45 (quarenta e cinco) dias a contar da instauração do feito (art. 32, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62), o que ocorrerá com o chamamento do acusado. Começa com o interrogatório do indiciado pelo Conselheiro-Relator, ato indelegável de autoridade, como aliás consagra o art. 16 do Regulamento, que poderá ser acompanhado pela Procuradoria, na qualidade de *custos legis*, e pelo defensor do acusado, não lhes sendo permitido interferir, salvo para apresentação de questões de ordem. O interrogatório é o meio atribuído ao Relator para se instruir, pessoalmente, sobre a verdade real e firmar sua convicção, registrando nos autos os elementos colhidos.

Ouvido o acusado, segue-se o tríduo para a defesa prévia (que não é obrigatória para a defesa), podendo-se nesta peça oferecer testemunhas

(art. 395 do Código de Processo Penal), até o número de 8 (oito) (art. 37 da Lei n.º 4.137/62).

Além dos depoentes de acusação e os de defesa, poderá o Conselheiro-Relator ouvir informantes (que não prestarão compromisso) e testemunhas referidas, sem prejuízo de poder convocar quantas mais entender necessárias (art. 37 da Lei n.º 4.137/62), sempre, é claro, sem perder de vista os critérios da prudência, pertinência e celeridade do processo, sob pena de responsabilização (art. 35 da Lei n.º 4.137/62).

As testemunhas estão sujeitas à coação processual, devendo seus depoimentos serem tomados sob compromisso (art. 37, §§ 1.º e 2.º, da Lei n.º 4.137/62). Se não for encontrada qualquer delas, o Relator poderá deferir pedido de sua substituição, desde que não tenha por fim frustrar o disposto nos arts. 42, *in fine*, e 395 do Código de Processo Penal, suprimindo imperdoável anterior omissão das partes. Se os depoentes de defesa não forem encontrados, e o acusado, dentro de 3 (três) dias, não indicar outros em substituição, prosseguir-se-á nos demais termos do processo (art. 405 do Código de Processo Penal). Podem as partes, por outro lado, desistir da oitiva de testemunhas arroladas (art. 404 do Código de Processo Penal), sem que isto impeça que o Relator tome seus depoimentos se assim entender necessário ou conveniente à instrução.

A audiência das testemunhas, a exemplo do interrogatório do acusado, também constitui indelegável ato de autoridade (art. 16 do Regulamento). Como indica o art. 37, § 1.º, da Lei n.º 4.137/62, a inquirição deverá observar o disposto nos arts. 202 a 225 do Código de Processo Penal, devendo, assim, o depoimento ser oral (art. 204 do Código de Processo Penal), sujeitar-se à contradita (art. 214 do Código de Processo Penal) e às perguntas e reperguntas das partes (art. 212 do Código de Processo Penal). Os depoentes de acusação, como é intuitivo, serão ouvidos primeiramente (art. 396 do Código de Processo Penal) já que os de defesa se destinam a contrariar as provas de incriminação.

Terminadas as inquirições, as partes, primeiro a Procuradoria, em 24 (vinte e quatro) horas, e, depois, a defesa, dentro de igual prazo, sem interrupção, poderão requerer as diligências, inclusive perícias, cuja necessidade ou conveniência exsurja das circunstâncias ou de fatos apurados na instrução (art. 499 do Código de Processo Penal). Tem o Conselheiro-Relator, desde que não prejudique o direito de defesa ou o de acusação, autoridade para repelir qualquer pretensão probatória que reputa abusiva, impertinente, ilegal ou meramente protelatória.

Para que a instrução não se eternize, a prova determinada pelo Relator, bem como a requerida pelo acusado, a inquirição de testemunhas e a realização de diligências (inclusive perícias), deverá estar concluída em 30 (trinta) dias (art. 38 da Lei n.º 4.137/62). O Relator poderá determinar a rea-

lização de diligências complementares e conceder dilação para a conclusão da prova dentro de 20 (vinte) dias adicionais. Esses prazos, porém, não são fatais. Nem poderiam sê-lo. Não há exigir do órgão julgador a decisão da causa quando ainda não tenha pleno conhecimento dos fatos que lhe permitam adequadamente exercer a prestação quase-jurisdicional. Porém, sempre que concluir a instrução fora dos prazos, o Conselheiro-Relator deverá consignar nos autos os motivos da demora (art. 402 do Código de Processo Penal). Delonga não justificada configuraria constrangimento ilegal de sua responsabilidade (art. 35 da Lei n.º 4.137/62).

A prova documental, por seu turno, poderá ser oferecida em qualquer fase do processo, admitindo a prática interna do CADE que possa sê-lo até a inclusão deste em pauta para julgamento. Mais adequado seria, nos parece, que a prova documental pudesse ser produzida até as alegações finais, salvo motivo justificado, a critério do Relator.

Esgotada a fase probatória, será aberta vista dos autos para alegações finais, sucessivamente, por 3 (três) dias, à Procuradoria e à defesa (art. 500 do Código de Processo Penal). Esse prazo correrá em cartório, independentemente de intimação (art. 501 do Código de Processo Penal). Subseqüentemente, os autos serão de pronto conclusos ao Conselheiro-Relator, que, dentro de 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar nulidades ou suprir faltas que prejudiquem o esclarecimento da verdade. Poderá, inclusive, se não houver ele próprio, em decorrência de substituição, interrogado o acusado ou inquirido as testemunhas, determinar a reiteração desses atos instrutórios (art. 502 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal).

O processo administrativo culminará no julgamento em Plenário, podendo cada Conselheiro ter vista dos autos (art. 12 do Regulamento). Nesta fase, a Procuradoria e, após, o acusado ou seus advogados terão, nessa ordem, direito à palavra por 15 (quinze) minutos cada um (art. 42 da Lei n.º 4.137/62). Chama-se atenção para a faculdade de, nos debates, o acusado sustentar diretamente a própria causa. Trata-se de permissivo a ser abolido. De fato, em sua grande maioria, os indiciados são maus defensores da própria causa, não estando a seu alcance o que devem ou não dizer, nem o que calar. Supondo que estão se desculpando, poderão estar se comprometendo definitivamente. Ao patrono cabe, profissionalmente, proteger seus interesses.

Com o julgamento conclui-se o processo de apuração do abuso do poder econômico na atual legislação do CADE, mesmo porque, dependendo a *recorribilidade* da lei, à falta de previsão legal, nenhuma decisão do órgão, seja nas fases prévias (sindicância e averiguações preliminares), seja em tema de processo administrativo, é recorrível administrativa ou hierarquicamente. O Conselho, órgão dotado de autonomia, não está subordinado a qualquer autoridade superior, nem mesmo ao Ministro da Justiça. Todavia, embora a Procuradoria não tenha acesso a qualquer via recursal, por força do preceito constitucional consagrador do princípio da inafastabilidade do Poder

Judiciário (art. 153, § 4.º, da Constituição Federal), inestimável salvaguarda dos direitos individuais, poderá o condenado pelo CADE pleitear o controle judicial do ato administrativo representado pela decisão final adversa que repute ilegal. Sabe-se ser essa resolução colegiada ato administrativo *vinculado* ou *regrado*, sujeitando-se, portanto, à revisão. Caberá, então, à Justiça Federal civil (e não à criminal, posto que, como visto, se trata de ação anulatória de ato administrativo) reexaminar o pronunciamento quase jurisdicional impugnado, reapreciando o *mérito da causa* (*thema decidendum*) com ampla liberdade (não há confundir esse conceito com o de *mérito administrativo*, ou seja, a oportunidade, ou conveniência, da decisão), podendo anular ou confirmar (mas não modificar) o decisório proferido.

V. *Compromisso de cessação*

Por último, uma breve palavra sobre esta forma excepcional de suspensão do processo penal-econômico, que é o *compromisso de cessação*.

Fiel à progênie utilitarista (posto que originário dos chamados *consent decrees* do Direito norte-americano) e ao sentido teleológico preventivo que consagra a legislação antitruste nacional, o Regulamento (art. 15), introduziu a possibilidade de instalação de extraordinária crise a relação processual, *por acordo*, sem que o avençado implique a confissão da ocorrência de abuso do poder econômico (inexistindo, por consequência, penalidade a ser aplicada). Trata-se de instrumento de real valor para a pronta e eficaz restauração dos princípios da livre concorrência, cujo emprego deve ser estimulado. Nos Estados Unidos, por exemplo, nos últimos quarenta anos, o número de casos cíveis no âmbito do Departamento de Justiça que foram solucionados por essa via monta a cerca de 70% (setenta por cento) ⁽⁸⁾.

Os interesses econômicos da sociedade, em cuja seara viceja o pragmatismo das soluções e resultados, se sobrepõem ao formalismo dos atos e preponderam sobre a pretensão punitiva do Estado. A demora decorrente dos trâmites legais, durante os quais, em muitos casos, subsiste a conduta restritiva da concorrência sob apuração, é frequentemente mais danosa à livre competição do que a eventual solução transacional da lide, ainda que, dessa forma, permaneça impune o agente ativo da infração. Por outro lado, pode o CADE obter acordos em termos mais rigorosos e eficazes do que aqueles resultantes da ação penal-econômica, na medida em que o acusado se mostre ansioso em poupar o tempo e evitar as despesas, a publicidade e os riscos do processo. Ainda quando acredite o acusado na própria inocência, desde que o resultado econômico que se lhe proponha seja considerado aceitável, poderá ele preferir dispor de certos benefícios comerciais ou financeiros resultantes da questionada conduta (que poderá ser eventualmente repressível ou indesejável ou aética, mas não ilegal) em troca do ônus processual ou do clamor público decorrente da contenda. A primazia das soluções de

(8) S. C. OPPENHEIM, G. WESTON e J. T. McCARTHY, *Federal Antitrust Laws*, 4ª edição, p. 1033.

mercado para as anomalias concorrenciais há de ser sempre preferível ao controle estatal repressivo da economia.

Seriam basicamente cinco os principais estímulos ao acusado para propor compromisso: *a*) a economia (aliás também para o Estado) ao se evitar as dificuldades inerentes ao julgamento do processo antitruste; *b*) a informalidade das negociações; *c*) o interesse de se esquivar a uma condenação que já preveja, bem como à subsequente ação por perdas e danos que lhe seria eventualmente movida pelas vítimas diretas da conduta abusiva do poder econômico; *d*) a possibilidade de o CADE se manifestar concretamente sobre a legalidade ou ilegalidade de determinadas condutas empresariais de seu interesse específico e *e*) a possibilidade de se amortecer o clamor público desfavorável decorrente do julgamento ⁽⁹⁾.

A política antitruste nacional deve objetivar a conciliação do processo competitivo com o desempenho econômico, social e tecnológico desejável. Cumpre, precipuamente, impedir que o poder excessivo de mercado redunde em conduta abusiva, restritiva da concorrência. Diante dessa perspectiva, há que se ter em mente que o exercício da política antitruste busca *resultados econômicos*, tendo por moeda corrente a *eficiência* e o *desenvolvimento*. Compreende-se por eficiência a inter-relação adequada entre preços e custos de produção, entre capacidade e produtividade e entre demanda e capacidade, em regime de produção de escala. Consiste o desenvolvimento no incremento da produção em geral, no aumento desta por unidade produtiva, no desenvolvimento de novas técnicas e na geração de bens e serviços novos e melhores, com o progressivo melhoramento do estado da técnica.

Assim, para que os pressupostos de uma política antitruste se concretizem mais rapidamente, muitas vezes é preferível que a lide seja prontamente solucionada sob forma quase contratual, preservando-se a ordem econômica e social de maior desgaste e trauma e restaurando-se de plano o princípio da livre concorrência.

O compromisso há que contar com a *iniciativa do indiciado*. Não poderão propô-lo a Procuradoria ou o Conselheiro-Relator, estes por estarem sujeitos aos princípios da indisponibilidade ou irretratabilidade (poder-dever).

Segundo o art. 15 do Regulamento, o compromisso poderá ser *assumido* durante qualquer fase da sindicância ou dos procedimentos quase-jurisdicionais (averiguações preliminares e processo administrativo). O preceito merece cuidados hermenêuticos. De fato, não se poderia interpretá-lo como se permitisse a *propositura* de compromisso em *qualquer* fase (poderá ele ser apenas *assumido*), sob pena de se consagrar escárnio à sociedade e à autoridade do CADE. Fosse assim, poderia o indiciado requerê-lo até mesmo no ato de julgamento do processo administrativo, substituindo a sustentação

(9) S. C. OPPENHEIM et al., *op. cit.*, p. 1034.

oral por “compromisso de cessação”, impeditivo da inscrição de seu nome no registro dos culpados e de imposição da pena. O Regulamento não indica o derradeiro ensejo para a oferta de compromisso. Pelo sentido teleológico do instituto, parece-nos que a licença de peticionar por transação torna-se *preclusa após a defesa prévia*. Com efeito, após essa oportunidade, a maior parte dos benefícios objetivados com o compromisso já se teria esvaído. É claro, por isso mesmo, que quanto mais tempo levar o indiciado para tomar a iniciativa, mais rigorosos haverão de ser os termos do compromisso.

Outrossim, a franquia regulamentar não se aplica indistintamente a todas as modalidades de abuso do poder econômico. Assim, não há admitir compromisso de *cessação* quando se trate de ilícito *consumado*. Há que se cuidar de infração *permanente*, cujos efeitos danosos ainda persistam no curso do processo penal-econômico. Não pode haver *cessação* do que já não mais existe.

O *compromisso de cessação* é o resultado documental de delicado e importante *processo transaccional prévio*. Sua *assunção* deve ser entendida como sua aceitação, pelo indiciado, dos termos e condições que lhe forem ofertados pelo CADE. Assim, pretendendo acordo, por petição nos autos (preferivelmente a ser autuada em apartado), deve o Secretário Executivo (se o feito estiver em fase de sindicância), *ad referendum* da Presidência, ou o Conselheiro-Relator (nas demais fases), *sem suspensão do procedimento* então em curso (até, é claro, a fase de julgamento definitivo do processo administrativo, sob pena de se frustrar o acesso ao compromisso daquele que tempestivamente o houver requerido), determinar estudos, pareceres e/ou pesquisas às Coordenadorias competentes, no sentido de ofertarem subsídios para a fixação das condições contratuais (em termos econômicos e jurídicos) *que melhor se adaptem à realidade e às peculiaridades do mercado relevante*. Restariam baldados os propósitos do compromisso se o indiciado fosse compelido a repeli-lo por inviabilidade ou inadequação dos termos propostos ao mercado específico ou, ao contrário, se aceito, não resultarem no restabelecimento da livre concorrência e da ordem econômica violentada.

Concluídas essas providências e colhidas as sugestões, desenrolar-se-ia informal negociação entre a Secretaria Executiva, a Procuradoria (aqui atuando como fiscal da lei e não como titular da ação penal-econômica e da pretensão punitiva) e o indiciado. Não se deve permitir a interferência do representante; seu desejo de vingança privada pode, *ab initio*, impossibilitar ou inviabilizar o sucesso das tratativas. A circunstância não impede, porém, que o queixoso formule considerações ou sugestões *escritas* ao Secretário Executivo e/ou à Procuradoria, que poderão, livremente, a seu exclusivo critério, levá-las ou não em consideração.

É claro que tais diligências prévias e negociações devem ser céleres, máxime diante da não suspensão dos procedimentos investigatórios e/ou instrutórios de apuração do abuso do poder econômico em curso. O efeito não suspensivo atribuível ao pedido do indiciado demanda, por consequên-

cia lógica, a fixação de prazo pelo Presidente do CADE (quando o pedido for formulado em sede de sindicância) ou pelo Conselheiro-Relator (nas demais fases), conforme o caso, termo este, é claro, prorrogável por despacho fundamentado e criterioso. Recomendável seria a pronta regulamentação da matéria.

Bem sucedidas as conversações, deve ser redigido documento formal de *compromisso de cessação*, através do qual o indiciado unilateralmente se obriga não só a cessar a prática incriminada, mas também observar os demais termos e condições acordados e submeter-se à *fiscalização* (que há de ser efetiva e constante) do CADE. Sem esta, o documento seria natimorto, na maioria dos casos.

Recebendo o compromisso devidamente subscrito pelo interessado, com o necessário "de acordo" da Secretaria Executiva e da Procuradoria, caberá ao Plenário *homologá-lo*, sem alterações (posto que o art. 15 do Regulamento determine que, assumido o compromisso, o CADE *suspenderá* a ação penal-econômica). *De lege ferenda*, reforma regulamentar deverá considerar a ampliação da competência do Plenário, concedendo-se-lhe poderes de controle, participação e/ou veto *pro societate* quanto aos termos acordados com o indiciado.

O compromisso de cessação deve, por seu turno, ter período de vigência. Seria inconcebível sua eternização, máxime diante do mercado, sempre volúvel e mutável. Inexiste comércio que não seja dinâmico por natureza. Igualmente inaceitável que o processo permaneça "suspenso" de forma penene. O termo deve ser fixado caso a caso, de acordo com a hipótese concreta e diante das características específicas. *Não deve, porém, ser inferior ao prazo prescricional da ação penal-econômica subjacente*, isto é, 2 (dois) anos (art. 114 do Código Penal). Solução em contrário resultaria em ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação. Enquanto não extinta a punibilidade, permanece íntegra a pretensão punitiva do Estado que, por força do compromisso, permanece em estado hibernar. Assim, verificado, a qualquer tempo (enquanto não ocorrer prescrição, é claro), o descumprimento do *acordo, dar-se-á ou a abertura imediata do processo administrativo, se já instaurada a sindicância ou as averiguações preliminares, ou a pronta reativação e julgamento, em caráter prioritário, do processo administrativo, se já em curso* (art. 15 do Regulamento). Consumada a prescrição e verificada a violação do compromisso, deverá o CADE, *ex officio*, de imediato e também em caráter prioritário, determinar a instauração dos procedimentos competentes para a apuração do novo abuso do poder econômico. Todavia, nesta hipótese, não há falar em reincidência para os efeitos do art. 46 da Lei n.º 4.137/62; ao infrator recalcitrante, porém, não se deveria conceder novo acesso ao benefício.

Finalmente, cumpre observar que o compromisso de cessação, por sua natureza obrigacional, pode ser alterado pelo CADE, quiçá, mediante petição dirigida ao Presidente do Conselho, subscrito pelo compromissário, desde

que demonstrada modificação das circunstâncias do mercado relevante que exija a emenda. Neste caso, com o indispensável "de acordo" da Secretaria Executiva e da Procuradoria, após os convenientes estudos e renegociações informais com o interessado, poderá o Plenário *homologar* o aditivo. A transação, quando ratificada, produz para o CADE o efeito de *coisa julgada administrativa*. Assim, não poderá o órgão ou qualquer de suas unidades pretender modificá-la sem anuência do compromissário, a menos que, *expressamente*, se reserve o direito do CADE de alterar o acordo para sua adaptação a supervenientes condições do mercado relevante, conforme especificadas na avença.

A previsão do instituto, como se sabe, é de pobreza franciscana, reduzida a um único e impreciso artigo do Regulamento, merecendo, portanto, por sua utilidade e valor, imediato disciplinamento e pronta sistematização. Urge impedir que incompreensões, atitudes menores ou entendimentos leigos impeçam seu desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *Processo Penal, Ação e Jurisdição*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- AREEDA, Phillip. *Antitrust Analysis*. Boston, Ma., EUA, 2.^a edição, Little, Brown and Company, 1974.
- AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente. *Curso de Direito Judiciário Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1958.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974.
- ESPINOLA Fº, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro, Ed. Borsoli, 1954.
- KAYSEN, Carl e TURNER, Donald F. *Antitrust Policy — An Economic and Legal Analysis*. Cambridge, Ma., EUA, Harvard Press, 1959.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1961.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo, 6.^a edição, Ed. Saraiva, 1973.
- OPPENHEIM, S. Chesterfield, WESTON, Glen E. e MCCARTHY, J. Thomas. *Federal Antitrust Laws*. 4.^a edição, St. Paul, Minn., EUA, West Publishing Co., 1981.
- SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*. St. Paul, Minn., EUA, West Publishing Co., 1977.
- TOURINHO Fº, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 5.^a edição, Bauru, Ed. Jalovi, 1979.

Unidade e dualidade da magistratura

RAUL MACHADO HORTA

Catedrático de Direito Constitucional da
Faculdade de Direito da UFMG.

S U M Á R I O

1. Unidade e dualidade da Magistratura, tema antigo nas Constituintes federais. 2. Dualidade do Poder Judiciário e o Decreto nº 848, de 1890. A controvérsia na Constituinte de 1891 e a dualidade do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1891. 3. A Comissão do Itamaraty, em 1933, e as duas tendências. A Constituição de 1934, dualidade do Poder Judiciário e pluralidade dos órgãos judiciários. 4. A Constituinte de 1946 e o aplacamento do dissídio entre dualidade e unidade do Poder Judiciário. 5. O modelo constitucional brasileiro de organização do Poder Judiciário. 6. Propostas relativas ao funcionamento do Poder Judiciário. 7. Propostas relativas à concepção estrutural do Poder Judiciário.

1. A unidade e a dualidade da Magistratura é, como se sabe, tema antigo nas Constituintes dos Estados federais. Durante certo período, que me parece superado, constituiu-se, também, em tema altamente polêmico nas discussões jurídico-políticas que tiveram por cenário as Constituintes federais. Nelas se refletiu a bipolarização de tendências: uma preconizando a unidade da Magistratura e do Poder Judiciário no território da Federação e outra defendendo a dualidade da Magistratura e do Poder Judiciário, por ser a dualidade mais consentânea à pluralidade dos ordenamentos jurídicos que o Estado federal requer — o ordenamento central da União e o ordenamento parcial dos Estados-Membros.

No curso desta exposição, ater-nos-emos ao tema no âmbito da organização federal brasileira. A incursão no direito comparado alongaria a exposição e, por outro lado, sem desconhecer a importância das soluções de

Exposição em Painel da Subcomissão do Poder Judiciário (Comissão de Sistema de Governo) da Assembléia Nacional Constituinte, no dia 27 de abril de 1987. Presidente da Subcomissão: Deputado José Costa. Relator: Deputado Plínio de Arruda Sampaio.

outros ordenamentos federais, notadamente o norte-americano, o suíço, o canadense, o argentino, o mexicano, o australiano e o alemão, a experiência brasileira atingiu, nesta matéria, um estágio de amadurecimento e de fecundidade constitucional criadora, que coloca a organização constitucional brasileira ao nível das mais evoluídas soluções conferidas ao Poder Judiciário. No exame da questão, fixaremos a consolidação constitucional, no tocante ao dissídio entre dualidade e unidade do Poder Judiciário, e apontaremos técnicas ainda não incorporadas ao direito constitucional positivo, que permitirão descentralizar a atuação dos órgãos judiciários, para tornar a prestação jurisdicional mais rápida, sem prejuízo do acesso das partes às instâncias de julgamento.

2. Precedeu à Constituinte Federal de 1891 a preferência pela dualidade do Poder Judiciário e da Magistratura. A decisão emanou do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, e a exposição preambular, de autoria do Ministro da Justiça, CAMPOS SALLES ⁽¹⁾, sustentava que a principal característica do regime federal residia “na coexistência de um Poder Judiciário federal e de um Poder Judiciário local, cada um desenvolvendo a sua ação dentro da respectiva esfera de competência”.

A Constituinte de 1891, ainda sob a influência do unitarismo monárquico, tornou-se o campo da controvérsia entre as duas tendências, a da unidade e a da dualidade do Poder Judiciário. Os *Anais* da primeira Constituinte republicana registram brilhantes debates, que se iniciaram na “Comissão dos Vinte Um”, incumbida de elaborar o Projeto de Constituição, e se prolongaram nas intervenções do plenário ⁽²⁾. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 deferiu à União o Poder Judiciário federal (art. 55), com a pluralidade de órgãos que o texto deixava à criação ulterior do Congresso, e confiou aos Estados a organização de sua própria Justiça, dentro da cláusula dos *poderes reservados* (art. 65, 2.º), sujeita ao dilatado preenchimento que caracterizou o federalismo dualista de 1891. O Supremo Tribunal Federal tornou-se o órgão responsável pelo primado da Constituição e da lei federal na via de recurso inominado (art. 59, III e § 1.º), que mais tarde recebeu o nome de recurso extraordinário. A dualidade do Poder Judiciário vinculou-se à competência da legislação da União sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal, no domínio dos poderes enumerados (*Constituição Federal de 1891*, art. 34, 23), de forma a reservar a cada Estado-Membro a competência da legislação processual.

A crítica à solução constitucional instituidora do dualismo judiciário e do dualismo legislativo parcial não se extinguiu. Os partidários do unitarismo reanimaram-se com o pronunciamento de RUI BARBOSA ⁽³⁾, na

(1) JOÃO BARBALHO. *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, 2ª edição, Rio de Janeiro, F. Brigulet, 1924, p. 295.

(2) AGENOR DE ROURE. *A Constituinte Republicana*. Vol. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1918, p. 833.

(3) RUI BARBOSA. *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro, Editora José Aguilar Ltda., 1960, p. 354.

plataforma da campanha presidencial de 1910, quando, após criticar vivamente a pluralidade da legislação processual, a dualidade do Poder Judiciário e as deficiências do Judiciário estadual, preconizou a reforma da Constituição de 1891, para unificar a Magistratura e o direito de legislar sobre processo. Na plataforma de 1910 ⁽⁴⁾, RUI manifestava sua preferência pelos *tribunais coletivos*, sem, todavia, esclarecer se essa opção envolveria a extinção dos juízes singulares. Conhecedor do formalismo processual, o experimentado Advogado reclamava a “abolição do processo escrito e a adoção do oral”, para que os autos se reduzissem “a proporções elementares, contendo unicamente os documentos fundamentais da ação e da defesa”.

O descongestionamento do Supremo Tribunal Federal constituiu preocupação do legislador ordinário da Primeira República, e com esse propósito tramitaram no Congresso Nacional projetos de leis instituindo Tribunais Regionais Federais. A interpretação constitucional do Supremo Tribunal repeliu tais iniciativas ⁽⁵⁾, sob o argumento de que a Constituição não autorizava “Cortes Regionais de segunda instância” e sua adoção acabaria convertendo o Supremo Tribunal Federal em terceira instância para as causas federais. Por isso, o Poder Judiciário federal não explorou a pluralidade de órgãos, que a Constituição autorizava, permanecendo limitado ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula, e aos Juízes federais de primeira instância.

3. Os trabalhos da Comissão Constitucional, a chamada *Comissão do Itamaraty*, sob a presidência efetiva do Ministro Afrânio de Mello Franco, reabriram, em 1933, no processo constitucional brasileiro, o debate em torno da unidade e da dualidade do Poder Judiciário. Dois membros daquela Comissão ⁽⁶⁾ polarizaram as duas posições — o Ministro ARTHUR RIBEIRO, defensor da dualidade, restrita, todavia, ao órgão federal de última instância, o Supremo Tribunal Federal, com a conseqüente unificação jurisdicional no âmbito dos Estados, e JOÃO MANGABEIRA ⁽⁷⁾, que preconizava a Justiça Nacional, conforme o preceito — “Justiça una e Jurisdição una”, cabendo, entretanto, aos Estados dispor sobre a sua divisão judiciária, observadas as normas que o Anteprojeto explicitava, inaugurando solução que perdurou nas Constituições federais posteriores.

A Constituinte de 1933/34 não foi simpática ao Anteprojeto da Comissão do Itamaraty. A Comissão Constitucional, sob a presidência de Carlos Maximiliano, e tendo Raul Fernandes como relator-geral, no parecer que acompanhou o Projeto de Constituição por ela redigido, assinalou que “o anteprojeto centralizava excessivamente os poderes públicos com sacrifício do princípio federativo”, pois “ao regime federativo, nominalmente mantido,

(4) RUI BARBOSA. Obra citada, p. 360.

(5) CASTRO NUNES. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. RJ, Forense, 1943, p. 61.

(6) JOSÉ AFFONSO MENDONÇA DE AZEVEDO. *Elaborando a Constituição Nacional*, 1933, pp. 643/664.

(7) JOÃO MANGABEIRA. *Em Torno da Constituição*. Companhia Editora Nacional, 1934, p. 91.

se substituiu de fato um sistema de simples descentralização administrativa" (8). A Constituição Federal de 1934, concebida sob as inspirações de um novo federalismo, manteve a dualidade do Poder Judiciário, como inerente ao regime federativo, e inaugurou a moderna organização do Poder Judiciário, que ainda subsiste nas Constituições Federais brasileiras, com os acréscimos e aperfeiçoamentos posteriores. O modelo organizatório de 1934, no tocante ao Poder Judiciário, apresenta as seguintes características básicas:

1. Pluralidade dos órgãos do Poder Judiciário federal: Corte Suprema, Juízes e Tribunais Federais, Juízes e Tribunais Militares, Juízes e Tribunais Eleitorais.

2. A irrecorribilidade das decisões de Tribunais Federais, salvo em matéria constitucional e as negatórias de *habeas corpus*, às quais se assegurava recurso para a Corte Suprema (arts. 79 e 83, § 1.º).

3. A organização do Poder Judiciário estadual como matéria da Constituição do Estado, identificando o exercício dos poderes reservados aos Estados, respeitados os princípios constitucionais explicitados na Constituição Federal, dentre eles as garantias do Poder Judiciário (art. 7.º, I, e, IV).

Tendo criado a Justiça do Trabalho, para dirimir questões entre empregados e empregadores, regidas pela legislação social, e adotado o princípio da paridade de empregados e empregadores na composição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação (art. 122, parágrafo único), a Constituição de 1934 não introduziu a nova Justiça Especial entre os órgãos do Poder Judiciário, preferindo localizá-la no título dedicado à Ordem Econômica e Social. A Carta de 1937 não alterou o tratamento dispensado à Justiça do Trabalho, mantendo-a na Ordem Econômica. A Constituição Federal de 1946 resgatou a Justiça do Trabalho, para dar-lhe o *status* de órgão do Poder Judiciário federal, com estrutura e competência fixadas no seu texto (arts. 94, V, 122 e 123).

4. O dissídio entre unidade e dualidade do Poder Judiciário ficou aplacado na Constituinte de 1934, com a consagração da organização dual do Poder Judiciário. O tema não despertou maiores controvérsias na Constituinte de 1946. Na Comissão Constitucional de 1946, houve breve discussão sobre a pertinência ou não de alínea de artigo do Projeto, que mencionava na organização plural do Poder Judiciário federal os "Juízes e Tribunais dos Estados", afinal suprimida, acolhendo-se a ponderação de GUSTAVO CAPANEMA de que se cuidava de organizar o Poder Judiciário da União e nele não seria de "boa técnica constitucional" a inclusão dos Juízes e Tribunais dos Estados (9).

(8) ARQUIVO JUDICIÁRIO, Volume XXIX, Rio de Janeiro, Tipografia do Jornal do Comércio, 1934, p. 288.

(9) JOSÉ DUARTE. *A Constituição Brasileira de 1946*. 2.º volume, 1947, Rio de Janeiro, p. 256.

O modelo da organização dual do Poder Judiciário, elaborado na Constituição de 1934, e conservado, em suas linhas gerais, na Carta autoritária de 1937 (art. 90), que extinguiu a Justiça federal, recebeu aprimoramentos na Constituição de 1946 e o modelo renovado permaneceu no texto da Constituição de 1967. A Constituição de 1946 introduziu a Justiça do Trabalho na composição plural do Poder Judiciário da União. Denominando de Tribunal Federal de Recursos ao Tribunal inominado, que surgiu na Constituição de 1934, previu a criação, em diferentes regiões do País, de outros Tribunais Federais de Recursos, para descentralizar a jurisdição do Tribunal Federal (art. 105). Manteve o princípio de irrecorribilidade das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato, as denegatórias de *habeas corpus* e de mandado de segurança, e conservou a regra da paridade da representação de empregados e empregadores na Justiça do Trabalho (art. 122, § 5.º). Assegurou aos Estados o poder de auto-organização de sua Justiça, como fizeram as Constituições anteriores, e retomou a técnica que aflorara na Comissão do Itamaraty, sob o patrocínio do Ministro ARTHUR RIBEIRO ⁽¹⁰⁾, para submeter essa competência organizatória autonômica ao comando de princípios enumerados na Constituição Federal, visando preservar uma estrutura homogênea fundamental do Poder Judiciário dos Estados, de modo a eliminar tratamento *discriminatório*, que, na ausência dessas normas centrais de preordenação, comprometeu a independência e o funcionamento do Judiciário estadual durante a Primeira República. A Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, promulgada na vigência da Constituição de 1946, ampliou às decisões do Tribunal Superior do Trabalho o princípio da irrecorribilidade, salvo se contrariarem a Constituição (art. 122, § 1.º).

A Constituição Federal de 1946, que exprimiu o amadurecimento da experiência constitucional brasileira, completou e consolidou o modelo brasileiro de organização do Poder Judiciário, do qual extraímos as seguintes características dominantes, até esta data, quando nos situamos, historicamente, na véspera da nova Constituição do País:

1. Poder Judiciário dual, dispondo a União e os Estados de magistrados próprios.
2. Pluralidade de órgãos judiciários na União e nos Estados, para descongestionar, especializar, descentralizar e regionalizar as instâncias de julgamento, aproximando-as das partes, de modo a tornar mais rápida, cômoda, barata e efetiva a aplicação da Justiça.
3. A existência do Tribunal da Federação, identificado no Supremo Tribunal Federal, com a função de intérprete conclusivo da Constituição e de preservador do primado da lei federal.
4. Irrecorribilidade das decisões de Tribunais Federais da Justiça Especial — Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Supe-

(10) ARQUIVO JUDICIÁRIO. Vol. XXVIII, 1933, Tipografia do Jornal do Comércio, pp. 359 e 370.

rior do Trabalho —, salvo as restritas exceções relativas às decisões denegatórias de *habeas corpus*, as proferidas em mandado de segurança e as que contrariarem a Constituição Federal.

5. A organização do Poder Judiciário estadual como matéria integrante dos *poderes reservados* aos Estados, para formar conteúdo autônomo da Constituição estadual.

6. A prévia explicitação na Constituição Federal de princípios que irão posteriormente projetar-se na organização da Justiça dos Estados, visando assegurar garantias homogêneas, e com essa revelação de normas constitucionais centrais frustrar tratamento discriminatório entre Juízes e Tribunais estaduais.

5. Em linhas gerais, aí temos o modelo constitucional brasileiro de organização do Poder Judiciário, resultante da atividade de nossas anteriores Assembléias Constituintes. Não é o modelo ideal. É modelo real, sujeito, agora, à soberana decisão da Assembléia Constituinte. Como modelo real, vem ele sendo alvo de freqüentes propostas de aperfeiçoamentos e mesmo de substituição de fundamentos atuais. As propostas ora atingem a organização do Poder Judiciário, para operar mudanças de concepções, ora se voltam para o funcionamento do Poder Judiciário, buscando a Justiça mais rápida, cômoda, barata e mais próxima dos que necessitam dela. São os rumos de tendências reformistas do Poder que assegura direitos, aplaca dissídios, compõe interesses, na diuturna aplicação da lei e de sua adaptação às mutáveis condições sociais, econômicas e políticas. É o Poder que enfrenta e deslinda os dramas humanos, ouvindo queixas, reivindicações e protestos. É o Poder onde explode o ódio das vítimas e dos condenados, a revolta dos oprimidos e a arrogância dos opressores. É o Poder que reclama de seus membros serenidade e bravura, paciência e desassombro, humildade e altivez, independência e compreensão. Poder tão próximo do dia-a-dia do homem e da sociedade, é natural o interesse dos cidadãos e das instituições pelo seu destino. A Assembléia Nacional Constituinte decidirá o destino do Poder Judiciário. A decisão soberana que vier a proferir poderá prosseguir a linha do modelo constitucional brasileiro, para aprimorá-lo, ou poderá criar modelo novo, ainda não experimentado no direito constitucional brasileiro.

Sem ingressar no domínio criador, que pertence à Constituinte, vejamos algumas propostas inovadoras do modelo constitucional, incidindo no funcionamento e na concepção do Poder Judiciário.

6. *Propostas relativas ao funcionamento do Poder Judiciário*

Referem-se ao funcionamento do Poder Judiciário as propostas que visam agilizar as decisões, eliminando a lentidão que desgasta o Poder e aflige as partes pela demora.

6.1. *A questão da relevância da lei federal*

Quando se colocou em discussão, em 1965, a chamada Reforma do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de sua competência, tendo em vista o volume esmagador dos recursos extraordinários que sobem ao Alto Pretório, sugeriu que, para conhecimento do recurso extraordinário, dever-se-ia exigir que a questão federal nele envolvida fosse de *alta relevância*, a ser apreciada sobretudo do ponto de vista do interesse público. Lembrava o Supremo Tribunal, na justificativa de sua proposta, que, “nos Estados Unidos, onde vigora, com as suas peculiaridades, o princípio da relevância, mais de 80% dos casos levados à Corte Suprema ficam encerrados nessa verificação preliminar” (11). A proposta não frutificou de imediato e só mais tarde a cláusula da relevância veio alcançar consagração na Constituição Federal de 1967, por alteração introduzida pela Emenda Constitucional n.º 7, de 1977 (art. 119, § 3.º, c do texto vigente), como matéria a ser regulada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, sem a imediatidade que se continha na proposta do Supremo Tribunal Federal: “julgar, em recurso extraordinário, sendo de alta relevância a questão federal, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes”...

A vinculação da *relevância* da questão federal ao cabimento do recurso extraordinário é novamente encarecida pelo Supremo Tribunal Federal, em recente manifestação, quando explicitou o alcance constitucional da cláusula, entendendo “relevante a questão federal que, pelos seus reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos e sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário” (12).

6.2. *Regionalização de Tribunais Federais*

A descentralização e a conseqüente regionalização de Tribunais Federais, com sede, jurisdição e composição a ser estabelecida na própria Constituição ou em lei federal, é proposta que recolhe generalizada aceitação. Os Tribunais Regionais Federais se tornariam a instância de recurso para as *decisões proferidas pelos Juízes Federais e suas decisões seriam recoráveis* para o Tribunal Superior Federal, ou o Superior Tribunal de Justiça, conforme outra alternativa, no qual se converteria o atual Tribunal Federal de Recursos.

6.3. *Descentralização e ampliação da competência da Justiça Federal de Primeira Instância*

Com o propósito de aproximar as partes do órgão de julgamento, para tornar mais cômoda, rápida e barata a prestação jurisdicional, propõe-se a criação de Seções Judiciárias da Justiça Federal ou de Varas da Justiça

(11) *Diário da Justiça*, de 21 de junho de 1965, p. 1.476.

(12) *Diário da Justiça*, de 14 de julho de 1986, p. 12.292.

Federal fora das Capitais dos Estados. E ainda no plano da Justiça Federal de Primeira Instância, a ampliação de sua competência para abranger as questões de direito agrário, com a conseqüente criação de Varas Regionais de Justiça Agrária e previsão do recurso das decisões dessa Justiça para Seções ou Turmas Especializadas dos Tribunais Regionais Federais.

6.4. *A criação de Tribunais Administrativos*

Dando melhor solução para as decisões de questões fiscais e previdenciárias, atualmente confiadas a indeterminado contencioso administrativo, que a lei poderá criar, recomenda-se a criação de Tribunais Administrativos, diretamente no texto da Constituição ou na via de lei complementar, para decidir questões fiscais, previdenciárias e as relativas ao regime jurídico dos servidores públicos, assegurado à parte vencida o acesso ao Tribunal Judiciário competente, para a revisão da decisão proferida.

6.5. *Propostas na área da Justiça dos Estados*

Sem recusar aos Estados o poder de auto-organização do seu Poder Judiciário, o texto constitucional federal poderá inserir determinadas faculdades no campo das normas que a Constituição do Estado deverá observar, visando à descentralização e à comodidade das decisões. É o que se atingiria com a faculdade⁽¹³⁾ dos Estados de criar e sediar, fora das respectivas Capitais, tribunais inferiores de segunda instância e, ainda, "juizados especiais, singulares ou coletivos, para julgar pequenas causas e infrações penais a que não se comine pena privativa de liberdade, mediante procedimento oral e sumário, podendo a lei atribuir o julgamento do recurso a turmas formadas por juizes de primeira instância e estabelecer a irrecorribilidade da decisão. Os Juizados Especiais Singulares serão providos por Juizes togados, de investidura temporária, aos quais caberá a presidência dos Juizados Coletivos, na forma da lei".

6.6. *Desoneração de encargos*

A gratuidade do ingresso na Justiça é o ideal para o qual apontam reformas mais radicais. A gratuidade situa-se fora da realidade dos serviços judiciários e se transformaria em fonte de outras injustiças, penalizando os serviços judiciais. Não desconhecendo os protestos que se levantam em face dessas propostas, uma das soluções viáveis consistiria em assegurar às partes o ingresso na Justiça, independentemente de pagamento prévio de taxas, custas ou emolumentos, substituído pelo adiantamento do Estado aos ofícios judiciais, e o Estado seria ressarcido, no final, pelo vencido.

(13) *Esboço de Anteprojeto Constitucional da Comissão de Estudos Constitucionais*, art. 95, I e III.

Proposta do Supremo Tribunal Federal, in *Diário da Justiça*, de 14 de junho de 1966.

7. Propostas relativas à concepção estrutural do Poder Judiciário

7.1. O Tribunal Constitucional

A criação do Tribunal Constitucional envolveria mudança de concepção estrutural do Poder Judiciário federal, afastando-se do modelo constitucional brasileiro. Sobre este tema, reproduzo o pronunciamento que fiz, anteriormente, em *Simpósio sobre Temas Constitucionais*, promovido pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em setembro de 1985 (14):

“Sem embargo da antiga simpatia pelos Tribunais Constitucionais e o reconhecimento da importância que a jurisdição constitucional especial adquiriu nas Constituições contemporâneas, não recomendaria a adoção desse modelo no direito constitucional brasileiro. Em nosso ordenamento republicano, o Supremo Tribunal Federal já exerce a função de Corte Constitucional, assim nos casos da jurisdição difusa como nos da jurisdição concentrada. É claro que a técnica da jurisdição concentrada, ora exercida através da representação de inconstitucionalidade, deverá ser aperfeiçoada e ampliada, para alcançar na sua plenitude a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais nela assegurados. A iniciativa da representação de inconstitucionalidade deve ser estendida a outros titulares, aos quais a futura Constituição certamente atribuirá legitimidade para acioná-la. Caberá incluir entre esses novos titulares qualquer pessoa quando lesada por ato de autoridade pública nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. A representação de inconstitucionalidade se tornaria, desta forma, instrumento de defesa desses direitos fundamentais, e o Supremo Tribunal Federal passaria a exercer, na jurisdição concentrada, a dupla função: a de protetor da Constituição, nos casos de defesa objetiva da Constituição, quando a lesão configurar o conflito entre norma de categoria inferior e a norma constitucional federal, e a de defensor dos direitos fundamentais, quando o ato da autoridade pública ferir diretamente o titular dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Não cabe cogitar no âmbito desta exposição das conseqüências que poderão resultar dessa ampliação da competência do Supremo. A tarefa soberana do constituinte será exatamente a de estruturar a composição e a competência do Supremo Tribunal, se a ele conferir atribuições que dilataram o domínio de sua jurisdição de intérprete conclusivo da Constituição Federal.”

(14) *Anais do Simpósio — Temas Constitucionais*. Vol. 2º, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça, Brasília, 1986, pp. 69 e 70.

7.2. O Superior Tribunal de Justiça

Outra concepção que se afasta do modelo constitucional brasileiro é a que propõe a criação do Superior Tribunal de Justiça ou Tribunal Superior de Justiça, com o deslocamento, para esse órgão judiciário federal, da competência para julgar, em recurso extraordinário, como concebem algumas propostas ⁽¹⁵⁾, ou, em recurso especial, como formulam outras propostas ⁽¹⁶⁾, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Federais Regionais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; julgar válida lei ou ato do Governo local contestado em face de lei federal e der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ou o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo, de acordo com esta proposta de criação do Superior Tribunal de Justiça, passaria a exercer o chamado contencioso da constitucionalidade, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal e julgar válida lei ou ato do Governo local contestado em face da Constituição. O Supremo conservaria a competência originária de processo e julgamento, para as questões dessa natureza, e a competência de julgamento de recurso ordinário de *habeas corpus* e de mandado de segurança, quando denegatória a decisão.

A solução de um Superior Tribunal de Justiça, com a competência, em grau de recurso, para apreciar decisões de Tribunais Estaduais de Segunda Instância, em matéria de lei federal, mutila o Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação e cinde a competência do Supremo, eliminando um dos fundamentos de sua própria existência, qual seja a de assegurar o primado da lei federal, em sua aplicação e interpretação.

O Tribunal Constitucional, como órgão de julgamento de questões de inconstitucionalidade ou que envolverem controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis, para usarmos a linguagem da Constituição da Itália ⁽¹⁷⁾, é a solução européia do órgão de jurisdição especial, aplicável aos Estados que desconhecem o controle judiciário da constitucionalidade das leis. Não necessitamos imitá-la.

São de natureza técnica as propostas que encerram esta exposição. As reformas técnicas desencadeiam os sistemas de valores que resultarão de sua aplicação. Os que as aplicarem irão conferir-lhes o sopro vital que anima as instituições, plasmadas pelo homem, para servir ao homem e suas aspirações individuais e coletivas.

(15) Instituto dos Advogados de São Paulo, in *O Estado de São Paulo*, de 14 de julho de 1974.

(16) *Esboço de Anteprojeto de Constituição da Comissão de Estudos Constitucionais*, art. 282, III, a, b, c.

(17) *Constituição da Itália*, art. 134.

Judiciário e minorias

GERALDO ATALIBA

Professor titular da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

a) Compromisso dos juizes

De nada vale fazer uma Constituição, se ela não for obedecida. Não adianta haver lei para tudo, se não for respeitada. Daí a importância do Poder Judiciário. Este merece especial cuidado dos constituintes, porque é a chave de todas as instituições. Elas só funcionam com o virtual ou atual controle do Judiciário, como o demonstra o sábio SEABRA FAGUNDES.

Na nossa sociedade tão deformada, involuída e subdesenvolvida, o Judiciário é mais importante do que nos países adiantados (que, aliás, o são, porque têm boas instituições judiciais).

É que os fracos, os pobres, os destituídos, os desamparados, bem como as minorias (raciais, religiosas, econômicas, políticas, étnicas etc.), só têm

por arma de defesa o direito. E direito só existe onde haja juízes que obriguem o seu cumprimento.

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e a elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis, nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos.

Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional.

Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição e os por ela não repelidos. Com os princípios gerais do direito, que são universais. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio.

Assim é em todos os países democráticos, que podem ser qualificados como Estados de direito.

A complementação da garantia de que nem as leis feitas pela maioria podem ferir a minoria está no caráter geral e abstrato da lei, por imposição do princípio da igualdade. A lei é aplicável a *todos* que nela se enquadrem. Deve o Judiciário inaplicar lei discriminatória, isto é, a dirigida contra a minoria. Onde se consagra o princípio da isonomia, a lei não pode individualizar situações, não pode dispor sobre caso concreto: deve ser abstrata, sob pena de inconstitucionalidade. E o Judiciário deve declarar inconstitucional tal lei (como ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO).

b) O problema das minorias. Oposição institucional

O notável publicista italiano BALLADORE PALLIERI dá especial ênfase ao problema da representação das minorias e respeito a seus direitos,

expressando grave cuidado doutrinário com o tema, na linha de uma louvável preocupação democrática. É que só há verdadeira república democrática onde se assegure que as minorias possam atuar, erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. Onde, enfim, as oposições possam usar de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo. Há república onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública.

Se o cidadão, cada cidadão, é *dono* de uma fração ideal da *res publica*, pode e deve ter o direito de aplicá-la nos fins que bem entender. Sendo todos iguais e livres — ou, como postulava MADISON, “igualmente livres” —, podem manifestar seus desejos e pensamentos em torno da coisa pública, como lhes aprouver. Daí que a verdadeira república democrática, assegurando o direito de opinião, de pensamento, de crença, de associação, de informação etc. deva estender ao plano da cidadania, sem restrições, o direito de dissentir, divergir, discrepar da maioria. Conseqüentemente, têm as minorias o pleno direito de criticá-la (a maioria), formular propostas alternativas, pregá-las, aliciar adeptos e lutar, por todos os meios legítimos, para obter apoio suficiente, para fazer-se substituir à corrente majoritária.

Toda minoria deve ter efetiva e real garantia de possibilidade de transformar-se, pela discussão, pregação e crítica, em maioria. A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso — por mecanismos que assegurem representação proporcional —, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas. Ainda aqui, estaremos aprendendo com a Inglaterra, onde a *oposição* de *Sua Majestade* institui até um *shadow cabinet*, para melhor exercer seu papel, preparando-se, concomitantemente, para assumir o poder a qualquer momento. Isto mostra que as repúblicas representativas sempre tiveram o que aprender com a monarquia constitucional inglesa.

Na democracia, governa a maioria, mas — em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos — ao fazê-lo não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante,

decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é *dona* do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

Efetivamente, ensina KELSEN, “o princípio da maioria não se identifica de fato com a senhoria absoluta da maioria, a ditadura da maioria sobre a minoria. A maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria; e o direito da maioria implica, portanto, o direito de existência das minorias. O princípio de maioria é observado em uma democracia, quando se consente a todos os cidadãos a participação na criação da ordenação jurídica, embora seu conteúdo seja determinado pela vontade da maioria. Não é democrático — porque contrário ao princípio da maioria — excluir qualquer minoria da criação da ordenação jurídica, ainda que a exclusão seja decidida pela maioria. Se a minoria não é eliminada do procedimento — mediante o qual é criada a ordenação social —, sempre há a possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. É, portanto, possível impedir, nessa medida, que o conteúdo da ordenação social determinado pela maioria se oponha absolutamente aos interesses da minoria. Este é um elemento característico da democracia”. Isto é absolutamente essencial à República.

Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república. Isso explica que, no Brasil, aos partidos políticos se garanta sempre representação proporcional na atividade legislativa, bem como seja princípio constitucional o da *pluralidade dos partidos*. Por isso, também, a Constituição assegura, no Congresso, representação proporcional dos partidos, na constituição de todas as comissões, inclusive, evidentemente, na Comissão Diretora, configurada pela Mesa de cada Casa legislativa.

Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

Argutamente, observa COOLEY que: “longe de ser um governo fundado sobre uma ilimitada fé nas maiorias, há uma profunda suspeita na discricção, eqüidade e justiça da sua conduta, o que parece evidente, à vista das muitas precauções e refreamentos; e, de fato, à maioria é confiado o poder somente tanto quanto for absolutamente essencial ao desempenho das instituições republicanas”. É que a experiência histórica — sublinha BALLADORE — ensina que a tirania das maiorias não é, em nada, mais suave nem mais tolerável do que o despotismo de um só, ou de um grupo. São suas lições: “Não se pode dizer que as pessoas têm menos necessidade de defesa contra o Estado, após haver este adotado formas democráticas, sendo, pois, dirigido pela própria vontade popular. A vontade popular será, de fato, na melhor hipótese, de uma maioria e esta poderá também governar o Estado segundo os seus interesses particulares, sobretudo acima daqueles gerais, de todos, e poderá buscar somente consolidar o próprio poder, em vez de curar os interesses permanentes e gerais da coletividade, podendo adotar medidas contra os dissidentes e menoscarar, também, seus mais elementares direitos. A prática demonstra que as tiranias democráticas, isto é, aquelas exercitadas por uma intransigente maioria no poder, são as mais ferozes que a história conhece. O princípio democrático e o poder nas mãos do povo não garantem, portanto, justiça objetiva e serena na avaliação, nem respeito equânime a todos os interesses individuais, ou mesmo particulares — diferentes e muitas vezes contrapostos — àqueles do grupo que está no poder”.

É imperioso que a Constituição não só garanta a minoria (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções. Esse é o ponto de partida para o desenvolvimento de um sadio mecanismo político, assim descrito por Kelsen: “Desde que o princípio das maiorias divide a totalidade de cidadãos em só dois grupos contrapostos (maioria e minoria), suscita a possibilidade de um compromisso; e compromisso significa eliminação do que separa, em favor do que une. Todo intercâmbio, todo pacto é um compromisso, pois o compromisso é um pôr-se de acordo. Em última análise, toda integração social só é possível em virtude de um compromisso”.

Se a maioria souber que — por obstáculo constitucional — não pode prevalecer-se da força, nem ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência

política. Aí a diferença entre a (falsa) república soviética e a república representativa que queremos institucionalizar solidamente entre nós.

“E precisamente porque compromisso é aproximação real à unanimidade (exigida pela liberdade), na criação da ordenação social, pelos a esta submetidos, o princípio de minorias revela-se também neste sentido, como expressão da idéia de liberdade política” (KELSEN). Nesse sentido, realiza o princípio republicano.

c) Experiência brasileira e momento constituinte

Ao elaborar uma nova Constituição a sociedade pára, a fim de meditar sobre sua experiência e aprimorar — quando não reformar totalmente — suas instituições.

Tivemos, no Brasil, de 1964 até 1984, um regime autoritário, que legislou contra as minorias políticas, sociais e econômicas. Tivemos governos confessadamente discriminatórios. Neste momento constituinte, o País detém-se para meditar sobre qual foi a proteção que dispensou o Judiciário aos apelos — baseados no direito constitucional, nos princípios gerais do direito e nas próprias leis do regime autoritário — das minorias. Que amparo deu o Judiciário aos cassados, exilados, torturados, perseguidos, humilhados, enxovalhados? Que recursos foram acolhidos? Que direitos foram reconhecidos e protegidos?

Enfim: a sociedade julga e seu Poder Judiciário verifica as causas e razões de suas deficiências. Verifica por que o Legislativo foi arrasado; como a Federação foi anulada e a autonomia dos Municípios negada, sem proteção judicial. E decide alterar a estrutura e regras básicas de funcionamento do Judiciário, para aprimorá-lo e dar-lhe condições objetivas de bom funcionamento, consciente de que não basta fazer uma boa Constituição, mas é necessário assegurar que ela tenha eficácia de modo que nenhum grupo, no futuro, possa desrespeitá-la.

O PMDB, hoje, nítida maioria, tem a histórica responsabilidade de plasmar instituições constitucionais tão boas que não consintam o desamparo das minorias, para ser fiel a seu compromisso programático com a república e o Estado de direito.

Dívida externa do Brasil e a arguição de sua inconstitucionalidade

NAILÊ RUSSOMANO

Professora-adjunta de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, RS

S U M A R I O

1. Introdução. 2. Atribuições do Presidente da República e dos Ministros de Estado no presidencialismo. 3. Atos internacionais e o "referendum" pelo Congresso Nacional. 4. Arguição da inconstitucionalidade das leis por via de ação direta e os atos internacionais. 5. Proposta à Assembléia Nacional Constituinte. 6. Conclusão.

1. O tema central desta tese é o problema da constitucionalidade da dívida externa do Brasil. Por se tratar de questão complexa e multifacetada, vem propiciando análises, críticas, debates, sendo alvo de trabalhos e estudos de juristas, advogados, sociólogos, cientistas políticos, economistas e demais interessados em tão polêmico e controvertido assunto.

Nosso objetivo é o de apresentar uma cosmovisão da matéria sob exame, sobre o prisma constitucional, face aos condicionamentos que, inevitavelmente, nos são impostos em razão das especializações e estudos que realizamos, ao longo de nossa vida, na qualidade de professora e profissional do Direito.

* * *

2. Desde a República consagramos o presidencialismo, o Estado federal e o controle judicial da constitucionalidade das leis, num seguimento à orientação traçada pela Constituição americana de 1787.

Tese aprovada no VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, julho de 1987.

Este regime de governo sofreu inúmeras alterações, principalmente após o fortalecimento do Poder Executivo. A partir deste instante, o presidencialismo puro foi substituído pelo presidencialismo atenuado e, como consequência, esbateu-se a separação entre o Legislativo e o Executivo, ocorrendo, inclusive, modificações no processo de eleição presidencial e na duração do mandato do Chefe do Executivo. Em nosso País, o período do mandato tem oscilado entre quatro, seis e cinco anos, e o processo eleitoral, desde 1960, caracterizou-se por ser indireto, ou seja: *brasileiros com menos de 45 anos — 2/3 do corpo eleitoral da atualidade — nunca votaram para escolher Presidente da República.*

Ao longo do tempo houve, pois, uma série de transfigurações em nosso regime de governo. Frise-se, porém, que a *supremacia da lei constitucional rígida, interpretada e aplicada pelo Judiciário, na defesa do indivíduo, contra ameaças e violações de seus direitos fundamentais, permaneceu intocada* (salvo em períodos de exceções, como durante o Estado Novo — 1937/45 — e quando da vigência da ordem institucional — 1964/1979). Ontem, como hoje, em regra, no entanto, *adotamos a unidade de jurisdição e entregamos o controle da constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário.*

* * *

A partir da aceitação do presidencialismo, acatamos, por via de consequência, o *Executivo monista*. Na cúpula do Executivo da União encontram-se as figuras do Presidente da República — que enfeixa todas as funções executivas —, o Vice-Presidente da República — substituto e sucessor legítimo do Presidente — e os Ministros de Estado. Estes, no regime supra-mencionado, não têm a importância que possuem no parlamentarismo, pois não exercem funções de governo. São pessoas de confiança do Presidente — livremente nomeados e demitidos —, ficando à frente dos grandes Departamentos em que se fraciona a administração pública: os Ministérios. São, como se infere, os mais graduados auxiliares do Presidente, na hierarquia administrativa, sendo limitada sua esfera de ação a este setor específico.

As atribuições do Presidente, ao revés, são muito amplas, e ampliadas foram com o fortalecimento deste Poder. No Brasil, por força da Constituição em vigor, suas atribuições vêm determinadas no art. 81. Esta enumeração, porém, não exaure a matéria que prossegue, exemplificativamente, mediante a elaboração de leis delegadas e decretos-leis, e a *nomeação do Procurador-Geral da República.*

Detendo-nos nas *atribuições privativas*, enumeradas no art. 81, notamos que são estas *tripartidas*, donde as atribuições exclusivas; as que requerem a ratificação do Congresso Nacional e as delegáveis aos Ministros de Estado, especificadas no parágrafo único do artigo supra-referido, e que caracterizam a denominada “delegação interna”.

Desta análise, superficial embora, verifica-se, de pronto, que a *celebração de tratados, convenções e atos internacionais é privativa do Presidente,*

exigindo o referendun do Congresso Nacional (art. 81, X, e art. 44, I). Não obstante, Ministros de Estado e outras autoridades administrativas celebraram acordos — espécie do gênero ato internacional — com o Fundo Monetário Internacional e bancos privados estrangeiros, ampliando e aprofundando nossa dívida externa. No entanto, até o momento, não houve a declaração da inconstitucionalidade dos referidos atos pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre este problema, que tem trazido graves conseqüências para o Brasil, teceremos as considerações que nos estimularam e conduziram a escrever esta tese.

* * *

3. PINTO FERREIRA, em seu eloqüente discurso, proferido em 30-10-84, na Ordem dos Advogados do Rio de Janeiro, por ocasião do recebimento da Medalha-Mérito Pontes de Miranda, lembra que o FMI surgiu na Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas ante o problema das nações credoras e os países endividados. É este dominado pelo jogo das grandes potências mundiais. Entre estas, os Estados Unidos detêm cerca de 70% da contribuição total, fazendo com que o referido país direcione a política econômica e financeira do FMI. Ao mesmo tempo, verifica-se que é nula, ou irrelevante, a participação das nações periféricas ou subdesenvolvidas — entre as quais está incluído o Brasil. Ora, o endividamento de nosso País tem sido crescente, principalmente após 1960, sendo que 2/3 da dívida externa são constituídos de juros impostos, mediante cláusulas de caráter potestativo, contidas nestes acordos, acordos estes que nunca foram alvo do referendun do Congresso Nacional.

* * *

Analisando o problema, diz PONTES DE MIRANDA: “o poder de celebrar tratados e convenções é um dos mais altos atributos da soberania nacional, devendo ser controlado, indiscutivelmente, pelo Congresso Nacional”.

PINTO FERREIRA, sobre o mesmo tema, afirma: “os contratos assinados com o FMI são lesivos à soberania, ilícitos, além de desconhecidos pelo Poder Judiciário: são uma alienação da soberania nacional”.

CLÓVIS FERRO COSTA, também sobre o referido assunto, declara: “estes acordos contêm cláusulas potestativas políticas, nulas, não homologadas pelos legítimos representantes do povo brasileiro”.

Nesta mesma linha de pensamento estão Afonso Arinos de Melo Franco, Haroldo Valadão, Sergio Ferraz, José Afonso da Silva, Vicente Mota Rangel, além de inúmeros outros da mesma envergadura jurídica.

* * *

Não obstante, o Ministério das Relações Exteriores criou uma classificação, de origem casuística, para os acordos internacionais, dividindo-os

em: a) *acordos-quadros ou acordos em devida forma* — sujeitos à tramitação no Congresso Nacional, por serem amplos e genéricos; b) *acordos-executivos ou acordos simplificados* — de caráter complementar, independentes do *referendum* do Congresso Nacional.

Mediante esta orientação, sob apoio do Itamarati, realizou o Brasil uma série de acordos — *categorizados como acordos-executivos* —, tais como “Cartas de Intenções” e contratos com bancos privados estrangeiros. E o Banco Central efetivou o *Consentimento de Jurisdição* onde, na *cláusula da seção 8.07*, o Brasil desiste de suas imunidades legais, alienando nossa soberania, tal como no-lo assegura Pinto Ferreira.

Estas drásticas medidas, realizadas *sem o aval do Brasil*, pois não foram apreciadas pelo Congresso Nacional, levaram, no entanto, nosso País à condição de devedor solidário e incondicional, provocando um profundo mergulho da Nação na pobreza e no subdesenvolvimento.

* * *

4. Ante as graves conseqüências oriundas do atual comprometimento do Brasil com os países credores, ressaltaremos, pela importância do tema, a *arguição da inconstitucionalidade dos acordos* e das dificuldades que se verificam para que este objetivo seja alcançado.

Em nosso meio, como o sabemos, existem, na atualidade, duas modalidades de controle judicial da constitucionalidade das leis: *controle por via de exceção e controle por via de ação*.

De acordo com a primeira variante, tradicionalmente, todas as parcelas do Poder Judiciário são competentes para declarar a inconstitucionalidade das leis ante o caso concreto, o litígio. Para que o Supremo Tribunal Federal declare a lei inconstitucional é necessário que a causa tenha sido julgada em última ou única instância *por tribunal*, tal como determina a orientação constitucional vigente. Declarada a lei inconstitucional, mediante o exercício da competência recursal extraordinária do Supremo, caberá ao Senado Federal suspender sua executoriedade. A segunda orientação, constitucionalizada em 1967, é o *controle por via de ação direta*, independente do litígio ou caso concreto. Ou seja, *na competência originária do STF insere-se o processar e julgar a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* (art. 119, I, D).

Esta nova faceta do controle de constitucionalidade caracterizou uma ampliação na esfera de atuação do Judiciário e a reafirmação de nossa confiança na independência deste Poder que tem sido, ao longo de nossa história constitucional, a *cidadela dos direitos individuais*.

* * *

O controle da constitucionalidade das leis por via de ação coloca em relevo a atuação do Procurador-Geral da República, pois só a ele cabe

representar junto ao Supremo, ficando, a seu critério pessoal, encaminhar ou arquivar o requerimento. Ora, *sendo este nomeado, livremente, pelo Presidente da República — art. 95 — e sendo por este livremente demitido*, sua linha de ação fica por demais vinculada aos objetivos governamentais, podendo impedir, inclusive, a apreciação, pelo STF, de questões de relevância para toda uma população.

Em face da dinâmica inicial deste controle, juristas do nível de Paulo Bonavides e Celso Bastos entendem que o Procurador deveria, sempre, encaminhar a representação, mesmo que com parecer contrário, garantindo a liberdade de deliberação ao Supremo. Outros, concordando com a orientação constitucional em vigor, argumentam que, *se assim não fosse*, o Procurador seria um “simples encaminhador de papéis”.

* * *

Em verdade, situações de extrema gravidade têm ocorrido, em razão da linha traçada pela Constituição atual, no que diz respeito ao início desta dinâmica de controle de constitucionalidade. Como exemplo, citamos:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a Presidência de Mário Sérgio Duarte Gonçalves, embasado em estudo de Sérgio Ferraz, alegou, em 23-8-1983, a inconstitucionalidade do acordo normativo denominado “Projeto 2”. *Este requerimento, porém, não foi alvo de apreciação pelo Judiciário, tendo sido arquivado pelo então Procurador-Geral da República.*

* * *

Problemas desta ordem ferem, fundamentamente, um dos objetivos primeiros do Judiciário: *a defesa dos direitos individuais e fundamentais contra violências do Executivo.*

* * *

5. Em razão desta gama de circunstâncias, impõe-se uma reformulação no processo de nomeação e de demissão do Procurador-Geral da República, bem como em sua competência para representar, junto ao STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Acolhemos, como *Proposta à Assemblêia Nacional Constituinte*, a orientação traçada pelo “Anteprojecto Afonso Arinos”, elaborado pela “Comissão de Estudos Constitucionais”.

Segundo este, deverá o Procurador-Geral ser nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal — preenchidos os mesmos requisitos previstos na Constituição atual —, e servindo por tempo determinado, que findará com o termo do mandato presidencial em que tiver ocorrido a nomeação. Ocorrendo sua exoneração de ofício, antes do termo da investidura, deverá ter a anuência prévia da maioria absoluta do Senado Federal. Paralelamente, no que diz respeito a sua com-

petência para representar junto ao STF, em se tratando da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, em tese, *deverá sempre encaminhar a representação, mesmo com parecer contrário*, quando fundamentadamente a solicitarem membros do Executivo ou Legislativo — federal ou estadual —, Chefe do Ministério Estadual e o Conselho da OAB, mediante deliberação tomada por dois terços de seus membros.

Através desta proposta, se aceita for, permitir-se-á, como se infere, uma autêntica integração dos cidadãos nesta modalidade de controle da constitucionalidade. Simboliza, ainda, esta proposição, juntamente com as conclusões que se seguem, uma esperança: a de que, ante a superposição *real* de uma Constituição *real*, em nossa dimensão jurídico-político-social e econômica, possa o Brasil chegar “ao ponto de partida”, em sua arrancada rumo ao desenvolvimento, criando a autêntica ambiência democrática tão sonhada, e tão justamente ambicionada, por todos nós.

* * *

6. Da exposição efetuada, e na qual nos cingimos, tão-só, a um dos múltiplos aspectos que tornam nossa dívida externa presa em complexo “nó enredado”, *concluímos*:

1 — sendo atribuição privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional, *atribuição não delegável*, e sendo os acordos espécie do gênero atos internacionais, *serem incompetentes os Ministros de Estado e outras autoridades administrativas para firmarem estes acordos que devem, obrigatoriamente, ser referendados pelo Poder Legislativo a fim de que se aperfeiçoem os atos*;

2 — *pela arguição da inconstitucionalidade dos acordos firmados e, se declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, fique o povo brasileiro liberado, de pronto, do ônus do pagamento da dívida externa*. Frisando-se que sobre esta não teve esta nenhuma responsabilidade, pois está afastado do processo eleitoral, para escolha do Presidente da República, há 27 anos, e afastados foram seus representantes, no Congresso Nacional, para chancela ou repúdio dos referidos atos;

3 — *pelo não pagamento da dívida externa do Brasil, com fundamento nos argumentos de arguição de sua inconstitucionalidade, e no consenso de que o povo brasileiro não é seu legítimo devedor*, pois não cooperou para estes comprometimentos econômicos e financeiros que, acima de tudo, agravaram a situação atual do País que se tornou mais pobre e dependente, caracterizando-se, nitidamente, como Nação periférica e subdesenvolvida, inserida, lamentavelmente, no contexto econômico-social dos países do Terceiro Mundo.

O Ministério Público e a Advocacia de Estado

PINTO FERREIRA

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

I

O Ministério Público é uma instituição estatal permanente, com determinada missão especial. Esta se desdobra de diversas maneiras. O Ministério Público (MP) faz valer a pretensão punitiva do Estado, proveniente da prática do crime. Tem ainda a função básica de velar pela defesa dos interesses da sociedade e o exercício da fiscalização quanto à correta aplicação da lei. Incumbe-lhe a representação judicial da União e a defesa da Fazenda Pública.

Neste sentido se ampliou a esfera de atuação do MP no direito constitucional pátrio, pois lhe cabe propor a ação direta genérica de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação interventiva de declaração de inconstitucionalidade, bem como a ação para interpretação em tese de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A recente lei que criou a ação civil pública (Lei n.º 7.347, de 24-7-1985) deferiu legitimação ativa ao MP para o ajuizamento da ação civil pública, destinada à proteção jurisdicional dos interesses difusos ou direitos coletivos.

Ampliou-se assim consideravelmente a esfera de atuação do MP, que não se limita a fazer valer a pretensão punitiva do crime, mas abrangendo uma atuação mais ampla condizente com a natureza do Estado social de direito.

A maioria dos tratadistas vê a origem do MP nos advogados e procuradores do rei na França, que, como relembra JOSÉ FREDERICO MARQUES, em suas *Instituições de Direito Processual Civil* (Rio de Janeiro, Forense, 1958, I, p. 239), "antes do século XVI, eram apenas os representantes dos interesses privados do monarca perante os tribunais. O papel desses advogados e procuradores do rei foi gradativamente ampliando-se *pari passu* com o fortalecimento dos poderes dinásticos e se tornaram eles, assim, agentes do poder público junto aos tribunais".

Foi realmente à França que coube a criação do MP, como ensina GARSONNET, dizendo que “a ordenação de 25 de março de 1302 é a primeira que faz menção ao Ministério Público”, referindo-se aos “procuradores do rei”.

A origem histórica do Ministério Público, ligado à defesa dos interesses privados do monarca nos tribunais, e posteriormente à representação e defesa judicial do Estado, levou diversos legisladores e tratadistas a confundir a função do Ministério Público com a função de Advogado do Estado.

Mas há um evidente antagonismo que surge freqüentemente entre a defesa do interesse do Estado e a observação do direito objetivo como fiscal de leis, pois às vezes tais pretensões se contradizem.

O Ministério Público, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, no seu *Curso de Direito Constitucional* (São Paulo, RT, 1984, p. 191), “tem por finalidade prover sobre a exata observação do direito objetivo, por isto há que agir com imparcialidade, mesmo quando acusa, ou defende direitos indisponíveis; devem prevalecer sempre os fins da instituição; assegurar a observância do direito objetivo e a defesa do interesse público. O Advogado do Estado defende um interesse deste: sua ação é essencialmente parcial”.

Por isto determinados autores procuram diferenciar as duas funções do Ministério Público e do Advogado da Fazenda.

Em trabalho coletivo escrito por ROSANA GRINBERG, ILDEFONSO PEREIRA NETO, ITAMAS DIAS NORONHA e JOSÉ GILDO DE ALMEIDA, com o título *Ministério Público na Constituição Federal* (Recife, 1986, p. 67), tomou-se a seguinte orientação:

“Ressalte-se que será imperiosa, em decorrência deste posicionamento do “Parquet” na ordem constitucional, retirar-lhe a atribuição de Advogado da Fazenda.

É, sem dúvida, uma anomalia que o órgão defensor dos interesses da sociedade seja encarregado de agir como representante do Executivo, pois, hoje, não raras vezes, são antagônicos os interesses de ambas.”

Esta desvinculação, de resto, já foi proposta no I Congresso Nacional do MP, 1942, São Paulo, o mesmo acerto tendo no I Congresso do MP paulista.

O objetivo, destarte, seria de criar duas instituições: o *Ministério Público* e a *Advocacia do Estado*.

II

O Ministério Público surgiu historicamente no Brasil durante o período imperial, fazendo-lhe o Código de Processo Criminal de 1832 rápida alusão como Promotor da Ação Penal.

O Decreto n.º 120, de 21 de janeiro de 1843, refere-se mais incisivamente ao MP, dizendo o seguinte:

“Os Promotores serão nomeados pelo Imperador no Município da Corte e pelos Presidentes nas Províncias, por tempo indefinido, e servirão enquanto convier a sua conservação no serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos pelo Imperador ou pelos Presidentes das Províncias, nas mesmas Províncias.”

Assim sendo, o MP apareceu historicamente como órgão dependente do Poder, uma *longa manus* do Executivo.

Em 1876, com a Consolidação Ribas, surgiu na 2.ª instância o Procurador da Coroa, mas sem ter o *status* de Chefe dos Procuradores.

PIMENTA BUENO escreveu a respeito: “Nosso Ministério Público é incompleto, sem centro, sem ligação, sem unidade e harmonia.”

Praticamente o direito constitucional tratou o MP nas leis ordinárias, sem o conhecimento da lei fundamental.

Durante a 1.ª República foi Campos Sales considerado como “precursor da independência do Ministério Público no Brasil”, sobretudo com o Decreto n.º 848, de 11-10-1890, expedido para a reforma da Justiça no Brasil, surgindo como instituição necessária, como também com o Decreto n.º 1.030, de 14-11-1890.

O MP teve um começo de organização a nível federal, fazendo referência ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores regionais.

A Lei n.º 1.341/51 organizou o MP federal. Posteriormente a Emenda Constitucional n.º 7/77 previu lei complementar estabelecendo normas gerais para a organização do MP dos Estados, resultando a Lei Complementar n.º 40/81, cuja estrutura básica feita para o MP estadual foi adotada a nível constitucional em vários Estados-Membros.

Diversas Constituições estaduais estruturam mais adequadamente o MP, como a do Rio de Janeiro de 1967, Paraná de 1967 (art. 97), Santa Catarina também de 1967 (art. 129), cogitando do Procurador-Geral (PG), Colégio de Procuradores, Conselho Superior, Corregedor e Promotores.

III

A posição do Ministério Público no regime constitucional brasileiro tem sido objeto de muita hesitação e discussão por parte do legislador constituinte.

A Constituição Imperial outorgada de 1824 desconhece inteiramente a instituição do MP. A Constituição de 1891 refere-se, no art. 58, § 2.º, ao Procurador-Geral da República, a ser escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934 preocupou-se mais profundamente com o Ministério Público, regulando-o na Seção I do Capítulo VI, dedicado aos *órgãos de cooperação nas atividades governamentais*.

A Carta Federal (art. 99) outorgada de 1937 incluiu o MP no título referente ao Poder Judiciário, havendo então quem o considerasse como órgão auxiliar do Poder Judiciário.

A Constituição de 1946 preferiu situar o MP em título especial, ganhando força a argumentação das teorias que pretendiam fazê-lo um *quarto poder* ao lado do Legislativo, Executivo e Judiciário.

A Carta de 1967 mudou de rota, prevalecendo a inspiração de 1937, prevalente no aludido texto, disciplinando o MP na Seção IX do Capítulo VIII — *Do Poder Judiciário*.

Enfim a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, regulou o MP na Seção VII do Capítulo VII — *Do Poder Executivo*, voltando-se para a esfera deste poder.

IV

A divergência suscitada na posição do MP nos textos constitucionais revela dúvida a um natural questionamento quanto à sua exata natureza jurídica.

LOPES DA COSTA em seu *Direito Processual Civil Brasileiro* (Rio de Janeiro, Forense, 1959, 2.ª ed., II, p. 79) pretende que o MP é uma instituição acessória do Poder Judiciário, não um quarto poder. FREDERICO MARQUES (art. cit., p. 243) o vê como órgão administrativo, pois o MP não exerce nenhuma função jurisdicional.

Conforme JOSÉ AFONSO DA SILVA (cit., p. 192), o MP “integra-se no Poder Executivo, com a destinação de funcionar junto aos juizes e tribunais, como dispõe a Constituição (art. 94), para aí exercer função tipicamente executivo-administrativa: fazer observar a lei, promover a execução desta, especialmente na esfera penal, buscar a realização da paz social mediante a atuação da lei”.

No mesmo sentido opina MARIO GONÇALVES FERREIRA FILHO, em sua obra *Comentários à Constituição Brasileira* (São Paulo, Saraiva, 1983, 2.ª ed., p. 421): “O Ministério Público é um órgão administrativo. Destina-se a zelar pelo cumprimento das leis, cabe-lhe a defesa do interesse geral de que as leis sejam observadas.” Prossegue ele: “Em outras palavras, sua função básica é a de promover, daí o nome de *promotor* dado em geral a seus membros, o funcionamento da Justiça, especialmente de promover o andamento desta, em prol do Estado, a quem compete velar pelo interesse da sociedade, e, por extensão, em prol de certas instituições ou pessoas.”

“Sua tarefa é tipicamente de execução de lei. Colabora para a aplicação desta, fiscalizando-a ou promovendo-a, goza, porém, de uma situação especial na administração civil, exatamente porque deve ser um instrumento a serviço da lei e não à disposição do governo e dos interesses políticos.”

Os membros do Ministério Público da União cumprem as suas funções usuais, típicas do seu ofício, e também, de modo paralelo, as funções de *advocacia do Estado*. A atribuição típica do seu ofício é a de officiar em juízo em favor da correta observação da lei e na defesa do interesse público. Ao MP compete a defesa das terras indígenas (CF, art. 198), propondo as medidas adequadas à proteção da posse direta e do usufruto dos silvícolas sobre as terras que habitam, e mais recentemente a *ação cível pública*, ao lado de outras entidades, para a defesa dos *interesses difusos* (Lei n.º 7.347, de 24-7-1985).

Os membros do MP, cumprindo as funções de *advocacia do Estado*, são, destarte, Procuradores da Justiça e Procuradores da República. Como típicos Procuradores da Justiça podem ser mencionados os membros do Ministério Público, da Justiça Militar (CF, art. 128, § 1.º), da Justiça Eleitoral (Código Eleitoral, arts. 24 e 27) e da Justiça do Trabalho (CF, art. 141, § 1.º a).

O Procurador-Geral da República acumula as duas funções e bem assim todos os membros da instituição federal.

É, como salienta JOSÉ AFONSO DA SILVA (cit., p. 192), uma “situação anômala, pois hão que ser imparciais no que tange ao ofício do Ministério Público e parciais no respeitante à defesa da União, e, não raro, uma mesma pessoa ingressa no processo nessa dupla qualidade”.

O Ministério Público “é uma instituição estatal incumbida da defesa do interesse público, de velar pelo respeito à ordem jurídica e de promover a apuração da responsabilidade penal”, como bem compreende FÁVILA RIBEIRO (no verbete “Ministério Público”, II, na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, 1972, em diante, v. 52, p. 504).

Historicamente o MP tem exercido diversas funções que atualmente se ampliaram.

Assim, em primeiro lance, a função do Ministério Público é de fazer valer a pretensão punitiva do Estado, para defender a coletividade das arremetidas dos criminosos, investido de uma sanção legal punitiva, que se origina da prática do crime. É o título da ação penal, “*il domino de l'azione penale*”, na expressão lapidar de CONSTANTINO CASTORI. “Nada mais corrompe a consciência pública do que a impunidade dos malfeitores e a fraqueza da Justiça”, di-lo MONIZ SODRÉ, no livro *As Três Escolas Penais*.

O órgão do MP está habilitado à promoção penal, podendo requisitar inquérito no setor policial e outras informações necessárias ao exercício desta missão. Oferece a *denúncia*, em que inicia a contraditória no processo penal, até o encerramento da causa com a condenação ou absolvição do acusado, no primeiro caso podendo promover e acompanhar a execução

do julgado. Assume assim o MP a função de promover a aplicação de medidas restritivas da liberdade do acusado, em benefício da comunidade. O Ministério Público não pode ser concebido sem o seu principal atributo: o exercício da ação penal.

A 2.^a função importante é a defesa dos interesses privados indispensáveis, defendendo conseqüentemente a ordem social. Aparece como curador de interesses privados amparados em nome da sociedade. É o que ocorre quando se encontram em jogo os interesses de nascituros, menores, incapazes, ausentes, disposições de última vontade, operários em acidentes de trabalho e conflitos trabalhistas, proposição de ação por dano no trabalho, casos em que o interesse social é prevaletente.

Entendem-se por *direitos indisponíveis* aqueles direitos quanto aos quais os seus titulares não têm qualquer poder de disposição, pois nascem, desenvolvem-se e se extinguem independentemente da vontade dos titulares. Abrangem os direitos da personalidade, os referentes ao estado e capacidade da pessoa, assim como à família. São *irrenunciáveis* e em regra *intransmissíveis* (v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1956, 2.^a ed., v. 3, t. 7, p. 7). Os princípios da ordem pública prevalecem sobre a vontade das partes, preleciona MOACYR AMARAL DOS SANTOS no livro *Prova Judiciária no Cível e no Comercial* (São Paulo, 1953, 2.^a ed., v. 2, n.º 30, p. 37).

A 3.^a missão importante do MP é a de velar e fazer velar a observância e o cumprimento da lei. É um fiscal da lei, para cumprir o ordenamento jurídico. O Código de Processo Civil de 1973 trata do Ministério Público, que entre as suas funções possui a de "fiscal da lei" (CPC, art. 83).

Avulta, ademais, uma 4.^a missão importante do Ministério Público, qual seja a sua atuação em favor do princípio da supremacia da Constituição, assumindo a defesa dos postulados constitucionais. É titular da legitimação ativa para promover e impulsionar a ação direta genérica de inconstitucionalidade, a ação direta interventiva da constitucionalidade e a ação para interpretação, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A 5.^a função relevante do Ministério Público é a de ser titular, embora não exclusivo, da *ação cível pública* (espécie derivada da ação popular), que foi criada pela Lei n.º 7.347, de 24-7-1985, para a proteção dos *interesses difusos*, valores cuja titularidade transcende dos interesses puramente individuais. Entre eles avultam os interesses relacionados com os direitos do consumidor, da proteção ao ambiente e ao patrimônio histórico, cultural, artístico, além de outros interesses inominados. A respeito ver: ADA PELLEGRINI GRINOVER, A tutela jurisdicional dos interesses difusos (RF, 268:45); ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, EDIE MILARÉ, NELSON NERY JÚNIOR, *Ação Cível Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos* (Saraiva, 1984).

Enfim, a 6.^a função de importância do Ministério Público relaciona-se com o exercício da atividade *ad judícia*, referente à representação federal,

na área do Ministério Público federal. Preleciona FÁVILA RIBEIRO (cit., p. 512): "A conjugação da representação judicial com os demais encargos do Ministério Público é institucionalmente vantajosa, não apenas pela economia que acarreta, mas sobretudo pelo aumento dos coeficientes de proteção ao interesse público e de segurança nos padrões de responsabilidade na conduta oficial."

Sobre as funções do MP consulte-se: FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, Ministério Público (na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 52, pp. 485-492); AMARO ALVES DE ALMEIDA FILHO, Ministério Público (*Justitia*, 29:91); GUILHERME ESTELITA, *O Ministério Público e o Processo Civil* (Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1956); MÁRIO DIAS, *Ministério Público Brasileiro* (Rio de Janeiro, Forense, 1951); JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo* (cit., pp. 190-196) e o Ministério Público nos Processos Oriundos do Exercício da Ação Popular (RT, 366/7 a 17).

VI

Na estrutura, organização e funcionamento do Ministério Público, em princípio os seus representantes são *fiscais da sociedade*, mas em inúmeros casos agem como *Advogados do Estado*.

Pode, então, ocorrer um conflito de sua missão, quando atua como Advogado do Estado.

Assim sendo, o MP foi instituído para exercer a ação penal, fazendo valer a pretensão punitiva do Estado, bem como para defender os direitos indisponíveis de ordem pública. Porém, as corporações político-constitucionais (União, Estados, Municípios, Distrito Federal) mantêm relações com outras pessoas privadas, ou públicas, como titulares de direitos e obrigações em pé de igualdade, nas questões patrimoniais. O Poder Judiciário soluciona tais conflitos imparcialmente como nas lides entre particulares, pois estão todos em pé de igualdade.

As corporações político-constitucionais entram em juízo e litígio em tais questões com a denominação da *Fazenda Pública*.

A expressão Fazenda Pública atualmente é utilizada para indicar, de modo genérico, a Fazenda Nacional, a Fazenda Estadual e a Fazenda Municipal, bem como os seus respectivos interesses patrimoniais. É empregada em sentido amplo e genérico, como a soma e a totalidade de interesses de ordem patrimonial ou financeira da União, dos Estados e do Município.

São expressões equivalentes: Fazenda Pública, Fazenda Nacional, Fazenda Federal, Erário, Tesouro Nacional. Como explica ERNANI VIEIRA DE SOUZA, no verbete Fazenda Pública (na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 36, p. 393), a expressão "serve para indicar, originariamente, o patrimônio do Estado, ou seja, o conjunto de bens e dinheiros públicos. Passou, depois, a designar os órgãos de repartições da Administração Pública, responsáveis pelos interesses financeiros e patrimoniais da administra-

ção e é com esse significado que vem empregado no § 2.º do art. 942 do CPC" (v. também DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1963, v. 2, p. 684).

O CPC, quando usa a expressão Fazenda Pública (como no art. 475, III), refere-se a todas as pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração Pública, ou então no art. 511 usa restritivamente a expressão Fazenda Nacional, Fazenda Estadual ou Municipal.

As corporações político-constitucionais ou entidades estatais ingressam em juízo com este nome de Fazenda Pública (Fazenda Pública da União ou Federal, Fazenda Pública do Estado, Fazenda Pública do Município, Fazenda Pública do Distrito Federal), por intermédio dos seus *procuradores*, daí surgindo a *Advocacia do Estado*.

Conforme assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA (cit., p. 195), "trata-se de verdadeiro exercício de advocacia, na qual o patrono não tem nenhuma obrigação de ser imparcial sem deixar de cumprir o dever de veracidade e de moralidade. Ao contrário, sua função é fazer tudo que for lícito e moral, para vencer a causa, em prol do patrocinado: a Fazenda Pública".

Na União o Ministério Público e a Advocacia do Estado se identificam e se confundem em uma só e única instituição, que se chama de Ministério Público, cujos membros têm o nome de *Procuradores*. Mas já começa a fazer-se uma diferenciação e por conseqüência uma distinção. É que atualmente já existe a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, cuja natureza e competência são estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 147, de 3-2-1967, no seu art. 1.º

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) é, contudo, órgão jurídico do Ministério da Fazenda, diretamente subordinado ao Ministro de Estado, dirigido pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Não é membro integrante o Ministério Público Federal. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional é, em 1.º lugar, um órgão de representação, pois age em nome da União (Decreto-Lei n.º 147, de 3-2-1967, art. 1.º, IV e V); em 2.º lugar, é órgão componente da linha executiva, pois apura e inscreve a dívida ativa da União, tributária (Lei n.º 5.172, de 25-10-1966, art. 201), ou de qualquer natureza (Decreto-Lei n.º 147/67, art. 1.º, II); ou opinativa, emitindo pareceres ou informações, mas sem vínculo de obrigatoriedade para com o consulente (Decreto-Lei n.º 147/67, art. 1.º, I e III). Ver a respeito MAURO GRINBERG, no verbete Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 61, pp. 493-494). Assim a PGFN não somente realiza a representação e a defesa da Fazenda Federal, como ainda um serviço de consultoria jurídica nesse campo. Daí a observação de JOSÉ AFONSO DA SILVA: "Começam, pois, a destacar-se, na União, o Ministério Público e a Advocacia do Estado."

Nos Estados-Membros a situação é diversa, com duas orientações. Em diversos Estados, a advocacia do Estado está separada completamente do

MP, como no Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo, tanto funcional como organicamente.

Já na maioria dos Estados o MP não faz as funções da Advocacia do Estado senão de maneira secundária. "Os advogados do Estado integram o Ministério Público, mas *funcionalmente* seus membros são distintos. Na prática ambas as instituições estão subordinadas a uma entidade" (cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, cit., p. 196, e TOMÁS PARÁ FILHO, *A Advocacia do Estado*, nos *Anais do I Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, São Paulo, 1969).

A Advocacia do Estado pode assumir posição de relevo no regime constitucional do Estado, tendo um dos seus melhores analistas em TOMÁS PARÁ FILHO, que sintetizou a matéria em seu estudo *A Advocacia do Estado* (na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 5, pp. 1-33).

A Advocacia do Estado deve organizar-se em moldes institucionais.

Tal organização tanto pode ser feita mediante a atribuição dos encargos advocatícios estatais ao Ministério Público, como a órgãos institucionalmente diferenciados e definidos, que, contudo, em face da Constituição tem insita a função do Ministério Público (Procuradoria da República e dos Estados). À Advocacia do Estado cabem ainda a representação judicial e extrajudicial do Estado e a função de consultoria jurídica da Administração Pública (TOMÁS PARÁ FILHO, cit. p. 20).

Atualmente vem surgindo a consolidação da tendência de separar a dúplici função, estabelecendo o Ministério Público e a Advocacia do Estado como entidades e organizações desvinculadas. Salientando que quem é parte no processo como advogado e representante da parte interessada não pode ser fiscal da Lei e de sua correta aplicação. Daí o relevo institucional da Advocacia do Estado.

VII

O exemplo da Itália é bastante significativo na evolução do aparelhamento institucional incumbido da defesa do Estado. A denominação primitiva, relativa a uma competência restrita em questões tributárias, donde o nome *advocatus fisci*, o alargamento desta competência a direitos patrimoniais do erário (*P'avvocato erariale*), culmina afinal a corresponder à atual instituição da Advocacia do Estado.

A Advocacia do Estado na Itália tem amplas atribuições, constituindo um órgão diretamente subordinado ao governo. É a *Avvocatura dello Stato*, cada dia gozando de mais ampla proteção e amparo na organização constitucional italiana. É de ressaltar a peculiar situação jurídica e ética, moralmente fortalecida, como órgão de representação e colaboração, fora do mecanismo burocrático intercalar e contraproducente.

A Advocacia do Estado é subordinada diretamente ao Presidente do Conselho de Ministros e com um *status* semelhante à do Conselho de Estado e à Corte de Contas.

A Advocacia do Estado é um órgão ao qual a lei confia a representação do Estado e também das autarquias, sendo-lhe também atribuída uma função jurídico-consultiva da administração que é entregue e confiada ao corpo técnico de advogados.

Ver a respeito: SALVATORE SCOCA, *Avvocatura dello Stato* (no *Novissimo Digesto Italiano*, v. 12, pp. 1.685 s.); GOETANO SCAVONETTI, *Avvocatura dello Stato* (no *Nuovo Digesto Italiano*, v. 2, pp. 69 s.); UGO TRAMBOLINI, *Avvocatura Erariale* (in *Il Digesto Italiano*, v. 4, pp. 719 s.); GIUSEPPE BETTI, *Avvocatura dello Stato* (na *Enciclopedia del Diritto*, 1959, v. 4, p. 671); FRANCESCO MENESTRIANA, *L'Avvocatura dello Stato in Italia e all'Estero* (in *Scritti Giuridici Vari*, pp. 383-418); CARNELUTTI, *L'Opera dell'avvocatura erariale in Italia* (in *Revista di Diritto Processuale Civile*, v. 4, parte 1, pp. 230-233).

A Advocacia do Estado na Itália assumiu assim importância extraordinária no seu sistema jurídico, podendo assim ser adotada no País.

VIII

A Advocacia do Estado pode evidentemente ser experimentada no ordenamento jurídico estatal positivo, como uma das opções, existindo ao lado ou incluída no Ministério Público.

A Advocacia do Estado deve em princípio ser organizada em moldes institucionais. A sua organização pode ser feita pela atribuição dos encargos advocatícios estatais ao próprio Ministério Público, como também a órgãos institucionais diferenciados, que no Brasil contêm a função do Ministério Público, como as Procuradorias da República e dos Estados.

A Advocacia do Estado deve ainda coordenar os órgãos jurídicos das autarquias e entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista) e outras em que o governo acionariamente tenha preponderância, assim como os serviços industriais do Estado.

A representação judicial e extrajudicial do Estado caberia à Advocacia do Estado, bem como a função de consultoria jurídica da Administração Pública. A organização da função consultiva deverá estar concentrada na própria Procuradoria-Geral.

O regime de trabalho dos Advogados do Estado (Procuradores do Estado) deve estar subordinado à observância dos preceitos disciplinares próprios da advocacia comum (Lei n.º 4.215/63). É necessária a interferência de chefes e orientadores de unidades (procuradoria ou consultorias) para o efeito de controle de eficiência e resultados práticos do trabalho advocatício-estatal.

É importante afinal a formação de um órgão colegiado, que é o Conselho dos Procuradores, ao qual deve caber o processamento de concursos de ingresso na carreira.

A Constituição Federal vigente (CF com a Emenda n.º 1/1969) inclui o MP como a Seção VII do Cap. VII do Título I, que se refere ao Poder Executivo.

Está dito em um dos seus artigos:

“Art. 94 — A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais.”

O MP da União subdivide-se em: a) *MP Federal*, que atua perante a justiça federal comum e tem como chefe o Procurador-Geral da República; b) *MP Especial*, que atua perante os ramos especializados da Justiça Federal (MP Eleitoral, MP Militar e MP do Trabalho).

Assim sendo a Constituição determina que a lei organizará o Ministério Público da União junto à Justiça Federal comum (ou ordinária) e especial. A organização do MP da União não se confunde e nem se identifica com a do MP Federal.

No que concerne ao MP Federal, é de assinalar que o Procurador-Geral da República (PGR) não chefia o MP da União, mas é apenas o chefe do *MP Federal*, instituição que atua perante o STF, o TFR e os juízes federais de 1.ª instância. O Subprocurador-Geral da República funciona como representante do MP perante o TFR e excepcionalmente junto ao STF.

O único ramo especializado do MP chefiado pelo PGR é o MP Eleitoral, que não possui quadro próprio.

Já o MP Militar e o MP do Trabalho têm autonomia e independência frente à Procuradoria-Geral da República (Lei federal n.º 1.314/51, art. 1.º, parágrafo único). Conseqüentemente o PGR não exerce poderes administrativos e nem disciplinares, de supervisão e de controle sobre o MP Militar e o MP do Trabalho.

O *Ministério Público Eleitoral* é o único chefiado pelo Procurador-Geral da República, que atua junto ao TSE na condição de Procurador-Geral Eleitoral (Código Eleitoral, art. 18), com a capacidade de exercer as atribuições conferidas pelo Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15-7-1965, art. 24). Perante cada TRE funcionará como Procurador Regional Eleitoral o Procurador da República no respectivo Estado, e, onde houver mais de um, aquele que for designado pelo Procurador-Geral da República (Cód. Eleitoral, art. 27). Já perante os magistrados estaduais, encarregados de jurisdição eleitoral na 1.ª instância, funcionam os Promotores de Justiça.

O *Ministério Público Militar* é chefiado pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, que é designado em comissão pelo Presidente da República (Dec.-Lei n.º 1.003/69, art. 12). No que concerne ao cargo de Subprocurador-Geral da Justiça Militar, ele é atribuído tão-somente aos Procuradores Militares, que são nomeados em comissão pelo Presidente da República

(Lei n.º 6.778/80, art. 14). Os Procuradores Militares funcionam e atuam em 1.ª instância perante o Conselho de Justiça.

O *Ministério Público do Trabalho* é chefiado pelo Procurador-Geral da Justiça do Trabalho, que é nomeado em comissão pelo Presidente da República. Os cargos de Subprocurador-Geral da Justiça do Trabalho, em comissão, são privativos dos Procuradores do Trabalho. Perante os magistrados locais, dotados de jurisdição trabalhista, as funções do MP Trabalhista competem aos Promotores de Justiça, exceto quando houver Junta de Conciliação e Julgamento, quando a representação do MP do Trabalho será da competência de um Procurador do Trabalho (Dec.-Lei n.º 7.934/45 e Lei federal n.º 5.584/70).

Ver a respeito: JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, *Constituição Federal Anotada* (São Paulo, Editora Saraiva, 1986, 2.ª edição, p. 94) e ANTONIO ROQUE CITADINO, *Código Eleitoral Anotado* (São Paulo, Editora Max Limonad, 1986, pp. 61 a 65).

X

Desde longa data existe no País o Procurador-Geral da República, que é designação dada ao Chefe do Ministério Público Federal, bem como hoje chefe do Ministério Público Eleitoral.

São condições para a investidura no cargo de Procurador-Geral da República: a) ser brasileiro nato (CF, art. 145, parágrafo único); b) ser maior de 35 anos (CF, art. 95, *caput*); c) estar no gozo dos direitos políticos (CF, art. 95, *caput*); d) possuir notável saber jurídico (CF, art. 95, *caput*); e) reputação ilibada (CF, art. 95, *caput*). Tais exigências se identificam como sendo aquelas pressupostas para Ministros do STF. A nomeação destes depende do controle parlamentar mediante a aprovação do Senado (CF, art. 118, parágrafo único), porém a do PGR não necessita da aprovação prévia do aludido órgão.

O PGR é demissível *ad nutum*, não tendo assim a necessária independência para agir como fiscal da lei. O Presidente da República o nomeia e o exonera de acordo com a sua vontade e a sua orientação. Muitas sugestões e propostas têm sido feitas no sentido de tornar eletivo o cargo de Procurador-Geral da República, por eleição direta ou indireta, ou ainda tornar dependente a sua nomeação de prévia aprovação pelo Senado ou pela Câmara dos Deputados. A eleição indireta seria através de um Colégio de Procuradores.

A propósito escreve PONTES DE MIRANDA em seus *Comentários à Constituição de 1967* (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, 2.ª ed., Tomo III, pp. 409-410): "O Procurador-Geral da República demissível é deturpação completa da sua figura. Torna-se agente político do Governo. Como se há de esperar que denuncie altas autoridades da administração financeira e da polícia quem, com tal atitude, se exporia à demissão? As

leis dão garantias a Promotores, Procuradores, Curadores e Adjuntos; negas ao Chefe do Ministério Público Federal a Constituição. Onde não há garantia a quem denuncia não há regime de responsabilidade. Aqui fica, *de lege ferenda*, o nosso voto contra o rebaixamento de uma das mais delicadas missões da República. Precisa ser eleito, e não nomeado e demissível.”

Determinadas atribuições constitucionais são privativas do PGR. Entre elas podem ser mencionadas as seguintes: a) propor a ação direta *interventiva* de declaração de inconstitucionalidade da lei ou atos normativos estaduais (CF, art. 11, § 1.º, c); b) propor a ação direta genérica de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 119, I, l); c) propor a ação para interpretação em tese de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 119, I, l); d) requerer ao STF a avocação de causas (CF, art. 119, I, o); e) requerer medida cautelar conducente à suspensão liminar de execução de lei ou ato normativo federal ou estadual, nos processos de ação direta e de ação para interpretação (CF, art. 119, I, p); f) oficiar perante o Conselho Nacional de Magistratura (CF, art. 120, § 2.º) mediante representação destinada a provocar a avocação de processo disciplinar contra juiz de instância inferior, pois o CNM não age de ofício, mas sempre formalmente provocado e impulsionado; g) ajuizar ação tendo em vista a suspensão de direitos políticos durante dois a dez anos, tudo começando mediante representação do PGR ao STF (CF, art. 154); h) requerer a suspensão de exercício do mandato parlamentar nos processos por crime contra a segurança nacional, quando seja réu senador ou deputado (CF, art. 32, § 5.º).

Nas hipóteses em que o PGR formaliza pedido de avocação de causa, a Lei Magna conferiu um poder discricionário ao Chefe do MP Federal.

Cabe, a propósito, lembrar a seguinte decisão do STF, em 1985:

“Mandado de segurança. Pedido prolixo, que objetiva compelir o Procurador-Geral da República a requerer a avocação de processos. Conceito de avocação de causa. O exercício da função jurisdicional fica condicionado a pedido do Procurador-Geral da República, único sujeito legitimado para provocar a excepcional medida prevista na Constituição (art. 119, inc. I, letra o). Não é ele um simples intermediário da parte interessada. Pela natureza e importância da própria medida, somente cabe-lhe requerer ao STF a avocação de causas quando lhe parecer conveniente à vista do interesse público, decorrente dos pressupostos a que se refere a norma constitucional. Dessarte, não está ele obrigado a pedir a avocação, por força de qualquer solicitação de parte em determinada causa. Em síntese, a formulação do pedido fica à sua inteira discricção, como atribuição exclusiva e indelegável. Quer a Constituição, quer o Regimento do STF não atribuem às partes na causa direito subjetivo ao pedido de avocação. Inexistência de direito líquido e certo. Mandado de segurança denegado.” (MS 20.494-0 — DF, Rel. Min. Djaci Falcão, Pleno. DJ 9-8-85, p. 12.607).

A Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei n.º 1.341, de 30-1-1951, com as modificações introduzidas pela Lei n.º 3.745, de 14-4-1950), que dispõe sobre os órgãos do MP da União junto à justiça comum, à militar, à eleitoral e à do trabalho (que são independentes entre si quanto às respectivas funções e cargos), não considera e nem estatui o cargo de PGR como em caráter efetivo, pois é demissível *ad nutum*, nem de carreira.

O PGR é o órgão mais elevado em sua hierarquia junto à justiça comum, e assim, quando a causa for da competência do STF, a União será citada inicialmente na pessoa do PGR.

XI

O Procurador-Geral da República é o sucessor histórico, em novos moldes institucionais, de antigo órgão existente na Colônia e no Império. Já as Ordenações Filipinas previam os Procuradores da Coroa e da Fazenda. Com o Regimento de 9-3-1609 fundou-se a Relação da Bahia, onde figurava o Procurador da Coroa e da Fazenda. No Império existe o Procurador-Geral da Coroa.

O Governo Provisório organizou a Justiça no Distrito Federal, através do Decreto n.º 1.030, de 14-11-1890, e o Decreto n.º 848, de 11-10-1890. Responsável pela Reforma foi o Ministro da Justiça Campos Sales que bem fundamentou o MP da União. Dizia o Ministro da Justiça na sua *Exposição de Motivos*: "O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática e imposto pelas boas normas da Justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da República, vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhes em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela couber." No art. 21 preceituava que o Procurador-Geral da República fosse um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, *vitalicio* e nomeado pelo Presidente da República.

A Constituição Federal de 1891 não atribuiu nenhum capítulo, dado o seu caráter sintético, ao Ministério Público, porém tão-só no art. 58, § 2.º, referiu-se à nomeação do Procurador-Geral da República dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

A Lei n.º 1.801, de 29-7-1895, substituiu, contudo, a vitaliciedade do Procurador-Geral pela cláusula de ser *conservado no cargo enquanto bem servir*, que é a máxima do direito norte-americano, *during good behavior*.

A influência de CARLOS MAXIMILIANO, e sobretudo JOÃO BARBALHO, fez evoluir a dita cláusula para o princípio da demissibilidade *ad nutum*, considerando este último a vitaliciedade como um erro. JOÃO BARBALHO escreveu em sua *Constituição Federal — Comenários* (Rio de Janeiro, F. Briguiet & Cia. 1924, p. 312) sobre o Procurador-Geral: "desde que é um agente do governo, embora da mais alta categoria e gozando de predicamento de magistrado, pertencendo mesmo à classe dos magistrados,

todavia, com relação à função especial de que fica investido, é um delegado e precisa ser de inteira confiança de quem nomeia". O STF evoluiu também neste sentido (Apelação Cível n.º 3.481, do Juízo Federal do Pará, sessão de 23-4-1926, *apud*, CLÁUDIO JOSÉ FERREIRA DE MELO, *O Ministério Público e a Constituição*, Recife, 1986, p. 263).

RUI BARBOSA sempre opinou diferentemente, doutrinando sobre o Procurador-Geral da República, dizendo o seguinte na obra *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo* (Rio de Janeiro, 1893, p. 11): "A lei não o instituiu solicitador das pretensões contestáveis do erário, de seus interesses injustos: mandou-o, pelo contrário, em todos os feitos onde servisse, "dizer do direito", isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça."

Desde então (1895) adotou-se nas diversas Constituições do Brasil (1934, 1937, 1946 e 1967) o princípio da *demissibilidade ad nutum* do PGR.

XII

O nome de procurador já vem do direito romano, com os *procuratores Caesaris*. Usam-se agora os nomes *procuradoria*, *procuratória* e *procuratura*.

Procuradoria, procuratória ou procuratura são sinônimos. Procuradoria é o ofício de procurador. Pode também designar por extensão o local onde o procurador exerce as suas atividades.

Procuradoria é, destarte, o ofício ou função do procurador. É também o órgão ao qual se atribuem as funções e atividades de procurador, com a missão de representar e atuar em nome do Estado, na defesa dos seus interesses, atuando em juízo, promovendo, condenando e cooperando nas atividades governamentais, por isto já foi situado entre os órgãos de cooperação e coordenação governamental. Por isto tem funções *consultivas*, *fiscalizadoras* e *interventivas*.

No País, o nome de Procurador-Geral ou Procurador-Geral da República designa o Chefe ou titular da instituição denominada Ministério Público ou Procuradoria-Geral.

Esta designação, via de regra, está associada a outra expressão, mencionando o tipo de poder que acoberta a instituição como, p. ex., Procurador-Geral da República (Chefe da instituição a nível federal), Procurador-Geral do Estado (Chefe da Procuradoria-Geral do Estado-Membro), Procurador-Geral da Justiça do Estado (Chefe do Ministério Público Estadual), Procurador-Geral da Justiça do Trabalho (Chefe da instituição junto à Justiça do Trabalho) etc.

No direito constitucional comparado existe também designação semelhante para designar o chefe de uma instituição equivalente ao Ministério Público no Brasil.

Nos EUA o MP integra o Departamento de Justiça, dirigido pelo *Attorney General* (= Ministro da Justiça), nomeado pelo Presidente da

República, com aprovação do Senado. O *Attorney General* pode vir a suceder o próprio Presidente, pois lhe cabe o 6.º lugar na linha de sucessão presidencial (v. MARCIO ANTONIO FERREIRA, O MP na Ordem Jurídica Constitucional, in *Justitia* 68/81, ano XXXI, 3.º trimestre, 1969). É demissível *ad nutum* pelo Presidente da República.

“O *Attorney General* é também representante do governo federal em todos os processos legais em que os Estados Unidos é uma parte” (WILLIAM BENNET MUNRO, *The Government of the United States National, State, and Local*, New York, The Macmillan Company, 1946, 5.ª ed., p. 222). Dadas as suas enormes funções, raramente aparece nos tribunais, tendo inúmeros assistentes que o representam, exceto na Suprema Corte, também em raras ocasiões. Nesta usualmente aparece o solicitador geral (*solicitor general*), que é o segundo no Departamento (cf. HAROLD ZINK, *A Survey of American Government*, New York, The Macmillan Company, 1950, pp. 390-392).

Como já se referiu, é tão grande o *status do Attorney General*, que é ainda eventual sucessor do Presidente, o 6.º na linha de sucessão, conforme foi disciplinado pela Lei de Sucessão Presidencial (*Presidential Succession Act*), de 1886. É a seguinte a ordem de sucessão presidencial: Vice-Presidente, Secretário das Relações Exteriores (*Secretary of State*), Secretário do Tesouro (*Secretary of the Treasury*), Secretário da Guerra, *Attorney General* (= Secretário ou Ministro da Justiça), Secretário dos Correios, Secretário da Marinha e Secretário do Interior. Os nomes de Secretários correspondem aos de Ministros no Brasil.

“Contudo nenhum desses agentes pode suceder ao Presidente se não for cidadão nato e também elegível” (MUNRO, cit., pp. 68 e 168).

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (art. 226) determina que “A Procuradoria-Geral da República é o órgão superior do Ministério Público e é presidida pelo Procurador-Geral da República”.

A Constituição da Colômbia de 1972 disciplina o Ministério Público (arts. 142 e ss.) e o subordina à “suprema direção do governo, por um procurador-geral da nação” (v. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, no verbete Procurador-Geral, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 61, pp. 457-458).

As Constituições socialistas também disciplinam a figura do Procurador-Geral da República e a instituição do Ministério Público, como as Constituições da URSS (1977), China (1982) e Cuba (1976).

É de lembrar que sobem de influência as figuras de procuradores nas épocas revolucionárias, como arrojados promotores nos impressionantes perfis de Robespierre e Fouquier Thinville na França e Vishinsky na URSS.

A Constituição da URSS, de 7 de outubro de 1977, com seus 174 artigos, no Título VII, capítulo 21, *Procuradoria-Geral* (arts. 164 a 168),

prevê a figura do Procurador-Geral da URSS, que é designado pelo Soviete Supremo da URSS com duração de mandato por cinco anos, que é também a duração de mandato de todos os Procuradores inferiores. Todos os Procuradores inferiores são designados pelo Procurador-Geral da República. Determina a referida Constituição:

Art. 164 — A superior fiscalização do cumprimento exato e uniforme das leis por todos os ministérios, comitês e departamentos do Estado, empresas, instituições e organizações, órgãos executivos e administrativos dos Sovietes locais de Deputados do Povo, colcozes, cooperativas e outras organizações sociais, assim como pelos funcionários públicos e pelos cidadãos, incumbe ao Procurador-geral da URSS e aos Procuradores que lhe estão subordinados.

Art. 165 — O Procurador-Geral da URSS é designado pelo Soviete Supremo da URSS, responde perante ele e deve prestar-lhe contas; no intervalo das sessões do Soviete Supremo da URSS, responde perante o Presidium do Soviete Supremo da URSS, ao qual deve prestar contas.

Art. 166 — Os Procuradores das repúblicas federadas, das repúblicas autônomas, dos territórios, regiões e regiões autônomas são designados pelo Procurador-Geral da URSS. Os Procuradores das circunscrições autônomas e os Procuradores dos distritos e das cidades são designados pelos Procuradores das repúblicas federadas e confirmados pelo Procurador-Geral da URSS.

Art. 167 — A duração do mandato do Procurador-Geral da URSS e de todos os Procuradores inferiores é de cinco anos.

Art. 168 — Os órgãos da Procuradoria são independentes de todos os órgãos locais no exercício das suas funções, dependendo unicamente do Procurador-Geral da URSS.

A Lei sobre a Procuradoria-Geral da URSS estabelece a organização e as regras de funcionamento da Procuradoria.”

A Constituição da República Popular da China, de 4 de dezembro de 1982, apenas com 138 artigos, estatui a criação de “tribunais populares” (arts. 123 e ss.) e de procuradorias populares (arts. 130 e ss.). O “Procurador-Geral da Suprema Procuradoria Popular” é eleito pelo Congresso Nacional Popular (art. 62, § 8.º), com mandato de cinco anos (art. 130), que coincide com o prazo de duração da legislatura do Congresso Nacional Popular (art. 60), podendo permanecer no cargo durante dois mandatos consecutivos. Preceitua a Constituição:

Art. 129 — As procuradorias populares da República Popular da China são órgãos do Estado, aos quais está confiada a vigilância sobre a aplicação das leis.

Art. 130 — A República Popular da China institui a Suprema Procuradoria Popular e as procuradorias populares locais, procuradores militares e outras procuradorias populares especiais.

O mandato do Procurador-Geral da Suprema Procuradoria Popular coincide com o do Congresso Nacional Popular; o Procurador-Geral não poderá exercer funções por mais de dois mandatos consecutivos.

A organização das procuradorias populares é estabelecida por lei.

Art. 131 — As procuradorias populares só estão sujeitas à lei no exercício das suas funções e não podem sofrer interferências da parte dos órgãos administrativos, de organizações públicas ou dos particulares.

Art. 132 — A Suprema Procuradoria Popular é o supremo órgão de procuradoria.

A Suprema Procuradoria Popular orienta o trabalho das procuradorias populares locais e das procuradorias populares especiais; as procuradorias populares de nível superior orientam as atividades das de nível inferior.

Art. 133 — A Suprema Procuradoria Popular é responsável perante o Congresso Nacional Popular e a sua Comissão Permanente. As procuradorias populares locais são responsáveis perante os órgãos de poder político que as estabelecerem e perante as procuradorias populares de nível superior.

Art. 134 — O cidadão de qualquer nacionalidade tem o direito de usar em tribunal a língua escrita e falada da sua própria nacionalidade. As procuradorias populares e os tribunais populares devem assegurar serviços de tradução às partes que não estejam familiarizadas com as línguas escritas e faladas vulgarmente usadas na zona.

Sempre que membros de uma minoria nacional vivam em comunidade com grande densidade ou sempre que várias nacionalidades vivam juntas, as audiências deverão processar-se na língua ou nas línguas vulgarmente faladas na zona; as alegações, as sentenças, as notificações e os demais documentos deverão ser escritos, de acordo com as necessidades, na língua ou nas línguas vulgarmente faladas na zona.

Art. 135 — Em matérias criminais, os tribunais populares, procuradorias populares e órgãos de segurança pública deverão dividir tarefas, responsabilizando-se cada um pela sua função; e deverão coordenar os seus esforços e fiscalizar-se reciprocamente, de modo a garantir o cumprimento efetivo e adequado da lei."

A Constituição da República de Cuba, proclamada em 24 de fevereiro de 1976, com 141 artigos, prevê a figura do Procurador-Geral da República, que é eleito juntamente com o Vice-Procurador, pela Assembléia Nacional do Poder Popular, que também os pode destituir:

“*Art. 130* — Compete à Procuradoria-Geral da República, como objetivo primordial, o controle da legalidade socialista através da vigilância do estrito cumprimento da lei e demais disposições legais, pelos organismos do Estado, entidades econômicas e sociais e pelos cidadãos.

A lei determina a forma, extensão e oportunidade em que a Procuradoria exerce faculdades em relação ao mencionado objetivo.

Art. 131 — A Procuradoria-Geral da República constitui uma Unidade orgânica subordinada unicamente à Assembléia Nacional do Poder Popular e ao Conselho de Estado.

O Procurador-Geral da República recebe instruções diretas do Conselho de Estado.

Ao Procurador-Geral da República incumbe a direção e regulamentação da atividade do Ministério Público em todo o território nacional.

O Procurador-Geral da República é membro do Conselho de Governo do Tribunal Supremo Popular.

Os órgãos do Ministério Público estão organizados verticalmente em toda a nação, subordinados somente à Procuradoria-Geral da República e são independentes de todo órgão local.

Art. 132 — O Procurador-Geral da República e os Vice-Procuradores-Gerais são eleitos e podem ser destituídos pela Assembléia Nacional do Poder Popular. A lei fixa o prazo da eleição.

Art. 133 — O Procurador-Geral da República presta contas de sua gestão à Assembléia Nacional do Poder Popular ao menos uma vez por ano.”

Na Inglaterra, somente por influência do liberalismo francês da Revolução de 1789, é que foi criada a instrução criminal, exercida por agentes chamados de *Attorney General*, auxiliados pelo *Solicitor General*, que também representa os negócios do Estado e interesses do Rei. Somente a Lei de 3 de julho de 1879 organizou o Ministério Público com o *Protection of Offences Act*, para dirigir os negócios criminais, preparando peças e as encaminhando ao Procurador-Geral.

Na Escócia existe o Procurador-Geral como na Inglaterra, auxiliado por um *Crown Solicitor* com a atribuição de punir os culpados. O MP no nível foi instituído em 1862, para funcionar junto às Cortes nas causas

de divórcio e nulidade de casamento (cf. CLÁUDIO JOSÉ FERREIRA DE MELO, cit., p. 261).

No Brasil, tendo em vista a dependência da Procuradoria-Geral da República frente ao Poder Executivo Federal, que o nomeia e demite, tem-se ultimamente preconizado a eleição direta ou indireta do Procurador-Geral da República.

Diversas modalidades são assim preconizadas pela doutrina para permitir de modo mais adequado a diminuição do controle do Poder Executivo sobre o PGR.

A 1.^a solução é a da garantia de mandato do PGR e dos demais Procuradores-Gerais, que serão eleitos pela classe *diretamente*, sendo elegíveis os membros do Colégio dos Procuradores, com mandato de dois anos, permitida a reeleição uma única vez. Só perderão o cargo quando apurada pelo Colégio dos Procuradores uma falta disciplinar prevista em lei, mediante processo administrativo, com direito a ampla defesa. Ao Colégio dos Procuradores cabe aplicar a penalidade.

A 2.^a solução é a eleição *indireta* pelo próprio Colégio de Procuradores, com as mesmas garantias dadas aos Procuradores-Gerais como existentes no processo da eleição direta.

A 3.^a solução é a eleição pelo Congresso, que deverá eleger dentre os Procuradores, permitida a destituição. Alguns países se aproximam desta solução, coincidindo o mandato do Procurador-Geral da República com o mandato do Parlamento, ou nome equivalente (Soviete Supremo na URSS, Congresso Popular na República Popular da China).

A 4.^a solução foi dada pelo anteprojeto oferecido pela Comissão Afonso Arinos, que colocou o Capítulo XI — Ministério Público, no Título sobre Poder Judiciário, considerando-o como essencial à função jurisdicional do Estado. O PGR é nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. O seu mandato terminará com o do Presidente que o nomeou. A exoneração antes do término do mandato dependerá de anuência prévia do Senado Federal por maioria absoluta.

É o que prescreve o texto:

“*Art. 310* — O Procurador-Geral da República será nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e servirá por tempo determinado, que findará com o termo do mandato presidencial em que tiver ocorrido a nomeação, salvo a hipótese do parágrafo único.

Parágrafo único — A exoneração de ofício do Procurador-Geral antes do termo de sua investidura dependerá de anuência prévia da maioria absoluta do Senado Federal.”

O Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte disciplina o MP no Capítulo V do seu texto, que se segue ao Capítulo IV — Do Poder Judiciário, e adota solução parecida com a 1.^a já exposta, estatuinto o seguinte:

“Art. 231 —

§ 1.^o — Cada Ministério Público elegerá o seu Procurador-Geral, na forma da lei, dentre integrantes da carreira, pelo mandato de três anos, permitindo-se uma recondução.”

A Constituição vigente (art. 94) prevê o seguinte: “A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais”. A CF, destarte, não organiza diretamente a instituição, porém os seus princípios institutivos, ficando a cargo da lei ordinária a fixação de sua estrutura.

Recentemente o Decreto n.º 87.546/82 *estatuuiu normas sobre a estrutura e organização do MP Federal, criando diversos órgãos. Criou dois órgãos colegiados: a) o Conselho Superior do MP Federal, integrado pelo PGR, que é o Presidente, e pelos Subprocuradores-Gerais da República; b) o Colégio dos Procuradores da República, composto por todos os membros do MP Federal. Além deles um órgão monocrático, a Corregedoria-Geral do MP Federal, com mandato de um ano, e vedada a recondução para o período imediatamente subsequente, escolhida por votação secreta e exercida por um dos membros do Conselho Superior do MP Federal.*

Tal decreto foi posteriormente revogado, pela sua evidente inconstitucionalidade, em face do art. 94 da CF, determinando que “a lei organizará o Ministério Público da União”, e assim tal organização pertence ao domínio normativo da lei federal, submetendo-se ao princípio constitucional da reserva legal (v. JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, cit. p. 296).

A carreira do Ministério Público Federal é organizada por lei ordinária, mas a CF prevê de antemão determinados requisitos para nela ingressar (CF, art. 95, § 1.^o), abrangendo o Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios. Os seus membros ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Não poderão ser demitidos, após dois anos de exercício, senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral da República, com fundamento em conveniência de serviço.

O STF já decidiu que o limite de idade, para inscrição em concurso para Procurador da República, é aquele determinado pela Lei Orgânica do Ministério Público da União, que é o de 35 anos. A Lei federal n.º 6.333/74 fixou, contudo, em 50 anos a idade máxima para a inscrição em concursos públicos federais, mas neste aspecto não foi derogado o LOMP (RTJ, 91:431; 91:797; 101:547; RDA, 145:121).

A norma derogatória da exigência de concurso para os cargos públicos, prevista no art. 197, b, da Lei Fundamental, que permite o aproveita-

mento no serviço público sem a exigência do § 1.º do art. 97 (o civil, ex-combatente da Segunda Guerra Mundial, que tenha participado efetivamente em operações bélicas da FEB (Força Expedicionária Brasileira), da Marinha, da Força Aérea Brasileira, da Marinha Mercante ou da Força do Exército), não se aplica no caso. Os Tribunais assim se têm orientado, inclusive o STF, para quem "a regra do art. 197, alínea b, da Constituição, não permite a dispensa de concurso para os cargos a cujo provimento a Constituição impõe o requisito de concurso público de provas e títulos (RDA, 143:95). Em sentido idêntico: RTJ, 61:268; RTJ/SP, 71:237.

A representação judicial da União incumbe ainda ao MP Federal. As Constituições anteriores (CF de 1946, art. 126, parágrafo único, e CF de 1967, art. 138, § 2.º) determinavam que a União seria representada em juízo pelos Procuradores da República, mas a lei poderia atribuir este encargo, nas comarcas do interior, ao MP estadual ou local.

A CF, com a EC n.º 1, de 1969, preceitua: "Art. 95, § 2.º Na comarca do interior, a União será representada pelo Ministério Público estadual". O texto atual não reproduziu na íntegra os textos anteriores (1946 e 1967 da CF originária). Omitiu, destarte, a norma que constava antes e precedentemente dos aludidos textos, cometendo tal encargo de representação judicial da União, de modo expresse, aos Procuradores da República.

A regra da representação judicial da União pelo MP Federal está contida implicitamente no art. 95, § 2.º, que estatuiu o encargo sem estatuir a regra, que se acha implícita.

Escreve JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 290): "A representação judicial da União incumbe ao Ministério Público Federal." E adiante: "Esse encargo, contudo, ainda pertine, embora implicitamente, ao MP Federal, a quem incumbe representar a União em juízo. A implicitude referida decorre da norma constitucional, inscrita no art. 95, § 2.º, do texto vigente, que faculta a representação da União, nas comarcas do interior, ao MP local." Da mesma maneira se orientam: JOSÉ AFONSO DA SILVA (cit., pp. 193 e 194) e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira* (São Paulo, Saraiva, 3.ª ed., p. 423).

O legislador ordinário não pode retirar tal encargo de representação judicial da União ao MP Federal. Adverte PONTES DE MIRANDA, nos *Comentários ao Código de Processo Civil* (Rio de Janeiro, Forense, 1974, t. 1, pp. 319 e 320): "O Procurador-Geral da República e os demais Procuradores da República são órgãos da União por força da Constituição. A lei ordinária não pode retirar a função processual de tais Procuradores."

XIV

Convém, agora, comentar a organização do Ministério Público estadual. Determina a Constituição (CF, 1967, red. EC n.º 7, de 13-4-1977):

"Art. 96 — O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira por lei estadual.

Parágrafo único — Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1.º do artigo anterior.”

A Lei Complementar n.º 40, de 14-12-1981, estabelece normas a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual.

É vedado ao Estado-Membro dispor por meio de norma constitucional sobre a organização de seu MP. A Constituição preceitua que o MP dos Estados será organizado por *lei estadual*, deverá originar-se de lei estadual, e não de regra inscrita na Constituição estadual, que apenas pode fixar os princípios gerais alusivos ao MP estadual. O STF já decidiu que “... compete à lei ordinária, não à lei constitucional, organizar em carreira o Ministério Público...” (RTJ, 96:45).

A Lei Complementar n.º 40/81 determina que os membros do Ministério Público estão sujeitos a regime jurídico especial, gozam de independência no exercício de suas funções (art. 16), concedendo ademais à instituição autonomia funcional, administrativa e financeira (arts. 2.º e 4.º).

O MP estadual é chefiado por um Procurador-Geral da Justiça nomeado pelo Governador, com prerrogativas e representação de Secretário de Estado (Lei Complementar n.º 40/81, arts. 6.º e 8.º).

A carreira da instituição compreende dois graus: a) *órgãos de primeira instância*, chamados *Promotores de Justiça* ou *Promotores Públicos* quando funcionam no juízo criminal, e *Curadores*, que funcionam no juízo civil; b) *órgão de segunda instância* designado com o nome de *Procuradores da Justiça*.

Assim a carreira do MP estadual está organizada de maneira paralela à da magistratura estadual e perante ela servem os seus membros.

Os Promotores Públicos e os Curadores trabalham e exercem as suas funções junto aos Juizes de Direito de primeira instância, e, como os Juizes, são classificados em entrâncias e lotados nas respectivas comarcas e varas.

Com respeito ao MP estadual, deve-se salientar que é permitido aos Estados, por força de sua autonomia constitucional, adotarem vários modelos para o exercício das funções em tela, resguardados os princípios institutivos da CF e da Lei Orgânica do MP.

A propósito, escreve ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, no verbete Procuradoria-Geral do Estado (na *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 61, p. 495):

“Pode-se dizer que as funções do “ofício de Ministério Público” nos Estados são distribuídas segundo três modelos principais: a) Estados que atribuem todo o conjunto de funções do

Ministério Público a um único órgão, em regra denominado Ministério Público e chefiado pelo Procurador-Geral (do Estado ou da Justiça, conforme o caso). Este, o modelo adotado no Estado de Santa Catarina; b) Estados que distribuem tais funções entre dois órgãos principais: Ministério Público, chefiado pelo Procurador-Geral da Justiça, com funções estritas de fiscal da lei e de promoção do *jus puniendi*, e a Procuradoria-Geral do Estado (que, por vezes, recebe outras denominações, tais como Consultoria-Geral do Estado, no Rio Grande do Sul, ou Departamento Jurídico do Estado, nome adotado na Constituição do antigo Estado do Mato Grosso), cuja missão principal é o exercício da Advocacia do Estado (representação do Estado-Membro em juízo, cobrança da dívida ativa, procuratório extrajudicial etc.). Os Estados de São Paulo, Bahia, Rio Grande do Sul etc. adotam esse modelo; c) Estados que distribuem, com ou sem previsão constitucional, o ofício de Ministério Público entre vários e numerosos órgãos: Ministério Público propriamente dito, Procuradoria-Geral do Estado, Procuradoria Fiscal ou da Fazenda Pública, Procuradoria junto aos tribunais administrativos ou de contas etc. Exemplifica este modelo o Estado do Rio Grande do Norte, que institui, a nível constitucional, três órgãos pelo menos: a Consultoria-Geral do Estado, o Ministério Público e a Procuradoria-Geral do Estado.”

Determinados Estados federais adotam, no plano estadual, órgãos que são equivalentes à Procuradoria-Geral do Estado e ao MP no Brasil.

Nos EUA, no Estado de Illinois, o *Attorney General's Office* é um misto do Ministério Público e da Procuradoria-Geral do Estado. As atribuições do Procurador-Geral do Estado incluem a defesa do Estado em juízo, a defesa dos cidadãos em juízo (*legal aid*), a defesa dos consumidores, a promoção do *jus puniendi*, a cobrança dos impostos. Cabe ainda particularmente ao *Attorney General*, chefe do órgão, a missão importante de emitir pareceres (*legal opinions*) sobre matéria constitucional e legal por imposição da Constituição estadual ou por solicitação do governo. Tal sistema é também adotado no Estado de Massachusetts, cujo órgão idêntico, que integra o Executivo, é denominado *Attorney General's Office* (v. BETES e FIELDO'S, *State Government*, New York, Harper and Brothers Publishers, 1954, 4.^a ed. por Pressly S. Silkes e John E. Stonen, pp. 416 s.).

XV

Os membros do Ministério Público gozam de independência no exercício das atribuições que lhes são confiadas, submetendo-se apenas à Constituição e às leis. Acentua JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 298): “A mais relevante garantia institucional do MP traduz-se no princípio constitucional da reserva legal. *Somente a lei* — a lei em sentido formal — pode dispor sobre a organização do MP.” Continua ele: “A organização

do MP pertence, em suma, ao domínio normativo da lei” (v. também JOSÉ AFONSO DA SILVA, Ministério Público — Organização — Matéria Legal, RDP, 67:100). As espécies jurídicas infralegais não podem incidir para disciplinar o MP.

Dada a independência institucional ou funcional entre o MP e o Poder Judiciário, ou a inexistência da hierarquia entre o MP e o Poder Judiciário, acórdão do STF declarou a inconstitucionalidade da *lei estadual* que subordinava ou sujeitava a nomeação de membros do MP a concurso realizado por órgão do Judiciário, pois a posição do MP integra a esfera do Poder Executivo e não do Poder Judiciário na CF (RTJ, 95:980).

Os membros da instituição têm ainda as seguintes garantias: a) *irreduzibilidade de vencimentos*, já proclamada pela *Súmula 321* do STF; b) *inamovibilidade* traduzida na impossibilidade de remoção arbitrária e compulsória do membro do Ministério Público, exceto por força de representação fundamentada do Procurador-Geral.

XVI

O Procurador-Geral da República é processado e julgado nos crimes comuns originariamente pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 119, I, a). Trata-se de prerrogativa de foro concedida pela Constituição Federal. “Foro por prerrogativa de função não é foro privilegiado”, já decidiu o STF (RTJ, 90:950).

Por sua vez, os membros do MP estadual, nas infrações penais, gozam de prerrogativa de foro perante o Tribunal de Justiça do Estado (RT, 463:311; 470:305). Trata-se de competência originária. Mas tal competência originária não se amplia, contudo, até alcançar os crimes dolosos contra a vida cometidos pelos membros do MP local (RT, 428:282; RTJ, 66:818). Em contrapartida, a prerrogativa de foro subsiste, mesmo depois da prática do crime, quando tenha se afastado do exercício de suas atividades por aposentadoria, demissão, exoneração (*Súmula 394* do STF; RT, 461 e 460).

Compete, ainda, originariamente, ao TFR o julgamento da ação penal contra Promotor de Justiça que cometeu ilícito penal cuja competência de julgamento seja da Justiça Federal (*Revista do TFR*, 48:3).

Ainda conforme decisão do STF, “compete originariamente aos Tribunais Regionais Eleitorais processar e julgar, por crimes eleitorais, as autoridades estaduais que, em crimes comuns, tenham, no Tribunal de Justiça, o foro por prerrogativa de função” (RTJ, 91:59). Tal “entendimento jurisprudencial”, como explica JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (cit., p. 300), “abrange, em consequência, aos membros do MP estadual que, nos ilícitos penais comuns, gozam de prerrogativas de foro perante o Tribunal de Justiça” (Lei Complementar n.º 40/81, art. 19, c/c o art. 87 do Código de Processo Penal).

A importância do MP cresce profundamente no novo regime constitucional. Sua situação tem sido ampliada constantemente, pela atribuição de novas funções. Diversos encontros e congressos já foram realizados, fundando-se inclusive uma Confederação das Associações Estaduais do Ministério Público (CAEMP), que mais tarde se transformou na Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP), que não escondeu o seu desapontamento com a Reforma do Poder Judiciário em 1977.

Entre os encontros ocorridos cabe citar o VI Congresso Nacional do Ministério Público (*Ministério Público e Constituinte*, São Paulo, junho de 1985, *Justitia*, v. 131), inclusive com um anteprojeto que se chama *A Carta de Curitiba*, aprovada pelo I Encontro Nacional de Procuradores-Gerais da Justiça e Presidente da Associação do Ministério Público, realizado entre 20 e 22 de junho de 1986. Entre as suas conclusões destacam-se as seguintes: 1.º) não há necessidade de criação de novos organismos burocráticos do Estado para o mister de defensor do povo, cabendo naturalmente a função de ouvidor ou de defensor do povo ao próprio Ministério Público; 2.º) deve ser vedada a representação das Fazendas pelo Ministério Público, em qualquer nível; 3.º) deve ser consagrado o princípio de que o promotor não pode ser afastado de suas funções, exceto por remoção, assegurada ampla defesa; 4.º) não se deve admitir nenhuma hierarquia nem direção superior entre cada Ministério Público, nem mesmo direção superior do PGR sobre os Ministérios Públicos do Trabalho, Militar ou Estadual; 5.º) todos os Chefes do Ministério Público devem chamar-se de "promotores gerais", sem exceção; 6.º) os Chefes do *parquet*, em todos os níveis, só podem ser escolhidos dentre os integrantes da respectiva instituição (v. a respeito HUGO NIGRO MAZZILLI, *A Carta de Curitiba e a Constituinte*, Recife, 1986; ROMILDO RAMOS DA SILVA e GUSTAVO AUGUSTO RODRIGUES DE LIMA, *O Ministério Público na Ordem Jurídica Constitucional*, Recife, 1986; GUSTAVO AUGUSTO RODRIGUES DE LIMA, *O Ministério Público na Constituição*, na *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru, n.º 18, 1987).

A conclusão de HUGO NIGRO MAZZILLI é contrária à criação da figura do defensor do povo, o *Ombudsman*, ou do ouvidor do povo.

A instituição do *Ombudsman* surgiu na Suécia com a Constituição de 1809, passando à Finlândia, Dinamarca, Noruega e, mais recentemente, em 1867, à Inglaterra. "A palavra *ombud* vem do sueco, onde apareceu pela primeira vez esta instituição jurídica, e significa representante, comissário, promotor, comissário ou representante do parlamento, e, em consequência, em última instância, protetor dos direitos dos cidadãos (v. EDUARDO SOTTO-KLASS, *El Ombudsman Nórdico-Sajón; un controle de Confianza*, no *Archivo de Derecho Público y Ciencia de la Administración*, Caracas, v. 2, 1970-1971, 1972, pp. 355/357).

Nas pequenas cidades do interior, o promotor já aparenta ser um *ombudsman*, que recebe e apura denúncias. Nas grandes cidades já se faz

referência ao "ouvidor do povo", fora do MP. O governo já criou, inclusive, através do Decreto n.º 93.714, de 15-12-1986, a *Comissão de Defesa dos Direitos do Cidadão (CODIC)*, que no fundo é mero órgão burocrático de fiscalização, subordinado ao governo, sem as características da independência do *Ombudsman* ou *Defensor do Povo* frente ao Executivo.

XVIII

O Ministério Público tem ampliado consideravelmente as suas atribuições, dada a sua presença crescente na sociedade contemporânea.

No Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos (art. 312), são consideradas como funções institucionais privativas do MP, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:

I — promover a ação penal pública; II — promover a ação civil pública, nos termos da lei, para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso de autoridade ou do poder econômico; III — exercer a supervisão da investigação criminal; IV — intervir em qualquer processo, nos casos previstos em lei, ou quando entender existir interesse público ou social relevante.

Para o desempenho de suas funções, pode o MP requisitar da autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, avocando-os para suprir omissão, ou para apuração de abuso de autoridade, além de outros casos que a lei especificar.

A legitimação do MP para a ação civil pública não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, conforme dispuser a lei.

A representação judicial da União cabe a seu Ministério Público; nas comarcas do interior essa responsabilidade poderá ser atribuída a Procuradores dos Estados e Municípios.

Pelo Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos incumbe ao Procurador-Geral da República (art. 311):

I — exercer a direção superior do Ministério Público da União e a supervisão da defesa judicial das autarquias federais a cargo de seus Procuradores; II — chefiar o Ministério Público Federal e o Ministério Público Eleitoral; III — representar para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; IV — representar, nos casos definidos em lei complementar, para a interpretação de lei ou ato normativo federal; V — representar para fins de intervenção federal, nos termos da Constituição Federal.

A representação, para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, será encaminhada pelo Procurador-Geral da República, sem prejuízo de seu parecer contrá-

rio, quando fundamentadamente a solicitar: a) o Presidente da República ou Presidente do Conselho de Ministros; b) as Mesas do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados ou 1/4 dos membros de uma das Casas; c) o Governador, a Assembléia Legislativa, ou o Chefe do Ministério Público Estadual; d) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, mediante deliberação tomada por 2/3 dos seus membros.

Aplica-se às representações previstas nos incisos IV e V do art. 311 o disposto na alínea a.

XIX

A Procuradoria-Geral da República e o Ministério Público da União e Federal, bem como o Ministério Público Estadual, merecem atenção do Projeto de Constituição da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, elaborado pela Comissão de Sistematização, tendo como presidente o constituinte Afonso Arinos e como relator o constituinte Bernardo Cabral (*).

O Projeto de Constituição prevê, além do Ministério Público, o Defensor do Povo (art. 43), que equivale ao *Ombudsman*, a Defensoria Pública (art. 235), para defesa dos juridicamente necessitados, como instituições que surgem a nível constitucional.

A Procuradoria-Geral da União está disciplinada no art. 186 do Projeto da Comissão de Sistematização.

A Procuradoria-Geral da União é órgão competente para promover a defesa judicial e extrajudicial da União.

A Procuradoria-Geral da União tem por chefe o Procurador-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de 35 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Os Procuradores da União ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos.

Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá a organização da Procuradoria-Geral da União.

Nas comarcas do interior a defesa da União poderá ser confiada aos Procuradores dos Estados ou dos Municípios ou a advogados devidamente credenciados.

Por sua vez o Ministério Público é regulado pelos artigos 230 a 234 do Projeto da Comissão de Sistematização, a saber:

“Art. 230 — O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

(*) NR — O autor refere-se ao texto do primeiro Projeto da Comissão de Sistematização, datado de 9 de julho de 1987.

§ 1.º — São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2.º — Ao Ministério Público fica assegurada a autonomia funcional, administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria e global, competindo-lhe dispor sobre sua organização e funcionamento, prover seus cargos, funções e serviços auxiliares, obrigatoriamente por concurso de provas e de provas e títulos.

§ 3.º — O Ministério Público proporá ao Legislativo a fixação de vencimentos e vantagens de seus membros e servidores, a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como seu orçamento, aplicando-se o disposto nos §§ 1.º e 5.º do art. 196.

Art. 231 — O Ministério Público compreende:

I — O Ministério Público Federal, que oficiará perante o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União e os Tribunais e Juízes federais comuns;

II — o Ministério Público Federal Eleitoral;

III — o Ministério Público Militar;

IV — o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;

V — o Ministério Público dos Estados.

§ 1.º — Cada Ministério Público elegerá o seu Procurador-Geral, na forma da lei, dentre integrantes da carreira para mandato de três anos, permitindo-se uma recondução.

§ 2.º — Leis complementares distintas, de iniciativa de seus respectivos Procuradores-Gerais, organizarão cada Ministério Público.

Art. 232 — Incumbe ao Procurador-Geral da República:

I — exercer a direção superior do Ministério Público Federal, Eleitoral, Militar e do Trabalho;

II — chefiar o Ministério Público Federal e o Ministério Público Eleitoral;

III — representar para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

IV — representar, nos casos definidos em lei complementar, para a interpretação de lei ou ato normativo federal;

V — representar, para fins de intervenção federal nos Estados, nos termos desta Constituição.

Art. 233 — São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:

I — promover, privativamente, a ação penal pública;

II — promover ação civil para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos, notadamente os relacionados com o meio ambiente inclusive o do trabalho e os direitos do consumidor, dos direitos indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso da autoridade ou do poder econômico;

III — representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal quanto à Constituição do Estado, de lei ou ato normativo municipal em face desta Constituição e para fins de intervenção do Estado no Município;

IV — defender, judicial ou extrajudicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas, quanto às terras que ocupam, seu patrimônio material e imaterial, e promover a responsabilidade dos ofensores;

V — requisitar atos investigatórios e exercer a supervisão da investigação criminal;

VI — intervir em qualquer processo, nos casos previstos em lei, ou quando entender existir interesse público ou social relevante;

VII — referendar acordos extrajudiciais que terão força de título executivo;

VIII — expedir notificações e requisitar informações e documentos;

IX — requisitar atos investigatórios criminais, podendo acompanhá-los, e efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correição judicial;

X — exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.

§ 1.º — Qualquer cidadão poderá interpor recurso, em trinta dias, para o Conselho Superior do Ministério Público, do ato do Procurador-Geral que arquivar ou mantiver arquivado qualquer procedimento investigatório criminal ou peças de informação.

§ 2.º — A instauração de procedimento investigatório criminal será comunicada ao Ministério Público, na forma da lei.

§ 3.º — Para o desempenho de suas funções, pode o Ministério Público promover ou requisitar à autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões, ou quando destinadas à apuração de abuso de autoridade, além de outros casos que a lei especificar.

§ 4.º — A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuserem esta Constituição e a lei.

§ 5.º — As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira.

Art. 234 — Os membros do Ministério Público, aos quais se assegura independência funcional, terão as mesmas vedações e gozarão das mesmas garantias, vencimentos e vantagens conferidos aos magistrados, bem como paridade de regimes de provimento inicial de carreira, com a participação do Judiciário e da Ordem dos Advogados do Brasil, promoção, remoção, disponibilidade e aposentadoria com a dos órgãos judiciários correspondentes.”

XX

A origem do Ministério Público, como pretende a maioria dos doutrinadores, é como uma instituição francesa, que apareceu no século XIII, com a ordenação (*Ordonnance*) de Felipe, o Belo, datada de 1303, falando dos “procuradores do Rei”.

A rigor, o MP existe em forma antecedente, desde afastadas épocas, como no Egito, que tinha um corpo de funcionários com atribuições que podem ser consideradas como de precursores do atual Ministério Público (v. ROBERTO LYRA, *Teoria e Prática do Ministério Público*, Rio de Janeiro, ed. Jacinto, 1937, p. 9). Na Grécia era facultado a qualquer pessoa mover acusações perante os tribunais contra os transgressores da lei, em nome da própria comunidade (cf. J. AVELAR CARIBÉ, *Perfil do Ministério Público*, Recife, 1981, p. 11).

Busca-se ademais a sua origem em Roma com os *Procuratores Caesaris*, na Itália medieval com os *Avvogadori di communi* em Veneza, o *avvocato della corte* em Nápoles e os *conservatori delle leggi* em Florença. Na Espanha, no reinado de Dom Juan, em 1387, foi criado o Ministério Fiscal, que alguns entendem como originando o MP. Na Suécia existem os *baillios*, na Alemanha as *Nachrichter*. É, porém, generalizada a opinião de que o MP nasceu realmente como instituição francesa.

XXI

Em Portugal, são conhecidas as *Ordenações Afonsinas de 1446*, e o Brasil, quando descoberto, veio logo a ter a sua vida disciplinada pelas *Ordenações Manoelinas*, de 11 de março de 1521, que substituíram as primeiras.

Nas *Ordenações Manoelinas* surgiu a figura do *Promotor de Justiça*, ainda hoje existente.

Com as *Ordenações Filipinas* surgiu melhormente a distribuição da Justiça, organizada de modo mais completo. Existiam então os Procuradores da Coroa ou da Fazenda; os Desembargadores; os Corregedores da Coroa dos Feitos Cíveis; o Promotor da Justiça; os solicitadores da Casa de Suplicação.

Com o Regimento de Tomé de Souza, de 17 de dezembro de 1548, foi criada a organização administrativa e judiciária do Brasil.

Com o Regimento de 9 de março de 1609 foi instituída e fundada a *Relação da Bahia*, onde figuravam: o Ouvidor-Geral, o Procurador da Coroa e da Fazenda, o Promotor da Justiça, ao lado de um Chanceler, três agravistas, um Provedor de Defuntos e Resíduos e dois Desembargadores extravagantes.

Em 14 de abril de 1628, surgiu o Regimento que criou o Ouvidor-Geral do Brasil, com alçada no cível e no crime, nas causas até 100 mil réis.

No Brasil-Império, com a Independência, logo D. Pedro I convalidou as *Ordenações Filipinas*. A Constituição do Império recomendou, em seu art. 179, § 18, a elaboração de um Código Civil e um Criminal. Foram editados o Código Criminal em 1830, o Código de Processo Criminal em 1832 e o Código Comercial de 1850.

Diversos livros foram publicados sobre a atuação dos *Promotores Públicos* ou *Promotores de Justiça*. Entre eles destacam-se os *Comentários*, de VICENTE DE PAULA, ao Código Criminal; os *Apontamentos sobre Processo Criminal Brasileiro e Direito Público e Análise da Constituição do Império*, de PIMENTA BUENO; o livro de TAVARES BASTOS chamado *As Atribuições do Promotor Público*, e já na 1.ª República *O Processo Criminal Brasileiro*, de JOÃO MENDES.

O Promotor Público no Império era apenas um agente do Executivo junto ao Poder Judiciário (Lei n.º 261, de 1841, cap. III, art. 22), e assim permaneceu durante a 1.ª República.

Atualmente o MP ampliou consideravelmente as suas atribuições, não só na Constituição Federal de 1967, como nos recentes projetos da Comissão Afonso Arinos e da Assembléia Nacional Constituinte.

Responsabilidade civil do Estado

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Ministro do Tribunal Federal de Recursos,
Professor da UnB (Teoria Geral do Direito
Público e Direito Constitucional). Membro
do Instituto Brasileiro de Direito Constitu-
cional

SUMÁRIO

1. *Introdução: a obrigação de reparar o dano patrimonial.* 2. *A responsabilidade civil do Estado: evolução doutrinária.* 2.1. *1ª fase: da irresponsabilidade;* 2.2. *2ª fase: da responsabilidade subjetiva: a doutrina civilista;* 2.3. *A publicização da culpa: a teoria da culpa administrativa ou da "faute du service" dos franceses;* 2.4. *A responsabilidade objetiva do Estado.* 3. *O risco administrativo e o risco integral.* 4. *A responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro.* 4.1. *A responsabilidade civil objetiva com base no risco administrativo: a culpa da vítima;* 4.2. *A posição da jurisprudência.* 5. *A responsabilidade patrimonial do servidor público: a ação regressiva.* 6. *Exclusão da responsabilidade do Poder Público: atos de terceiro, acontecimentos imprevisíveis, fenômenos naturais, atos omissivos.* 7. *A responsabilidade civil das empresas estatais.* 8. *A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo.* 9. *A responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional.* 10. *Conclusões.*

1. *Introdução: a responsabilidade de reparar o dano patrimonial*

A obrigação de reparar danos patrimoniais decorre da responsabilidade civil. Muita vez o Estado causa danos ou prejuízos aos indivíduos. Incumbe-lhe, então, reparar esses danos, indenizar os prejuízos que causou, porque também o Estado, que é sujeito de direito, submete-se à responsabilidade civil, que "impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiro, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las" (1). Essa responsabilidade civil do Es-

(1) HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, ed. Rev. dos Tribunais, 8ª ed., p. 620. A responsabilidade civil do Estado, obrigação patrimonial, independe da responsabilidade criminal e da administrativa e é distinta da responsabilidade contratual e da legal, acrescenta HELY LOPES MEIRELLES.

tado é extracontratual, certo que, hoje, "todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabaram por assumi-la em 1946 e 1947, respectivamente, embora sem a amplitude desejável" (2).

2. *A responsabilidade civil do Estado: evolução doutrinária*

Nem sempre, entretanto, foi assim, convindo registrar que a evolução da idéia da responsabilidade civil do Estado passou por várias fases. Segundo HELY LOPES MEIRELLES, forte em JOSÉ DE AGUIAR DIAS (3), foram três as fases por que passou a responsabilidade civil do Poder Público: da irresponsabilidade absoluta da Administração passou-se para a fase da responsabilidade civilística e, desta, para a fase da responsabilidade pública (4). Preferimos, de nossa parte, registrar quatro fases distintas: da absoluta irresponsabilidade civil do Poder Público passou-se à fase da responsabilidade subjetiva, em que predominava o elemento culpa, por isso denominada de fase civilística; na 3.ª fase, tivemos a responsabilidade com base na idéia denominada de "faute du service", dos franceses, na qual se deu a publicização da culpa; finalmente, na 4.ª fase, chegou-se à responsabilidade objetiva, em que pouco importa a culpa, exigindo-se, apenas, o fato donexo causal entre o dano e o ato do agente (5).

Examinemos, ainda que em apertada síntese, essas quatro fases.

2.1. *1.ª fase: da irresponsabilidade*

Essa fase traduz uma "noção de fundo essencialmente absolutista", lembra AGUIAR DIAS (6). Leciona GEORGES VEDEL que "a idéia segundo a qual o Poder Público deve responder pelos danos que cause, por mais natural que nos pareça, não se instalou sem encontrar resistência. Na origem ela se chocava com o princípio segundo o qual o Estado, sendo soberano, não podia causar males, ao menos quando agia por via de auto-

(2) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, ed. Rev. dos Tribunais, 1980, pp. 252/253. Acrescenta CELSO ANTÔNIO: "um dos pilares do moderno direito constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-la."

(3) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 1954, II/564.

(4) HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 620.

(5) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *ob. e loc. cit.* menciona que, do princípio da irresponsabilidade do Estado, que vigia na origem do direito público em geral, passou-se ao princípio da responsabilidade, a partir do famoso aresto Blanco, do Tribunal de Conflitos, de 1-2-1873. Tivemos, em seguida, a responsabilidade subjetiva do Estado, sem necessidade, entretanto, de ser identificada a culpa individual, passando-se, depois, à responsabilidade objetiva.

(6) JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, Forense, 4ª ed., 1960, p. 607.

ridade" (7). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, dissertando sobre o tema, lembra a frase de LAFERRIÈRE, segundo a qual "o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação" (8), o que dá bem a medida das fórmulas regalengas da irresponsabilidade civil do Estado: "The King can do no wrong", versão inglesa do "Le roi ne peut mal faire", dos franceses. Conforme afirmamos, na Inglaterra e nos Estados Unidos, até há pouco, essa irresponsabilidade civil do Poder Público dos tempos medievais ainda vigia, tendo desaparecido em decorrência do "Crown Proceedings Act", de 1947 (Inglaterra). e em virtude do "Federal Tort Claims Act", de 1946 (Estados Unidos).

Todavia, mesmo no tempo em que predominava o princípio da irresponsabilidade civil do Estado, cumpre registrar, não ficavam os indivíduos a descoberto de qualquer proteção, por isso que, "em atuando os agentes públicos com dolo ou culpa, estes responderiam, individualmente, por seus atos, mesmo quando no exercício de cargo público. Isso porque, em violando o direito, não agiam em nome do Estado, como seu preposto, mas em nome próprio" (9).

Nessa linha, lembra AGUIAR DIAS, PAUL DUEZ menciona que, "já vigente a Constituição do ano VIII, os particulares não tinham à sua disposição senão procedimento fundado na responsabilidade pecuniária pessoal dos agentes perante os tribunais judiciários". Mas "a autorização para a demanda era manejada como processo governamental e que freqüentemente, como hoje, o funcionário era insolúvel" (10).

2.2. 2.ª fase: Da responsabilidade: a doutrina civilista

Na França, a dicotomia dos chamados atos de império e atos de gestão teria, menciona WILSON MELO DA SILVA, invocando lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (11), "implicado aquela brecha que se abriu na cidadela da absoluta irresponsabilidade estatal" (12). Tratando-se de atos de gestão e não de império, admitia-se a responsabilidade civil da administração, no caso de culpa do agente público. Deu-se, assim, o primeiro passo para a responsabilidade integral do Estado (13).

(7) GEORGES VEDEL e PIERRE DELVOLVÉ, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, 9ª ed., 1984, pp. 448-449.

(8) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 256.

(9) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, 1974, II/479.

(10) PAUL DUEZ, *La Responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contrat)*, Paris, 1937, Introdução, p. VIII. Apud AGUIAR DIAS, ob. cit., II/607.

(11) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Forense, 1961, I/466, n.º 116.

(12) WILSON MELO DA SILVA, *Da Responsabilidade Civil Automobilística*, Saraiva, 3ª ed., 1980, p. 222.

(13) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 479.

Verifica-se, pois, que a responsabilidade do Poder Público assentava-se na teoria subjetiva do direito civil. Vale dizer, somente no caso de o agente público ter procedido com culpa, na gestão da Administração Pública, é que poderia surgir a possibilidade de o Estado ser responsabilizado civilmente.

2.3. 3.^a fase: A publicização da culpa: a teoria da culpa administrativa ou da "faute du service" dos franceses

A 3.^a fase coincide com a idéia do Estado de direito e no acolhimento da tese de que a distinção entre atos de império e atos de gestão não tem visos de cientificidade e, por ser sibilina, é de difícil conceituação prática. Teve atuação importante, na publicização da culpa, o Conselho de Estado francês, já que a teoria da "faute du service", ou da *culpa do serviço*, é criação da jurisprudência daquele Conselho, informa PAUL DUEZ, ao escrever que "a responsabilidade da Administração se desenvolve, a título principal, no quadro jurídico da culpa, para resultar em teoria autônoma, da "falta do serviço público", cujos traços o Conselho de Estado cada dia mais acentua e precisa" (14). A teoria da falta do serviço, com feição autônoma, tem, como característica, ensina AGUIAR DIAS, com base em PAUL DUEZ, quatro pontos essenciais:

a) a responsabilidade do serviço público é uma responsabilidade primária, no sentido de que a responsabilidade do Poder Público não decorre da relação preponente-preposto, ou patrão-empregado;

b) a falta do serviço público não depende de falta do agente, mas do funcionamento defeituoso do serviço, do qual decorre o dano. Esse critério foi aplicado na célebre decisão do Conselho de Estado, de 3 de fevereiro de 1911. O caso é interessante e merece ser recordado. Anguet, cidadão francês, foi postar uma carta na repartição dos Correios. Enquanto o fazia, a agência encerrou o expediente e cerrou suas portas. Anguet, então, teve que retirar-se pela sala dos carteiros, com os quais teve um incidente e foi por eles empurrado para fora da sala. Nessa operação, Anguet tropeçou num ressalto que havia no piso e fraturou a perna. Ajuizou ele, então, ação de indenização contra o Estado. O Conselho de Estado decidiu assim, descreve AGUIAR DIAS: "estabeleceu a existência da falta do serviço público, demonstrando o seu mau funcionamento e apontando as faltas anônimas que o revelavam. Verificou-se que alguém, para apressar a hora do fechamento, adiantou o relógio da repartição, coisa que não poderia suceder em serviço bem organizado. Assinalou a existência de um ressalto na porta, causa imediata do acidente. Ora, numa agência materialmente bem aparelhada, tal defeito não deveria se apresentar. Portanto, havia falta do serviço, sem indagar quem teria adiantado o relógio, quem ordenara o estabelecimento do ressalto ou quem o tolerava. O Conselho de Estado fixava, então, que, não obstante a responsabilidade pessoal dos agentes autores da violência contra a vítima, o acidente deveria ser imputado ao mau funcionamento do serviço público".

(14) PAUL DUEZ, *ob. e loc. cit.*

c) o fato gerador da responsabilidade é a *falta do serviço*, não o fato do serviço;

d) o defeito do serviço que implica responsabilidade deve ser examinado tendo em vista o serviço, o lugar e as circunstâncias (15).

Em síntese, a “faute du service”, ou a culpa do serviço, ou a falta do serviço, ocorre quando o serviço público “não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado”. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva (16).

Para HELY LOPES MEIRELLES, a teoria da culpa administrativa se identifica “no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública”, representando “o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço-culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro” (17).

A culpa administrativa, bem se viu, não se relaciona com a culpa individual do agente público que causa o dano. Ao contrário, ela é do próprio serviço público, é uma *culpa anônima*, na maioria das vezes, caso em que somente o Poder Público responde civilmente pelo dano. A culpa individual, de outro lado, é, simplesmente, uma espécie de “faute du service”, a gerar obrigação de o Poder Público compor o dano. Nesta última hipótese, tem-se responsabilidade solidária. Vale dizer, tanto o Estado quanto o agente causador do dano respondem civilmente. Resumindo: a “faute du service” embasa-se ou na culpa individual do agente causador do dano, ou na culpa do próprio serviço, culpa anônima, já que não é possível individualizá-la. Vale, nesta hipótese, a lição sempre atual de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, a dizer que “cabe, neste caso, à vítima comprovar a não prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo. Evolve, todavia, para a culpa presumida, ressalvada, no entanto, sempre a comprovação de que o serviço funcionou regularmente, de forma normal, correta” (18).

2.4. 4.ª fase: responsabilidade objetiva

A teoria do risco administrativo fez surgir a responsabilidade objetiva do Estado. Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como conseqüência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação

(15) AGUIAR DIAS, ob. cit., pp. 609-611.

(16) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 257.

(17) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 621.

(18) OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 483.

de causalidade entre o dano e o ato do agente público, por isso que, “desde que se positive, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação. Não deve um cidadão sofrer as conseqüências do dano. Se o funcionamento do serviço público, independentemente da verificação de sua qualidade, teve como conseqüência causar dano ao indivíduo, a forma democrática de distribuir por todos a respectiva conseqüência conduz à imposição à pessoa jurídica do dever de reparar o prejuízo, e, pois, em face de um dano, é necessário e suficiente que se demonstre o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o prejuízo causado”, ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁽¹⁹⁾, com apoio em AMARO CAVALCANTI⁽²⁰⁾, PEDRO LESSA⁽²¹⁾, AGUIAR DIAS⁽²²⁾, OROZIMBO NONATO⁽²³⁾ e MAZEAUD et MAZEAUD⁽²⁴⁾. A lição embasa-se, na verdade, na doutrina mais atual, inegavelmente a melhor. Lê-se em PEDRO LESSA: “desde que um particular sofra um prejuízo, em conseqüência do funcionamento (regular ou irregular, pouco importa) de um serviço organizado no interesse de todos, a indenização é devida. Aí temos um corolário lógico do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”⁽²⁵⁾.

O *doyen honoraire* da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris, GEORGES VEDEL, ensina que o dano causado pela Administração ao particular “é uma espécie de encargo público que não deve recair sobre uma só pessoa, mas que deve ser repartido por todos, o que se faz pela indenização da vítima, cujo ônus definitivo, por via do imposto, cabe aos contribuintes”⁽²⁶⁾. RENATO ALESSI, citado por SEABRA FAGUNDES, esclarece que “o fundamento ético e teórico da indenização é buscado, com acerto, pela maioria, em um princípio de justiça distributiva, segundo o qual o ônus necessário para a obtenção de uma utilidade coletiva deve distribuir-se proporcionalmente entre todos os membros da coletividade e não recair todo ele sobre um só, ou seja, que “todo sacrifício suportado (e aqui está citando Gabba) por um cidadão em seus bens além daquilo com que ele contribui para a sociedade em virtude de uma lei geral tributária deve ser compensado pelo erário”⁽²⁷⁾. Para DUGUIT, a atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade; as cargas que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se, da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não exista culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado é, de um

(19) CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. cit., I/467, n.º 116.

(20) AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade Civil do Estado*, pp. 271 e segs.

(21) PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 165.

(22) AGUIAR DIAS, ob. cit., n.º 210.

(23) OROZIMBO NONATO, voto em *DJ*, de 2-2-43, p. 602.

(24) MAZEAUD et MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, I, n.º 81, p. 78.

(25) PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, pp. 163 e 165.

(26) GEORGES VEDEL, ob. cit., p. 502.

(27) RENATO ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, versão espanhola de Buenaventura Pellisé Prats, pp. 489/490. Apud SEABRA FAGUNDES, “Responsabilidade do Estado-Indenização por Retardada Decisão Administrativa”, *RDP*, 57-58/7, 16.

certo modo, assegurador daquilo que se denomina, freqüentemente, de risco social, ou o risco resultante da atividade social traduzida pela intervenção do Estado⁽²⁸⁾. AMARO CAVALCANTI, em página atualíssima, defendeu a responsabilidade sem culpa, com base na teoria do risco, escrevendo: “assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado, a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari*”⁽²⁹⁾.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao examinar o fundamento da responsabilidade do Estado, não obstante entender que ele se biparte — pois, “no caso de comportamentos ilícitos, comissivos ou omissivos, o dever de reparar o dano é contrapartida da violação da legalidade” —, não destoa da opinião dos doutrinadores acima exposta, no que concerne aos atos lícitos, caso em que “o fundamento da responsabilidade estatal é a idéia de igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”, repartindo-se os “ônus provenientes dos atos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião do exercício de atividade desempenhada no interesse de todos”⁽³⁰⁾.

3. O risco administrativo e o risco integral

Autores há que distinguem o risco administrativo do risco integral. A teoria do risco administrativo, de cunho objetivo, não chega, todavia, aos extremos do risco integral⁽³¹⁾. Esta última, a do risco integral, que JEAN DEFROIDMONT⁽³²⁾ denominou de “brutal”, e que não admite temperamentos, não admite indagação a respeito da “culpa ou não culpa da vítima na produção do evento, o que tornaria a indenização total, vale dizer, verdadeiramente “brutal” ou iníqua”⁽³³⁾. Já a teoria do *risco administrativo*, não obstante o seu caráter objetivo, admite abrandamentos, vale dizer, a culpa da vítima, desde que comprovada, influi “para minorar ou mesmo para excluir a responsabilidade civil do Estado”, preleciona WILSON MELO DA SILVA, com apoio em PAUL DUEZ e AGUIAR DIAS⁽³⁴⁾. No mesmo sentido o magistério de HELY LOPES MEIRELLES⁽³⁵⁾.

(28) LEÓN DUGUIT, *Las Transformaciones del Derecho Público*, 2ª ed., Madrid, 1926, pp. 306 e ss.

(29) AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade Civil do Estado*, Rio, 1905, p. XI. Apud AGUIAR DIAS, ob. cit., p. 628.

(30) CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 260.

(31) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 622.

(32) JEAN DEFROIDMONT, *La Science du Droit Positif*, p. 339.

(33) WILSON MELO DA SILVA, ob. cit., p. 224; HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 622.

(34) WILSON MELO DA SILVA, ob. cit., p. 225.

(35) HELY LOPES MEIRELLES, ob. e loc. citis.

BANDEIRA DE MELLO, o pai, e CELSO ANTÔNIO, o moço, parecem não comungar desse entendimento. A culpa da vítima exclui a responsabilidade do Poder Público, “nos casos em que a responsabilidade se assenta em culpa ou falta de serviço”. Entretanto, se a responsabilidade estatal for objetiva, com base na teoria do risco administrativo, “a culpa da vítima não é excludente da responsabilidade pública”, pelo que seria inútil “pretender provar culpa do lesado”⁽³⁶⁾. Leciona CELSO ANTÔNIO, entretanto, que a força maior exclui a responsabilidade estatal. Assim, se o ato lesivo decorreu “de acontecimento imprevisível, irresistível, proveniente de força exterior ao Estado, qual a da natureza, por exemplo”, não há falar em responsabilidade do Poder Público⁽³⁷⁾.

4. *A responsabilidade civil do Estado no Brasil*

No Brasil, a tese da irresponsabilidade civil do Estado jamais teve guarida. A Constituição imperial de 1824 estabelecia, no seu art. 179, item 29, o princípio da responsabilidade dos agentes públicos “pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. Apenas o Imperador era irresponsável, conforme dispunha o art. 99 da mesma Constituição, a dizer: “a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma”. No ponto, tinha aplicação, no Brasil, a fórmula inglesa do “the king can do no wrong”. A Constituição republicana de 1891, no seu art. 82, prescreveu, de igual modo, que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

Acolhendo a doutrina da responsabilidade com culpa, o Código Civil brasileiro, vigente a partir de 1917, no seu art. 15 estatuiu que “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

De um certo modo equívoco, o dispositivo acima transcrito, art. 15 do Código Civil, ensejou divergência na sua interpretação. Muitos viram nele admitida, em certos casos, a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco administrativo⁽³⁸⁾. O art. 15 do Código Civil, entretanto, “nunca admitiu”, leciona HELY LOPES MEIRELLES, “a responsabilidade sem culpa, exigindo, sempre e em todos os casos, a demonstração desse elemento subjetivo, para a responsabilidade do Estado”⁽³⁹⁾.

(36) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 260; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 483.

(37) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ob. e loc. citis.

(38) OROZIMBO NONATO, voto, em DJU, de 2-2-1943; NOÉ AZEVEDO, RT, 50/293; PEDRO LESSA, RT, 63/345; FILADELFO AZEVEDO, DJU, de 17-6-1943.

(39) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 624.

A Constituição de 1934, art. 171, não inovou, no particular, apenas cuidando da responsabilidade solidária da Fazenda Pública e do servidor culpado. A Carta Política de 1937 adotou critério igual, no art. 158.

Inovação importante, contudo, veio com a Constituição de 1946, art. 194, que, acolhendo a teoria do risco administrativo, revogou, em parte, o art. 15 do Código Civil. O preceito constitucional foi repetido na Constituição de 1967, art. 105, e na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 107. Dispõe este último, art. 107 e seu parágrafo único:

“*Art. 107* — As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único — Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

Escrevendo sob o pálio da Constituição de 1946, lição repetida já na vigência da Constituição de 1967, lecionou SEABRA FAGUNDES:

“84 — Para que houvesse responsabilidade da Fazenda Pública, com base no direito anterior à atual Constituição, era preciso que se somassem as seguintes condições:

a) ter o representante praticado o ato no exercício da função ou a pretexto de exercê-la;

b) ser ilegal o ato por omissão de dever expressamente prescrito, ou por violação ativa do direito;

c) do ato advir dano a alguém.

Do segundo desses requisitos já não é de cogitar, em face do art. 105 da Constituição atual (art. 107). Adotada, como foi nesse texto, a teoria do risco criado, já não importa a ilegalidade do ato, conquanto, via de regra, a responsabilidade decorra de atos ilegais. Desde que haja um dano, haverá lugar à indenização, resulte este de violação da lei ou não. Salvo, é claro, as exceções que possam ter raízes na própria Constituição” (40).

Não há mais que discutir, portanto, quanto à possibilidade da responsabilidade objetiva da Administração Pública. O que pode ser questionado, lembra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é se o art. 107 da Constituição “apenas agasalha a responsabilidade objetiva, tornando-a suscetível de ser aplicada em alguns casos, de par com a responsabilidade subjetiva, cabível em outros tantos, ou a responsabilidade objetiva tornou-se regra irrecusável na generalidade dos casos” (41). O eminente CAIO TÁCITO

(40) SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, 4ª ed., 1967, p. 188.

(41) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, p. 266.

sustentou o primeiro entendimento" (42), mas em sentido oposto situa-se praticamente a unanimidade dos autores. No que tange aos atos lícitos, que causam prejuízos aos administrados, cabe a responsabilidade objetiva. Do mesmo modo, quando os danos são oriundos do *fato das coisas*, mesmo se devidos a casos fortuitos. Mas há, também, "largo campo para a responsabilidade subjetiva, no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente", registra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (43).

4.1. *A responsabilidade civil objetiva com base no risco administrativo: a culpa da vítima.*

A esta altura desta exposição, acho que devemos voltar ao tema — a teoria do risco administrativo, ao contrário do risco integral, não obstante o seu caráter objetivo, admitiria abrandamentos, tendo em vista a culpa da vítima? Noutras palavras, cumpre perquirir se a disposição inscrita no art. 107 da Constituição autoriza interpretação no sentido de que a culpa da vítima, desde que comprovada, influi "para minorar ou mesmo para excluir a responsabilidade civil do Estado", tal como preleciona WILSON MELO DA SILVA (44).

Penso que sim.

Tento justificar o meu entendimento.

O texto, art. 107 da Constituição, consagra, em verdade, a teoria do risco administrativo. Ao fixar, entretanto, a responsabilidade estatal com base nessa teoria, a do risco administrativo, exige a existência do fato do nexa causal entre o dano e o ato do agente público. Deve haver, portanto, a conjugação de causa e efeito entre o ato do agente público e o dano, vale dizer, duas condições devem ser satisfeitas: a) a prática de um ato por agente público; b) o fato do nexa causal entre o referido ato e o dano. Ora bem. Se o ato do agente público foi praticado em razão de culpa ou dolo do particular, afasta-se a relação de causa e efeito entre o ato funcional e o dano. Porque o ato apenas na forma é do agente público. Substancialmente, decorre ele do ato do particular que o fez surgir em razão de um comportamento contrário ao direito, porque decorrente da culpa ou dolo. O dano, em tal caso, não é efeito de um ato funcional, em substância, mas do ato do próprio particular, que a ele deu causa. Daí por que a culpa ou o dolo do particular influi para atenuar ou até mesmo para excluir a responsabilidade civil do Estado.

Essa é a opinião do Ministro EDUARDO RIBEIRO, do TFR, ao lecionar que é "inaceitável a chamada doutrina do risco integral, incompatível

(42) CAIO TACTO, *RDA*, 55/262.

(43) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *ob. cit.*, p. 267.

(44) WILSON MELO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 225.

com os princípios gerais que regem a matéria e que ensejam soluções injustas e contrárias ao bom senso, sobre gerar perplexidades”, e que “a chamada doutrina do risco administrativo pretende, igualmente, filiar-se à teoria objetiva”, admitindo, “entretanto, que a responsabilidade do Estado possa ser afastada desde que evidenciado haver o evento lesivo resultado de culpa exclusiva da vítima”, como também “aceita, de outra parte, possa ser diminuída a reparação em virtude da demonstração de que houve concorrência de culpa.” Referindo-se, especificamente, ao art. 107 da Constituição, o festejado magistrado conclui por afirmar que o texto constitucional consagrou a teoria do risco administrativo (45).

4.2. A posição da jurisprudência

É nesse sentido, aliás, a jurisprudência. No RE n.º 68.107-SP, Relator o Ministro THOMPSON FLORES, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Responsabilidade civil. Ação contra a União Federal. Culpa parcial da vítima. Redução da indenização.

.....
II — A responsabilidade objetiva, inculpada no art. 194 e seu parágrafo da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts. 105/107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado.

III — Invocada pela ré a culpa da vítima, e provado que contribuiu para o dano, autoriza seja mitigado o valor da reparação. Precedentes. Voto vencido. Recurso não conhecido” (46).

Extrai-se do voto do Ministro THOMPSON FLORES, Relator:

“... embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir os excessos e a própria injustiça.

Não obrigou, é certo, à vítima e aos seus beneficiários, em caso de morte, a prova da culpa ou dolo do funcionário, para alcançar indenização. Não privou, todavia, o Estado do propósito de eximir-se da reparação, que o dano defluía do comportamento doloso ou culposo da vítima.

A *contrario sensu*, seria admitir a teoria do risco integral, forma radical que obrigaria a Administração a indenizar sempre,

(45) EDUARDO ANDRADE RIBEIRO DE OLIVEIRA, “Responsabilidade Civil do Estado”, in *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal*, nº 13, pp. 165, 169 e 170.

(46) RTJ, 55/50.

e que, pelo absurdo, levaria JEAN DEFROIDMONT (*La Science du Droit Positif*, p. 339) a cognominar de brutal”.

.....
“Dessarte, admitindo o aresto impugnado a concorrência de culpa entre o servidor da União e a vítima, longe de negar vigência ao art. 194 e seu parágrafo da Constituição Federal, então vigente, deu-lhe correta exegese, considerando a tese insuscetível, nesse passo, de qualquer reparo” (47).

No mesmo sentido o voto do Ministro ELOY DA ROCHA, a dizer que
“... Nenhuma dúvida há de que essa responsabilidade do Estado não se condiciona à culpa ou dolo do agente causador do dano. O dolo ou a culpa deste só pode interessar, nas relações entre o Estado e o funcionário, para a ação regressiva. Outra questão é a da existência de culpa da vítima, que pode ser exclusiva, ou não.

O acórdão recorrido considerou a culpa da vítima, para atenuar a responsabilidade do Estado. Certo, se houvesse culpa exclusiva da vítima, não responderia o Estado. Caracterizada a culpa parcial da vítima, a decisão admitiu a atenuação da responsabilidade do Estado. Essa interpretação do preceito constitucional não importou negativa de sua vigência” (48).

Outro não foi o entendimento do Tribunal Federal de Recursos, nas AA.CC. n.º 35.371-MG, 35.012-RS, 51.448-SC, 34.825-RS, 45.061-RJ e 33.352-PR, todas por mim relatadas (49). O voto desta última deu-me a honra o eminente WILSON MELO DA SILVA de transcrevê-lo no seu livro retrocitado (50).

No RE n.º 74.554-PR, Relator o Ministro RODRIGUES ALCKMIN, o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir no mesmo sentido, vale dizer, distinguindo entre as teorias do risco administrativo e do risco integral, certo que, sob o ponto de vista da primeira, provado que o fato decorreu de culpa ou dolo do lesado, não cabe ao Estado indenizar (51).

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA reconhece “que a jurisprudência tem consagrado a teoria do risco administrativo e não do integral (a culpa exclusiva da vítima a excluiria), da causalidade, no tocante à prática do ilícito danoso por agentes das pessoas administrativas públicas” (52).

(47) *RTJ*, 55/52-53.

(48) *RTJ*, 55/53.

(49) *DJ*, de 2-3-79, *DJ*, de 19-9-79, *DJ*, de 12-3-80, *DJ*, de 26-4-79, *DJ*, de 30-5-79 e *DJ*, de 30-5-79.

(50) WILSON MELO DA SILVA, *Da Responsabilidade Civil Automobilística*, Saraiva, 3ª ed., 1980, pp. 229/233.

(51) RE 74.554-PR, Relator Min. Rodrigues Alckmin, *RTJ*, 71/99.

(52) SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *Direito Administrativo Didático*, Forense, 3ª ed., 1985, p. 280.

5. *A responsabilidade patrimonial do servidor público: a ação regressiva*

Estabelece a Constituição, no parágrafo único do art. 107, que “cabera ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de dolo ou culpa”. Aqui, como na cabeça do art. 107, funcionário quer dizer agente público, nas suas diversas espécies. A ação regressiva tem cabimento, portanto, no caso de a pessoa pública ter sido condenada a indenizar em razão de ato lesivo praticado pelo agente público por dolo ou culpa. O Código de Processo Civil, art. 70, III, dispõe que a denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda. Entendo que, ajuizada a ação de indenização, por responsabilidade civil, contra o Poder Público, deve este denunciar a lide ao seu preposto causador do dano. Feita a denunciação, prosseguem as duas demandas: a principal, entre o autor e a pessoa pública, e a acessória, entre a pessoa pública e o seu preposto, certo que a sentença que julgar procedente a ação declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo, estabelece o art. 76 do mesmo estatuto processual. A um só tempo, pois, teríamos resolvido o problema, sem prejuízo para o autor da demanda principal. Convém acentuar, também, que o denunciado teria sempre interesse em participar dessa demanda, pois, comumente, o autor, embora desnecessária a prova da culpa da pessoa pública, insiste em fazê-la, principalmente nas questões de responsabilidade civil automobilística. Importante, pois, a participação do preposto, pois essa prova influenciará na decisão a ser proferida na ação regressiva. De outro lado, ao preposto interessaria a culpa do particular, pois, elidida a responsabilidade da pessoa pública, elidida estaria, em consequência, a sua. A denunciação não causaria, ao que penso, prejuízo ao direito do autor da demanda. Nesse sentido, aliás, já decidiu o Tribunal Federal de Recursos (53). O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não tem entendido da mesma forma, decidindo a Corte Suprema que a ação de indenização, fundada em responsabilidade objetiva do Estado, por ato de funcionário (Constituição, art. 107 e parágrafo único), não comporta obrigatoriedade de denunciação a este, na forma do art. 70, III, do Código de Processo Civil, para apuração de culpa, desnecessária à satisfação do prejudicado (54).

6. *Exclusão da responsabilidade do Poder Público: atos de terceiro, acontecimentos imprevisíveis, fenômenos naturais, atos omissivos*

(53) Ag. nº 41.310, Rel. Min. Evandro Gueiros, RDA, 147/203.

(54) RE nº 93.880-RJ, Rel. Ministro Décio Miranda, RTJ, 100/1352. RE número 95.091-RJ, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, RTJ, 106/1054. LUCY SIMONE MACKAY DUBUGRAS, advogada gaúcha, dissertando sobre o tema, invoca o art. 70, III, CPC, para concluir que se justifica, “agora, a citação do funcionário pelo Estado, para o fim de na sentença se poder apreciar a responsabilidade, por culpa ou dolo, do agente público, facultando-se, assim, a esse último, a possibilidade de ressarcimento, pela forma estabelecida no art. 76, CPC (v. Ac. Un. da 3ª Câm. Civ., TA/RGS, na Ap. Civ. 24.668, de 15-4-81, in *Julgados*, 39/302.” “Responsabilidade Civil do Estado”, in *Rev. da Proc.-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 12, nº 34, 1982, pp. 59, 70.

A responsabilidade objetiva do Estado abrange, apenas, os atos praticados pelos agentes públicos. Se o ato é de terceiro, exclui-se a responsabilidade objetiva⁽⁵⁵⁾, da mesma forma que esta é excluída quando o evento lesivo resulta de acontecimento imprevisível, proveniente de força exterior ao Estado, qual, por exemplo, a da natureza⁽⁵⁶⁾. Se a responsabilidade objetiva abrange, apenas, os atos praticados pelos agentes públicos, segue-se que não há falar em responsabilidade do Estado, com base no risco administrativo, “por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares”. Em tais casos, é necessária a prova da culpa da Administração⁽⁵⁷⁾. Relembre-se, também, a opinião de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que é também de CELSO ANTÔNIO, no sentido de que a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco, pressupõe ação positiva da pessoa pública, assim ato comissivo. A omissão negativa não se inclui na teoria do risco-proveito, certo que a “responsabilidade do Estado por omissão só pode ocorrer na hipótese de culpa anônima, da organização e funcionamento do serviço, que não funciona ou funciona mal ou com atraso, e atinge os usuários do serviço ou os nele interessados”⁽⁵⁸⁾.

EDMIR NETTO DE ARAÚJO, dissertando sobre as causas excludentes da responsabilidade pública, escreve que “entre as hipóteses que podem determinar a exclusão da responsabilidade estatal costumam ser, na doutrina em geral, destacadas as seguintes: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade”⁽⁵⁹⁾.

7. A responsabilidade civil das empresas estatais

A responsabilidade civil das empresas públicas e das sociedades de economia mista, para muitos, é a do direito comum e não a do art. 107 da Constituição⁽⁶⁰⁾. Outros autores, entretanto, tendo em vista a distinção entre sociedades prestadoras de serviço público e sociedades de exploração privada do domínio econômico pelo Estado⁽⁶¹⁾, ou empresas instituídas “para fins inconteste de descentralização de um serviço público e em meios de exploração econômica de natureza privada”, entendem que, quanto às

(55) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 627.

(56) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 259.

(57) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., pp. 627/628.

(58) O. A. BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 487; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pp. 267/268.

(59) EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdiccional*, Ed. Rev. dos Tribs., 1981, pp. 35/40.

(60) SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, “As Empresas do Estado no Direito Brasileiro”, em *Arquivos do Ministério da Justiça*, abril-junho de 1979, n.º 150, p. 68; *Direito Administrativo Didático*, For., 3ª ed., 1985, p. 281. ROBERTO ROSAS, “Limites da presença do Estado na Economia: a atuação da empresa pública”, em *Cadernos de Direito Econômico*, n.º 1, Edt. Resenha Tributária, São Paulo, 1983, pp. 247/274.

(61) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª tiragem, Ed. Rev. dos Tribs., p. 9.

primeiras, “não é lícito ao Estado fugir inteiramente ao risco estatuído no art. 107 da Constituição Federal através da porta larga da descentralização de seus serviços administrativos, com a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, mesmo dando forma característica de direito privado a tais entidades”⁽⁶²⁾. No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES, ao se referir a pessoas físicas e jurídicas que exerçam funções públicas delegadas, sob a forma de entidades paraestatais, ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos⁽⁶³⁾. É esse o entendimento que perfilhamos, acrescentando que o mesmo deve ser dito em relação às fundações de direito público, espécie do gênero autarquia, que está sujeita ao regime desta em tudo e por tudo.

8. *A responsabilidade civil do Estado por ato legislativo*

Não há responsabilidade do Estado em virtude de lei em tese, por isso que a norma, sendo abstrata e geral, atua sobre todos. Deve-se, entretanto, distinguir a lei em sentido material — esta, sim, incapaz de produzir danos individuais, por genérica e abstrata — da lei apenas em sentido formal, materialmente ato administrativo, que, em causando dano, implica responsabilidade civil do Estado, por isso que, segundo PAUL DUEZ, invocado por AGUIAR DIAS, “o simples fato de emanar do Parlamento a lei não é razão suficiente para subtrair um ato ao princípio de responsabilidade do Poder Público”⁽⁶⁴⁾. De outro lado, a lei nula, inconstitucional, que ofende direito individual, gera obrigação decorrente de responsabilidade civil, na lição de J. GUIMARÃES MENEGALE⁽⁶⁵⁾.

9. *A responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, por isso que o ato jurisdicional é emanção da soberania estatal. Destarte, se o juiz demora a decidir uma causa, responde ele, civilmente, pessoalmente, na hipótese de dolo ou fraude, ou, ainda, quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (CPC, art. 133; Lei

(62) GERALDO PELTIER BADU, “Responsabilidade Civil das Empresas Estatais e de seus Dirigentes”, *Rev. de Direito Civil*, pp. 11/107.

(63) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 626. TOSHIO MUKAY escreve que “se, teoricamente, não se poderia fugir da extensão da teoria da responsabilidade objetiva às empresas públicas, *lato sensu*, porquanto, tal como as concessionárias, são prestadoras de serviços públicos (industriais ou comerciais), mesmo diante do texto expresso da Constituição brasileira vigente essa tese é válida, desde que se admita, como o fazemos (e demonstramos no subitem 2.2 do Capítulo II), que tais empresas são pessoas jurídicas de direito público, não obstante sua rotulação legal diversa”. TOSHIO MUKAY, *Direito Administrativo e Empresas do Estado*, Forense, 1984, p. 301.

(64) PAUL DUEZ, ob. cit., p. 96; AGUIAR DIAS, ob. cit., p. 676.

(65) J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, p. 106; AGUIAR DIAS, ob. cit., p. 679.

Complementar n.º 35, de 1979, art. 49). Em tema criminal, prevalece o art. 630 do Código de Processo Penal, que prevê responsabilidade civil do Estado em virtude de erro judiciário, responsabilidade civil que surge com a revisão criminal que reconhece o referido erro.

No RE n.º 32.518-RS, Relator p/acórdão o Sr. Ministro VILAS BOAS, vencidos os Ministros Aliomar Baleeiro e Adalício Nogueira, a Corte Suprema decidiu assim:

“1) Ação criminal privada. Demora no seu andamento.

2) A atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar a responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos legais reguladores da espécie.

3) Extraordinário conhecido e provido” (66).

No mesmo sentido, no RE n.º 70.121-MG, Relator para o acórdão o Ministro DJACI FALCÃO. Nesse julgamento, ficaram vencidos os Ministros Aliomar Baleeiro, Bilac Pinto e Adalício Nogueira. O eminente Relator para o acórdão, Ministro DJACI FALCÃO, acentuou, em trecho do seu voto, após transcrever o art. 107 e o seu parágrafo único da Constituição:

“Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação é assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte.

Assim é fora de dúvida a responsabilidade do Estado, em razão de danos causados por funcionários administrativos. Porém, quando se cogita da responsabilidade do Estado em virtude de ato jurisdicional, a *quaestio juris* assume feição polêmica na doutrina e mesmo na jurisprudência. No caso concreto, como ficou explícito no relatório, as decisões nas instâncias ordinárias seguiram a diretriz predominante na jurisprudência pátria, ou seja, de que a responsabilidade do Estado por ato judicial somente se verifica quando prevista em lei, como se dá na hipótese da revisão criminal julgada procedente e em que se reconhece ao interessado o direito à indenização pelos prejuízos sofridos (§ 1.º do art. 630 do Código de Processo Penal). Ademais, o acórdão recorrido acentuou a responsabilidade pessoal do juiz prevista no art. 121, do Código de Processo Civil” (67).

Procurando atacar de frente o voto do Ministro Baleeiro, que entendia aplicável, tratando-se de ato jurisdicional, a responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 107), acrescentou o Ministro DJACI FALCÃO:

(66) RE n.º 32.518-RS, RTJ, 39/190; RDA, 90/140.

(67) RE n.º 70.121-MG, Rel. p/acórdão o Sr. Min. Djaci Falcão, RTJ, 64/689.

“Tenho como ponderáveis as considerações aduzidas pelo eminente relator do presente recurso, sobretudo quando reconheço o alargamento do conceito da responsabilidade civil do Estado e, por outro lado, vejo o irrealismo da responsabilidade civil do Juiz (art. 121 do C. Proc. Civ.). Tenho-as como úteis ao direito *constituendo*” (68).

A opinião de HELY LOPES MEIRELLES é coincidente com a doutrina exposta nos acórdãos mencionados. Esse eminente tratadista entende que “o ato judicial típico, que é a sentença, não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese única do art. 630 do Código de Processo Penal, uma vez obtida a revisão criminal”. Afirma LOPES MEIRELLES que essa é a doutrina tradicional no direito brasileiro e de igual modo é a jurisprudência (69).

Diverge, porém, com temperamentos, JUARY C. SILVA, em minucioso trabalho que escreveu, que merece ser lido (70).

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, após exaustiva pesquisa doutrinária e jurisprudencial, conclui por sustentar “a tese da responsabilidade do Estado por atos judiciais, em sentido amplo”, fundamentando-se “em princípios publicísticos, que informam o moderno direito administrativo...” (71). MÁRIO MOACYR PORTO também dissertou sobre o tema, concluindo que o retardamento no andamento dos processos “ocorre, em regra, pela ocorrência ou concorrência das seguintes causas: serviço mal aparelhado e desídia do magistrado, não sendo rara a conjugação dos dois fatores negativos”. Então, se a demora corre “por conta exclusiva da negligência do juiz, a responsabilidade é do juiz, passível de sanções pecuniárias, administrativas e até penais, sem prejuízo do disposto no art. 133, II, e parágrafo único, do CPC. Se a procrastinação se dá por culpa do juiz e da “falta do serviço”, como é freqüente, responde o Estado, com ação regressiva contra o juiz negligente. Na hipótese de as autoridades incumbidas da fiscalização e correição das atividades forenses negligenciarem no desempenho das suas atribuições, haverá culpa *in vigilando*, que implica a responsabilidade do Estado e da autoridade faltosa (parágrafo único do art. 107)” (72). JOSÉ AUGUSTO DELGADO, juiz e professor, também versou o tema de maneira superior, concluindo, após laboriosas cogitações jurídicas, que “a realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição

(68) RTJ, 64/705.

(69) HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 630.

(70) JUARY C. SILVA, “Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais”, in *Rev. dos Tribs.*, 351/19, ou *Arquivos do Min. da Justiça*, dez./64, 92/35.

(71) JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais”, *Rev. Forense*, abril-junho/1970, 230/37.

(72) MÁRIO MOACYR PORTO, “Responsabilidade do Estado pelos Atos de seus Juízes”, in *Rev. dos Tribs.*, set./72, 563/9.

do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade" (73).

EDMIR NETTO DE ARAÚJO é radicalmente favorável à tese no sentido de que deve o Estado ser responsabilizado, civilmente, por danos causados ao administrado por ato jurisdicional, opinião alicerçada no direito vigente (74).

Deve-se mencionar, ainda que a vôo de pássaro, que, em alguns países, prevalece o princípio da irresponsabilidade do Estado pelos atos dos seus juizes. Assim, por exemplo, na Inglaterra, nos Estados Unidos e em Israel (75). No que tange à responsabilidade do Estado pelo erro judiciário no juízo criminal, consagram-na a Alemanha, a Bélgica, a Tchecoslováquia, a Polônia, o Chile e a Argentina, certo que a responsabilidade civil, com maior amplitude, é acolhida no Uruguai, na Colômbia, na Espanha, na França e na Itália (76).

No Brasil, quanto ao erro judiciário no juízo criminal, já mencionamos, a sua reparação é tradicional no direito pátrio (CPP, vigente, art. 630). E o juiz, no Brasil, também já vimos, pode ser responsabilizado, pessoalmente, nas hipóteses de dolo ou fraude, ou, ainda, quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (CPC, art. 133; Lei Complementar n.º 35, de 1979, art. 49). Mas a irresponsabilidade civil do Estado, pelos atos dos seus juizes, também vimos, é o que prevalece na jurisprudência da Corte Suprema. Após exaustiva pesquisa doutrinária e jurisprudencial, JOÃO SENTO SÉ informa que a tendência do direito brasileiro é no sentido de acolher a tese da responsabilidade. Escreve: "a tese da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais vem predominando na doutrina brasileira mais recente, sobretudo no tocante aos atos administrativos das autoridades judiciárias e aos atos sem a proteção da coisa julgada. Há, por vezes, pronunciamentos contrários de autores de grande nomeada (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 24.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, I/110), mas são minoritários. Já a jurisprudência, após alguns avanços admitidos antes (responsabilidade estatal por ato judicial sem força de sentença, pelos danos decorrentes de uma decisão depois reformada, e

(73) JOSÉ AUGUSTO DELGADO, "Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional", in *Rev. Jurídica Lemi*, out./83, 191/3.

(74) EDMIR NETTO DE ARAÚJO, *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*, Ed. Rev. dos Tribs., 1981.

(75) JOÃO SENTO SÉ, "Sobre a responsabilidade civil do Estado-Juiz", tese apresentada ao V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, Belo Horizonte — MG, agosto/86.

(76) JOÃO SENTO SÉ, *ob. citada*.

pela atividade jurisdicional efetuada com culpa), recuou em 1971 e perfilha ainda a tese da irresponsabilidade. A nosso ver, o princípio da responsabilidade sairá vitorioso brevemente, aceitando-se aqui certas soluções reveladas pelo direito comparado" (77).

Pessoalmente, comungamos do pensamento do eminente mestre. Também achamos que o Estado é responsável, civilmente, pelos atos dos seus juízes, não só em razão do comportamento desidioso destes, mais, e sobretudo, pelo mau funcionamento do serviço, assim em razão da falta do serviço. A questão não é, ao que penso, "de lege ferenda", "de jure constituendo", é, sim, "de lege lata", "de jure constituto".

10. Conclusão

Ao fim e ao cabo, resta-nos tirar algumas conclusões — conclusões principais — de tudo o quanto vimos de ver e mencionar. Essas conclusões podem ser assim enunciadas:

1.^a) A obrigação de reparar danos patrimoniais decorre da responsabilidade civil. Se o Estado causa danos ou prejuízos aos indivíduos, deve reparar esses danos, indenizando os prejuízos que causou.

2.^a) A evolução da responsabilidade civil do Estado passou por quatro fases distintas: da absoluta irresponsabilidade civil do Poder Público, passou-se à fase da responsabilidade subjetiva, em que predominava o elemento culpa, por isso denominada de fase civilística; na 3.^a fase, tivemos a responsabilidade com base na idéia da "faute du service", dos franceses, na qual se deu a publicização da culpa; finalmente, na 4.^a fase, chegou-se à responsabilidade objetiva, em que pouco importa a culpa, exigindo-se, apenas, o fato do nexa causal entre o dano e o ato do agente.

3.^a) A teoria do risco administrativo fez surgir a responsabilidade objetiva do Estado. Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau. Importa, sim, a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público.

4.^a) No direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos: a responsabilidade do Estado pode ser afastada se comprovada a culpa exclusiva da vítima, ou mitigada a reparação na hipótese de concorrência de culpa.

5.^a) No direito brasileiro, convive a responsabilidade civil objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não fun-

(77) JOÃO SENTO SÊ, op. cit., p. 20.

cionou, quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente.

6.^a) Cabe ação regressiva contra o servidor público, no caso de a pessoa pública ter sido condenada a indenizar em razão de ato lesivo praticado pelo servidor público por dolo ou culpa; ajuizada a ação de indenização, por responsabilidade civil, contra o Poder Público, deve este denunciar a lide ao seu preposto causador do dano. Feita a denúncia, prosseguem as duas demandas: a principal, entre o autor e a pessoa pública, e a acessória, entre a pessoa pública e o seu preposto, certo que a sentença, que julgar procedente a ação, declarará a responsabilidade do preposto, se for o caso, valendo como título executivo (CPC art. 76).

7.^a) A responsabilidade objetiva do Estado abrange, apenas, os atos praticados pelos agentes públicos. Se o ato é de terceiro, exclui-se a responsabilidade objetiva, da mesma forma que esta é excluída quando o evento lesivo resulta de acontecimento imprevisível, proveniente de força exterior ao Estado. Destarte, não há responsabilidade objetiva do Estado por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais. Em tais casos, é necessária a prova da culpa da Administração, ou da "faute du service".

8.^a) A responsabilidade civil das empresas estatais prestadoras de serviço público é objetiva, com base no risco administrativo.

9.^a) Não há responsabilidade do Estado em virtude de lei em tese, por isso que a norma, sendo abstrata e geral, atua sobre todos. Deve-se distinguir, entretanto, a lei em sentido material, incapaz de produzir danos individuais, da lei apenas em sentido formal, materialmente ato administrativo, que, em causando dano, implica responsabilidade civil do Estado.

10.^a) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei: em tema criminal, prevalece o art. 630 do Código de Processo Penal, que prevê responsabilidade civil do Estado em virtude de erro judiciário, responsabilidade civil que surge com a revisão criminal, que reconhece o referido erro. De outro lado, o juiz responderá, pessoalmente, por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte (Código de Processo Civil, art. 133; Lei Complementar n.º 35, de 1979, art. 49).

11.^a) A tendência do direito brasileiro é no sentido de acolher a tese da responsabilidade civil do Estado pelos atos dos seus juízes. Em verdade, deve o Estado ser responsabilizado, civilmente, pelos atos dos juízes, não só em razão do comportamento desidioso do magistrado, como, também, principalmente e pelo menos, em razão do mau funcionamento do serviço judiciário, ou pela "faute du service". Na primeira hipótese — comportamento desidioso do magistrado — caberá ação regressiva contra este.

Esquemas privatísticos no Direito Administrativo

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor Titular de Direito Administrativo
na Faculdade de Direito de São Paulo

SUMÁRIO

1. *Direito comum e direito administrativo*. 2. *Dualidade de jurisdição*. 3. *Esquemas de direito privado*. 4. *Plano deste trabalho*. 5. *“Regras jurídicas privatísticas”*. 6. *“Entidades privadas prestando serviços públicos”*. 7. *“Contratos privados celebrados pelo Estado”*. 8. *“Bens do Estado sob regime privado”*. 9. *“O Estado herdeiro, conforme o direito privado”*. 10. *Outros “esquemas privatísticos”*. 11. *Conclusões*.

1. *Direito comum e direito administrativo*

O *direito comum*, expressão com que se designa o *direito privado* — civil e comercial —, tem sido tomado como referencial para definir o *direito administrativo* e seus princípios, apontados como “derrogatórios” e exorbitantes do *direito comum*.

Desde Ulpiano, que dividiu o *direito* em *público* e *privado*, as divisões e subdivisões subseqüentes deram, como conseqüência, o aparecimento dos vários setores especializados, que apresentam objeto próprio, método específico, princípios informativos e institutos típicos, inconfundíveis com os paralelos, em um e outro ramo.

Nem as diversas áreas da ciência do *direito* nem “setor” algum dos conhecimentos humanos constitui círculo fechado e estanque de noções. Toda disciplina científica mantém conexões com outros setores do saber, estabelecendo-se uma “relação contínua de dependência recíproca, relação

BIBL. — JEAN WALINE, *L'application du droit privé par le juge administratif*, 1962 (tese); GOYARD, *La compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative*, 1962; J. TERCINET, *Les tribunaux judiciaires, juges de l'action administrative*, 1976; nosso *Tratado de direito administrativo*, Rio, 1972, vol. X, pp. 157, 169, nota 26, 171, 198, 199 e 200 (capítulo intitulado *Régime jurídico de direito privado, no direito administrativo*, pp. 174 a 185); ANDRÉ HAURIOU, *L'utilisation, en droit administratif, des règles et principes du droit privé*, publicado, em 1930, no *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Gény*, tome III, *Les sources des diverses branches du droit*, Paris, 1934, pp. 92-99, edição da Librairie du Recueil Sirey, traduzido para o português por Paulo da Mata Machado, em RDA, 1: 465, sob o título *Utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado*.

esta de reciprocidade e de subordinação característica do saber humano” (cf. nosso *Curso de Filosofia do Direito*, 3.^a ed., 1983, p. 77).

Quando, em 1815, na França, o Barão de Gérando inaugurou, na Faculdade de Direito de Paris, a cátedra de direito administrativo, o novo ramo do direito público começou a dar os primeiros passos, como disciplina jurídica, mas a *autonomia científica* do nosso setor da ciência do direito só ocorreu mais de meio século depois, quando, em 1873, o Conselheiro David, do Tribunal de Conflitos, julgando o caso Blanco, proclamou em voto claro que a *responsabilidade civil do Estado* é diferente da *responsabilidade civil do particular* e que, por isso, deve ser equacionada e resolvida em termos de direito público e nunca à luz do Código Napoleão, súmula do direito privado, e, pois, inaplicável ao direito público.

Aos poucos, o direito administrativo formula regras próprias, princípios informativos próprios, procurando isolar-se do direito privado, mas os resquícios deste aparecem a todo instante naquele, nos diversos capítulos, demonstrando que os setores se separam, mas se interpenetram, porque nenhum deles, como dissemos, constitui compartimento isolado.

Em 1962, na França, JEAN WALINE apresentou e defendeu tese de doutoramento, na Faculdade de Direito de Paris, comparecendo perante banca examinadora, da qual participaram Georges Vedel e Jean Rivero.

A tese, intitulada *L'application du droit privé par le juge administratif*, não publicada, em livro, mas datilografada, conforme exemplar que consultamos na casa do Professor Marcel Waline, ressalva o conceito e o alcance do direito administrativo, ao mesmo tempo que sublinha as hipóteses em que o juiz administrativo aplica, aos litígios que lhe são submetidos, *regras do direito privado*, casos concretos esses muito mais numerosos do que geralmente se imagina, de tal maneira que se torna bastante contestável a colocação tradicional que aí vê “exceções” à autonomia do direito administrativo, repelindo “em bloco” o direito privado (cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 5.^a ed., 1973, p. 58).

O que permanece verdadeiro, sem embargo da tese clássica, é que, ao contrário do juiz judiciário, magistrado do direito comum, o juiz administrativo é o único a decidir se os códigos e as leis do direito privado se aplicam a esta ou àquela matéria que caiu sob sua competência. Conforme o caso, cabe ao juiz administrativo estruturar as regras aplicáveis ou considerar inútil a derrogação das regras do direito privado (VEDEL, *Droit Administratif*, 5.^a ed., 1973, pp. 58-59).

2. Dualidade de jurisdição

A partir do caso Blanco, em 1873, o princípio fundamental da delimitação da competência fica inalterável, na França, consistindo em repartir entre o *juiz administrativo* e o *juiz judiciário* os litígios nascidos da ação administrativa, conforme sejam aplicadas *regras do direito administrativo* ou *regras do direito privado*, ou, em duas palavras, a competência é determinada pela natureza das regras jurídicas aplicáveis ao caso.

Este princípio, elucida JEAN RIVERO (cf. *Droit Administratif*, 9.^a ed., 1980, p. 172), admite poucas exceções. Ocorre que o *juiz administrativo*, por ocasião dos litígios, é levado a aplicar certas regras de direito privado. Inversamente, o *juiz judiciário* é, às vezes, conduzido a aplicar o direito administrativo, mas essas hipóteses, menos raras do que se acreditou durante muito tempo, são muito poucas para enfraquecer a regra, conclui o professor da Faculdade de Direito de Paris, depois de citar os trabalhos de JEAN WALINE, *L'application du droit privé par le juge administratif*, 1962 (tese), GOYARD, *La Compétence des Tribunaux Judiciaires en Matière Administrative*, 1962, e J. TERCINET, *Les Tribunaux Judiciaires, Juges de l'Action Administrative*, 1976.

Como se sabe, na França, que admite o instituto do *contencioso administrativo*, há duas ordens judicantes: a *ordem judiciária comum* e a *ordem administrativa*; a primeira a cargo do *magistrado ordinário*, a segunda entregue à competência de *juiz especializado*, que aplica, regra geral, leis e princípios do direito administrativo. Quando há conflitos de competência entre essas duas ordens, quem os resolve é o Tribunal de Conflitos.

3. Esquemas de direito privado

Toda esta introdução teve por finalidade mostrar como os esquemas e regras do direito privado se aplicam nos vários campos do direito administrativo, a principiar pela jurisdição.

Como é que a França, que separa, de modo nítido, duas ordens de jurisdições, desde que criou o *contencioso administrativo*, que é autônomo e independente do Poder Judiciário comum, acaba por permitir que o *juiz administrativo*, em alguns casos, ignorando a colocação extraordinária e derogatória do caso Blanco, deixe de aplicar *regras do direito público* e resolva matéria administrativa, aplicando *regras do direito privado*?

Eis, em algumas palavras, o primeiro esquema do direito privado que passa a funcionar no direito administrativo, mostrando que os dois ramos do direito, o administrativo e o direito comum, não são compartimentos estanques, mas setores que se interpenetram, cruzando-se.

4. Plano deste trabalho

Sabendo-se, por um lado, que “instituto é fato *do mundo* ou ato *do homem* sobre o qual ocorre incidência normativa” e sabendo-se, por outro lado, que a “incidência normativa” se corporifica nas regras jurídicas, que “regem o caso”, cumpre indagar, nas várias áreas do direito administrativo, quais os institutos do direito privado — e suas respectivas regras jurídicas —, quais os esquemas do direito comum, quais as normas privatísticas, que se utilizam, no âmbito do direito público.

ANDRÉ HAURIUO, no artigo intitulado “A utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado”, publicado em tradução brasileira (cf. *RDA*, 1: 465), procura, pela primeira vez, colocar em relevo a penetração de esquemas civilísticos, no campo do direito público.

O trabalho de ANDRÉ HAURIOU foi publicado no *Recueil d'Études sur les Sources du Droit, en l'Honneur de François Gény*, tomo III, "Les sources des diverses branches du droit", editado pela Librairie du Recueil Rirey, Paris, 1934, pp. 92-99, traduzido para o vernáculo por Paulo da Mata Machado.

ANDRÉ HAURIOU principia por dizer que "grande número de preceitos administrativos, de teorias ou de princípios foram tomados do direito privado e, muito especialmente, do direito civil" (cf. *RDA*, p. 465), passando depois a comparar o direito privado com o direito administrativo (cf. *RDA*, pp. 466-467), analisando a seguir a *justiça comutativa*, que seria peculiar ao direito privado, e a *justiça distributiva*, inerente ao direito administrativo (pp. 467-468), concluindo ser "difícil admitir-se que tenha o direito privado podido influir na formação do direito administrativo e fornecer-lhe princípios ou regras para resolver problemas jurídicos que, à primeira vista, se manifestam com caráter tão particular" (cf. *RDA*, p. 468, *in fine*). Fala a seguir sobre "a função supletiva do direito privado, em relação às normas administrativas" (cf. *RDA*, p. 469), aludindo depois às "*transposições*, que nem sempre operam de um só golpe, segundo uma espécie de plano preconcebido, no momento em que se apresenta um problema jurídico para o qual importa achar uma solução" (cf. *RDA*, p. 470), entendendo que "não se deve crer que a utilização do direito privado em direito administrativo seja sempre o resultado de ação consciente e voluntária" (cf. *RDA*, pp. 469-470).

Tratando ainda do *processo de transposição*, enumera três fases:

a) a transferência pura e simples para o direito administrativo de uma teoria ou de uma regra de direito privado,

b) o movimento de reação provocado por uma consciência mais nítida das necessidades administrativas e

c) as adaptações da regra de direito privado, fazendo-a experimentar as transposições necessárias (cf. *RDA*, p. 470).

A seguir, estuda as *delegações*, em direito público, e a teoria do mandato (cf. *RDA*, p. 471), elucidando que, aqui, ocorre também o *método* ou *processo de transposição*.

Conclui ANDRÉ HAURIOU que "outros exemplos de transposição, ao direito administrativo, das regras e princípios do direito privado, poderiam ser dados a propósito, por exemplo, da situação jurídica dos funcionários, dos contratos ou dos quase-contratos administrativos" (cf. *RDA*, p. 473).

Em outros trabalhos (cf. os artigos "Reflexos do direito civil no direito administrativo", na *Revista de Direito Civil*, 1977, ed. da Revista dos Tribunais, dirigida por Limongi França, n.º 22, p. 177, "As categorias jurídicas e o direito público", em *RDA* 85:28, e "Fundações de direito público", em *RDA*, 81:7), assinalando a influência do direito civil, no campo do direito administrativo, reflexo esse que leva ao *método da transposição*

“pura” ou “adaptada”, de institutos milenarmente trabalhados pelo direito civil para o novo ramo do direito. Frisamos, ainda, criticando o *método da transposição* “adaptada”, que o processo de trabalho deve ser outro, porque o direito civil não é “pai”, mas “irmão mais velho” do direito administrativo, pelo que se deve partir da “categoria jurídica”, que paira sobre todos os ramos do direito e, a partir desta, “descer”, para o direito administrativo e para os outros ramos, plasmando o gênero — a “categoria jurídica” — à espécie — o instituto, em cada um dos ramos do direito.

Assim, define-se o “contrato” como *categoria jurídica*, conceitua-se a “fundação” como *categoria jurídica*, identifica-se o “ilícito” como *categoria jurídica* e só, num segundo momento, obtida, numa proposição conceitual, a definição, é que se inclui o instituto, em dado ramo do direito, sem *transposição de esquema*, já trabalhado ou estruturado, em outro ramo.

Em razão destas explicações, fica bem claro o campo que este artigo pretende esclarecer, ou seja, a *utilização, em direito administrativo, de regras, princípios, esquemas e institutos do direito privado*, sem transposição “adaptada”, isto é, o nosso campo vai mostrar a presença, no campo do direito administrativo, de esquemas também utilizados no direito civil e comercial, ou em outros ramos do direito comum.

Trata-se, assim, de “corpos estranhos” ao direito administrativo, utilizados pelos cultores deste ramo do direito, que aplicam ao direito público esquemas do direito privado, “regras jurídicas privatísticas”, “contratos de direito privado”, “pessoas privadas gerindo serviços públicos”, “bens privados do Estado”, “sucessões, conforme regras do direito civil”.

5. “Regras jurídicas privatísticas”

No início deste artigo, citando a tese de JEAN WALINE, intitulada “A aplicação do direito privado pelo juiz administrativo”, pudemos ressaltar “a utilização, em direito administrativo, das regras e princípios do direito privado” (título do artigo de ANDRÉ HAURIOU), mostrando como, na França, onde existe o contencioso administrativo, o “juiz administrativo” se socorre de normas do direito comum para resolver litígios que giram em torno de matéria administrativa.

No Brasil, país de jurisdição una, não existe a figura autônoma do juiz administrativo, a não ser que se queira designar assim o juiz da Fazenda Municipal, da Fazenda Estadual ou o juiz federal, este último, quando versa matéria administrativa.

Em todo caso, quer na França, quer no Brasil, o magistrado, ao decidir matéria administrativa, pode recorrer a regras de direito privado, aplicando, assim, o direito comum para solucionar problemas de direito público.

6. “Entidades privadas prestando serviços públicos”

Como regra, o *serviço privado* é desempenhado por particulares, pessoas físicas e pessoas jurídicas privadas; o *serviço público* é prestado por entidades públicas, quer da Administração direta, pessoas políticas — União,

Estado-Membro, Município, Distrito Federal —, quer pela Administração indireta, pessoas administrativas — autarquias federais, estaduais e municipais.

Aos poucos, ocorre um cruzamento ou quiasma: entidades do Estado passam a executar serviços privados e, vice-versa, entidades privadas passam a desempenhar serviços públicos.

Observam-se, no caso, *esquemas de direito privado*, civil e comercial, operando no campo do direito administrativo, ficando derogado o regime jurídico de direito público, exorbitante do direito comum.

Entende-se que a *autarquia*, que é o próprio serviço público personificado, verdadeira descentralização de serviços irradiados do “centro” para a “periferia”, preste serviços públicos (cf. nosso artigo “Prestação de serviços públicos pela autarquia”, em *RF*, 274:91), pois a entidade autárquica, pessoa jurídica pública administrativa, é o próprio Estado, mas é mais difícil entender como a *empresa pública* e a *sociedade de economia mista*, pessoas jurídicas de direito privado, modelos empresariais, empregadas pelos particulares, passem a executar serviços públicos, concorrendo com as *autarquias*, cuja criação foi precisamente a de alijar do “centro”, da Administração direta, alguns tipos de serviços públicos, petrificados na entidade pública criada.

A *autarquia* é um esquema do direito público, só existente no âmbito do direito administrativo. Submete-se a regime jurídico de direito público, informado por princípios publicísticos, derogatórios e exorbitantes do direito comum.

A *empresa pública* e a *sociedade de economia mista*, ao contrário, são esquemas do direito privado existentes no direito comercial, sujeitas a regime jurídico do direito mercantil, informadas por princípios do direito privado.

Eis aqui, de modo indiscutível, a presença anômala, no âmbito do direito público, de esquema privado concorrendo com o modelo autárquico para a prestação de serviço público.

Na empresa pública, “o epíteto *público* é aplicado mais comumente a uma *empresa*, quando esta é colocada sob o controle do Estado, do Governo ou de um organismo estatal” (NICOLA BALOG, “A organização administrativa das empresas públicas”, em *RDA*, 87:40).

“Por motivo de comodidade, a Administração cria todas as peças do organismo de direito privado que lhe permitam executar sua missão. Ao lado das pessoas autenticamente privadas que colaboram em tarefas de interesse geral, existem também organismos artificialmente privados, que são, na realidade, organismos administrativos, cujo caráter privado é apenas uma fachada. De todas as técnicas do direito privado, a da *sociedade anônima* é certamente uma das mais aperfeiçoadas, sendo, por isso, muitas vezes utilizada pelo poder público, quando este quer exercer atividade de caráter econômico” (PROSPER WEIL, *Le Droit Administratif*, 1964, p. 39).

As características externas da empresa pública revelam-se pelos seguintes traços: adota a forma das empresas comerciais comuns, sociedade por ações, sociedade por responsabilidade limitada, ou recebe estruturação específica, mas a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais, sendo a personalidade de direito privado (cf. BILAC PINTO, *O Declínio da Sociedade de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas*, p. 56).

Quanto à forma, a empresa pública, conforme o direito positivo, nunca, porém, na prática, pode assumir qualquer das formas em direito permitidas, ao passo que a sociedade de economia mista assume, tão-só, a forma de sociedade anônima.

Criadas por lei para o desempenho de atividades econômicas, comerciais ou industriais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista acabaram por substituir antigas autarquias e, nesse caso, a desempenhar serviços públicos, os mesmos serviços públicos que a entidade autárquica anterior transformada desempenhava.

Temos aqui exemplo inequívoco de esquema do direito privado, comercial e civil, presente no campo do direito administrativo, concorrendo com a autarquia, usurpando-lhe mesmo as antigas funções, e funcionando sob forma adotada do direito comercial, sob regime de direito privado, mas prestando serviços públicos, como, por exemplo, ocorreu com o Banco Nacional da Habitação (BNH), com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), com a Companhia Brasileira dos Correios e Telégrafos (ECT), antes organismos estatais, funcionando sob regime jurídico de direito público, mas hoje, depois da transformação, sob regime jurídico de direito privado, com alguns “desvios” e “distorções” por causa da presença do Estado na relação jurídica.

7. “Contratos privados celebrados pelo Estado”

Ao contratar, mesmo com particulares, o Estado celebra acordos de direito público e acordos de direito privado.

A presença do Estado, por si só, não significa que o contrato celebrado seja público, pois a relação jurídica pode ser de direito privado.

O que distingue, a nosso ver (cf. nosso artigo “As cláusulas de privilégio, nos contratos administrativos”, na *Revista de Informação Legislativa*, 89:303), o contrato administrativo é a presença, no acordo, de cláusulas especiais, exorbitantes, derogatórias, “de privilégio”, que não podem figurar nos contratos de direito privado, porque, se presentes nestes, atentariam contra a ordem pública.

A presença de contratos de direito civil, no campo do direito administrativo, é outro exemplo patente de esquema do direito privado no âmbito do direito público.

Podendo o Estado celebrar contratos públicos e contratos privados, conforme o caso, há casos em que é obrigado, inexoravelmente, a adotar

o esquema do direito civil e, como consequência, a submeter-se a regras do direito privado, como ocorre, por exemplo, quando o Estado é locador ou locatário de imóvel, ou quando se trata de mera compra de materiais pelo Estado, no caso do fornecimento contínuo ou descontínuo de gêneros alimentícios.

Nos contratos de direito privado, celebrados pelo Estado, observamos a ausência das cláusulas exorbitantes, o que demonstra que a figura jurídica presente é tomada de empréstimo ao direito civil.

8. *"Bens do Estado sob regime privado"*

A dominialidade do Estado é formada por "coisas" ou "bens", que se repartem em três classes: bens de uso comum, bens de uso especial e bens dominicais.

Os dois primeiros tipos estão totalmente fora de nosso estudo, mas os últimos, também denominados bens do "patrimônio privado" do Estado, ou bens do "patrimônio disponível", merecem atenção, pois é possível ver, nesses bens, denominados, no Brasil, de "dominicais" (de "dominus", dono, proprietário), esquemas do direito privado, no setor da dominialidade pública, o que lhes dá regime jurídico diverso — porque "derrogatório".

No início, o patrimônio do Príncipe era confundido com o patrimônio do Estado, havendo entre os bens e o Monarca uma relação de direito privado, ligando a "res" ao "dominus". *Bens dominicais* eram bens do "domínio" do senhor, que sobre eles exercia o senhorio absoluto. Os bens da Coroa confundiam-se, assim, com os bens do Estado, em geral, sendo o titular único das "coisas públicas" o Soberano.

Aos poucos se vai dissociando o patrimônio pessoal do Chefe de Estado do patrimônio geral da Nação.

Os juristas romanos preocuparam-se com a "res" entidade relevante para o direito, suscetível de tornar-se objeto de relação jurídica (cf. nosso *Curso de Direito Romano*, 11.^a ed., 1987, p. 151), ensaiando várias classificações dos bens, e, depois, dos bens públicos, como se depreende da leitura dos textos de Gaio e de Justiniano.

No direito brasileiro, a expressão *bens dominicais*, registrada no Código Civil, abrange bens imóveis e móveis, bens esses de características tão diversas, uns dos outros, que se poderá falar numa escala da "dominicalidade", não só do ponto de vista quantitativo, como sob o ângulo qualitativo.

Os bens da Coroa, por exemplo, eram os integrantes do patrimônio da família imperial, não somente em caráter público, mas ainda os particulares dessa família (cf. Conselheiro A. JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil*, vol. II, p. 308, e TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 4.^a ed., 1956, vol. III, p. 403), os primeiros "como tais se consideram os terrenos nacionais, possuídos pelo Senhor Dom Pedro I, fundador do Império e que ficarão sempre pertencendo aos

seus sucessores; e assim mais os adquiridos, e as construções feitas à custa da Nação para a decência e recreio do Imperador e de sua família”.

“Além desses bens públicos, tinha o Imperador e sua família bens particulares, acrescidos sempre com as dotações pagas pelo Tesouro, mas que constituíam, apesar de sua origem, bens de seu patrimônio particular” (cf. TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 4.^a ed., 1956, vol. III, p. 404).

Em nossos dias, depois do advento do Código Civil de 1916, art. 66, III, os “bens dominicais” mais se aproximam, pelo regime jurídico, do direito privado, onde vão encontrar esquemas desta ala do direito, cujos elementos servem para sua caracterização.

Deixando de lado alguns tipos de *bens dominicais*, como os terrenos de marinha, e os acrescidos, assim como os terrenos marginais a rios navegáveis, poderemos observar que “instrumentos e produtos de crime”, “terras devolutas”, bens de associações extintas, bens de ausentes, bens do evento, bens vagos, bens da Coroa são coisas do patrimônio público que mais se aproximam do direito privado do que do direito público, pelo que mereceriam estudo mais aprofundado a fim de que se demonstrasse como o direito civil está presente, em nosso campo, no imenso capítulo dos bens que o próprio Código Civil refere como “os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” (art. 66, III).

9. “O Estado herdeiro, conforme o direito privado”

Em capítulo especial, denominado “Regime jurídico de direito privado, no direito administrativo” (cf. nosso *Tratado de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1972, vol. X, pp. 174 a 185), estudamos, além dos aspectos mencionados, nos vários parágrafos deste artigo, a *sucessão*, em direito público (cf. *Tratado*, X: 157, 169, notas 26, 171, 198, 199 e 200), citando, então, extensa bibliografia a respeito (ver: FRITZ FELINER, *Les Principes du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 99, nota 7 e p. 101; ZANOBI- NI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 3.^a ed., 1948, vol. IV, pp. 126, 217, 128; VEIGA CABRAL, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1859, p. 116), tratamos do “Estado herdeiro”, o que lhe possibilita receber em certas condições bens do patrimônio privado do *de cujus*.

Falecendo alguém e não se lhe conhecendo *herdeiros*, temos a *hereditas jacens*, a herança jacente. É também *jacente* a herança que não foi ainda aceita pelas pessoas sucessíveis. Se, praticados todos os atos e diligências legais, não forem encontrados herdeiros, os *bens da herança*, até então *jacentes*, são declarados *vacantes*.

Herança vacante é, assim, aquela relativamente à qual não se achou nenhum herdeiro. Eis a origem dos *bens vagos*.

Declarada a *vacância*, depois de decorrido o prazo de tempo, fixado em lei para a habilitação dos herdeiros, o patrimônio do *de cujus* passa a

integrar a categoria dos “bens do patrimônio do Estado”, “bens disponíveis”, “bens dominicais”, classificando-se como “bens vagos”, “bens vacantes”.

O *bem vacante* é deferido ao Estado em caráter provisório, até que decorrido o prazo legal, a incorporação se concretize para sempre (cf. nosso *Tratado*, vol X: 169-170).

Pois bem, o “Estado sucessor”, ou seja, “a sucessão pelo Estado de bens deixados pelo particular”, reflete do modo mais claro possível a presença, no direito administrativo, de “esquemas” ou “regras” do direito privado, que se encontram, sem exceção, no Código Civil (cf. arts. 495, 1.619, 1.593, 1.594), ou em outros diplomas (Decreto-Lei n.º 8.207, de 22 de novembro de 1945, art. 3.º, parágrafo único).

10. Outros “esquemas privatísticos”

Pesquisando-se outros campos do direito administrativo, vamos encontrar “esquemas de direito privado”, do direito civil e do direito comercial, o que demonstra que o direito é bloco maciço, uno, monolítico, apenas dividido em privado e público, a partir de Ulpiano, para efeitos *didáticos* mais do que para fins *científicos*.

A “falência”, por exemplo, instituto ou esquema nítido e exclusivo do campo do direito comercial, é estudada pelos cultores do direito administrativo, quando se trata da *empresa pública* (cf. nosso livro *Administração Indireta Brasileira*, Rio, Forense, 1987, p. 435) e da *sociedade de economia mista* (cf. nosso livro *Administração Indireta Brasileira*, Rio, Forense, 1987, p. 453), entidades de direito privado, mas estatais, prestadoras de serviços essenciais, a primeira, socorrida pelo Estado, em nome da continuidade dos serviços públicos, nem sequer atingida pela quebra, pois o poder público está vigilante; a segunda tendo os bens penhoráveis e executáveis, respondendo subsidiariamente a pessoa jurídica que a controla, no caso de obrigações assumidas e não cumpridas (art. 242 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades por Ações).

A “penhora” é, também, outro instituto que se encontra regulado pelo Código Civil (arts. 689, 938, 1.015, III, 1.024, 1.077, 1.361, 1.430), estando presente, nas hipóteses de empresas públicas e de sociedades de economia mista, quando tais entidades não cumprem as obrigações assumidas.

11. Conclusões

“Esquemas e regras do direito privado”, civil e comercial, estão, pois, presentes no campo do direito administrativo, demonstrando que este ramo do direito público não pode ser definido, como pretende Jean Rivero, como o setor cujos institutos derrogam e exorbitam o direito comum, já que, inúmeras vezes, o novo ramo pede emprestado a outros ramos do direito, privado, mais antigos e estruturados, regras e esquemas, aproveitados como técnicas de trabalho e de esclarecimento de seus institutos.

A sindicância administrativa e a punição disciplinar

EDMIR NETTO DE ARAUJO

Livre Docente em Direito Administrativo,
pela Faculdade de Direito da USP. Pro-
curador do Estado

S U M Á R I O

Introdução. 1. O ilícito administrativo. 2. Agentes públicos e ilícito administrativo. 3. A responsabilidade administrativa. 4. Deveres e proibições funcionais. 5. Penalidades administrativas. 6. A sindicância administrativa: a) Processo e procedimento; b) A sindicância administrativa; c) Sindicância administrativa na Administração federal; d) Sindicância administrativa na Administração estadual paulista; e) Sindicância administrativa na Administração do Município de São Paulo; f) Sindicância administrativa no regime da CLT; g) Punições administrativas e jurisprudência — Conclusão.

INTRODUÇÃO

O instituto da sindicância administrativa, praticamente peculiar ao direito brasileiro, como meio de apuração de faltas e irregularidades na Administração, ainda não angariou, entre os doutrinadores, o valor que merece.

Entretanto, é inegável o seu papel relevante na apuração de responsabilidades funcionais, com destaque para sua característica preparatória dos processos que possam resultar em penalidades mais graves, ou ainda como procedimento fundamentador da aplicação de penalidades mais leves, propiciando a obediência, pela Administração, do princípio do “due process of law” (devido processo legal), segundo o qual ninguém poderá ser penalizado ou condenado sem que seja ouvido, assegurando que ao acusado de irregularidades seja facultado o exercício de seu direito de ampla defesa, referido no artigo 153, § 15, da Constituição brasileira.

É constatação geral a pobreza, ou mesmo, a quase indigência de dados doutrinários e jurisprudenciais sobre o instituto, no Brasil, e no direito comparado pouco existe, que ao menos se assemelhe à nossa sindicância que, não obstante, realiza-se com grande frequência no dia-a-dia de nossas repartições.

A sindicância, como procedimento administrativo para apuração de irregularidades e infrações, tem conotação com várias noções do direito administrativo, das quais sobressaem-se: o ilícito administrativo, os agentes públicos, a responsabilidade administrativa, os deveres e proibições funcionais, as penalidades administrativas e os meios processuais para apuração do ilícito.

Examinemos, então, tais elementos, direcionando-os à explanação da sindicância administrativa.

1. O ILÍCITO ADMINISTRATIVO

O ilícito é uma *categoria jurídica*, ou seja, não é noção privativa de nenhum dos ramos do direito, podendo assumir várias modalidades, conforme o aspecto das atividades humanas que seja abordado em relação ao mundo jurídico.

Seus elementos são: o ato ou a omissão humanos, a infringência à norma legal do ramo considerado, o dano e a responsabilidade: em suma, alguém causando desequilíbrio na ordem natural-legal da sociedade e pelo seu restabelecimento devendo responder. Seu fato gerador, portanto, é o *ato do homem*, não se admitindo ilicitude em fatos do mundo.

Pode apresentar diferentes conotações, como ilícito penal, ilícito civil, trabalhista, tributário e, naturalmente, administrativo. Nesta última hipótese, a ação ou omissão serão imputáveis a agentes administrativos, por infringência a disposições estatutárias.

Em certos casos, entretanto, o comportamento desse agente será de tal forma pernicioso à sociedade que poderá estar também tipificado nas leis penais, quando então a responsabilidade do mesmo será objeto não só do regime de responsabilidade administrativa como também da criminal, podendo as sanções ocorrer em um ou outro campo.

Tratamos aqui do chamado ilícito administrativo *penal*, em contraposição ao denominado ilícito administrativo *puro*, cujo grau de perturbação da ordem jurídica não é tão relevante a ponto de a lei penal tipificá-lo, apurando-se então a sua responsabilidade tão-só na esfera da Administração.

2. AGENTES PÚBLICOS E ILÍCITO ADMINISTRATIVO

Verificado, em termos genéricos, o que se compreende por comportamento ilícito e punível dos agentes administrativos, vejamos quem são esses sujeitos ativos de sua prática.

Já é clássica a classificação dos *agentes públicos* proposta por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, agrupando-os em *agentes políticos*, integrantes da superior hierarquia político-constitucional do Estado, como governadores, deputados, prefeitos etc.; *servidores públicos*, que mantêm relação de trabalho, de natureza profissional, não eventual, em caráter

permanente, com o Estado; e *particulares em colaboração com a Administração*, não compreendidos nas duas categorias anteriores, mas desempenhando, por delegação, contrato ou outra forma jurídica, atribuições, encargos ou serviços inerentes à atividade estatal.

Para fins de enquadramento em regime jurídico referente ao ilícito administrativo, interessa-nos mais os que podem praticá-lo, por desempenhar funções no serviço público, e freqüentemente editar atos administrativos: os funcionários públicos, servidores contratados, os sujeitos a regime especial, e até mesmo os agentes políticos, estes no entanto sujeitos a regimes específicos de apuração de responsabilidades.

A noção de agente público é mais ampla que a de funcionário e mesmo que a de servidor. Como também é ampla a noção de funcionário para efeitos penais: são funcionários todos os que, até mesmo transitoriamente ou sem remuneração, exercem cargo, emprego ou função pública, inclusive em autarquias e entidades paraestatais.

Portanto, não só o funcionário estatutário, mas também o servidor, por outros regimes, pode praticar ilícitos administrativos. Já os empregados das empresas estatais, embora equiparados a funcionários na lei penal, não são considerados servidores públicos em sentido estrito.

3. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O ser humano, desde que, em sua evolução natural, passou a viver em comunidade, tem estabelecido regras básicas de convivência, no sentido de disciplinar o comportamento dos membros que a compõem, e no interesse coletivo de preservar a paz, o bem-estar social, os bens culturais e materiais de cada um e da própria coletividade. Existe a consciência de que há comportamentos devidos, facultativos e vedados em relação a cada circunstância, e que essas prescrições devem ser obedecidas, sob pena de sanções destinadas a estabelecer a normalidade da coexistência.

Trata-se de diferentes aspectos da mesma questão, que é a *responsabilidade*, sempre envolvendo a conotação de imputabilidade a alguém do desequilíbrio causado à ordem natural das coisas, e que por seu restabelecimento responderá.

Quando a regra editada pela sociedade é de natureza criminal, na transgressão de normas de conduta dessa espécie por ela prescritas, surge a responsabilidade *penal*, com as sanções privativas de liberdade ou pecuniárias, ou ainda, mais modernamente, restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e limitações de fim de semana. Em oposição à responsabilidade penal, temos a responsabilidade *civil* ou *patrimonial*, quando o responsável pelo prejuízo ilícito é obrigado a restabelecer o equilíbrio entre os patrimônios envolvidos em determinada ação ou omissão danosa.

Finalmente, na infração de regras de conduta relativas ao trabalho dos agentes públicos, bem como às atividades pelos mesmos desempenhadas

no exercício de suas funções, teremos a responsabilidade *administrativa*, também chamada *disciplinar*, que é a obrigatoriedade do servidor em responder, perante a Administração, pela prática do ilícito administrativo. Esse tipo de responsabilidade, quanto aos seus efeitos, liga-se intimamente à responsabilidade penal e à responsabilidade civil, podendo ainda desdobrar-se em *disciplinar* propriamente dita, quando envolve infrações referentes à relação de hierarquia e subordinação, ou *funcional*, quando a falta praticada não envolver esses aspectos.

A tríplex responsabilidade a que está potencialmente sujeito o servidor por atos praticados no desempenho de suas funções públicas poderia, à primeira vista, parecer transgressão ao consagrado princípio do "non bis in idem", que significa que ninguém pode ser punido ou processado duas vezes pelo mesmo fato; na verdade, na Administração isso comumente acontece: o servidor, ao praticar o ilícito administrativo, poderá, além da punição disciplinar, responder por ele também na esfera criminal, e ainda na esfera civil, direta ou regressivamente, quando seu ato ou omissão (doloso ou culposo) causar prejuízos ao Estado ou aos administrados.

Realmente, os Estatutos, nas três esferas políticas, são explícitos ao declarar que a responsabilidade administrativa do servidor independe da civil e da criminal.

Entretanto, a infração penal atinge a sociedade como um todo, o ilícito civil envolve a esfera patrimonial, e a falta disciplinar agride apenas o círculo funcional a que pertence o transgressor, como tal. Portanto, conclui-se que esses tipos de responsabilidade são *diferentes*, sendo válidas as penalidades *diferentes*, impostas por motivos *distintos* e em esferas *distintas* ao servidor.

O que não é possível é ser punido criminalmente duas vezes pelo mesmo fato, ou administrativamente duas vezes pelo mesmo motivo, ou ainda receber duas condenações patrimoniais pela mesma ocorrência. A Súmula n.º 19 do STF é clara: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira."

4. DEVERES E PROIBIÇÕES FUNCIONAIS

A transgressão dos deveres e proibições a que está sujeito o servidor no exercício de suas atribuições ocasiona o ilícito administrativo, podendo culminar com a aplicação de penalidades disciplinares, após a indispensável apuração da falta.

Deveres funcionais representam normas de conduta (atitude *ativa*, portanto) ao servidor, indicando para ele a forma legal e regulamentar do desempenho de suas funções.

Já as *proibições* ou *vedações*, que MASAGÃO denominava *deveres negativos* do servidor, significam o que, *nessa qualidade*, ele *não pode fazer*, representando *freios* (atitude de *abstenção*, portanto) à conduta do agente

público em relação ao Poder Público em geral, em relação à própria repartição onde trabalha, à forma de prestação dos serviços à entidade estatal, podendo envolver, em certos casos, até mesmo o comportamento do servidor em sua vida privada.

Dada a diversidade de normas jurídicas que regem a matéria, a ausência de codificação, e conseqüente confusão terminológica, cada autor oferece sua classificação de deveres e proibições funcionais, chegando mesmo alguns, como BRANDÃO CAVALCANTI, a contestar a utilidade ou mesmo a possibilidade de chegar-se a uma classificação adequada. Isto não nos impede, entretanto, de procurar agrupá-los, tendo em vista o direito positivo, sem outro intuito que não o de facilitar a exposição do assunto.

Assim, teríamos, como deveres:

a) deveres relativos à *presença do servidor*, como, por exemplo, a assiduidade, pontualidade, residência;

b) deveres relativos ao *ambiente de trabalho*, tais como a urbanidade, a cooperação, a solidariedade;

c) deveres relativos à *pessoa e comportamento* do servidor, como trajar-se convenientemente em serviço, ou proceder corretamente na vida pública e privada;

d) deveres relativos à *prestação, em si, dos serviços*, exemplificativamente, diligência, sigilo sobre assuntos de serviço, discrição, obediência e outros.

Como proibições, arrolamos:

a) proibições relativas ao *cargo ou função*, tais como acumulação ilegal de cargos, utilização indigna do cargo ou função, patrocínio de interesses privados, advocacia administrativa, participação em multas ou na receita, sindicato de funcionários e outras;

b) proibições relativas ao *procedimento* do servidor em serviço, como referências depreciativas em pareceres, atividades estranhas ao serviço, coação político-partidária, greve;

c) proibições relativas à *própria prestação dos serviços*, como, por exemplo, utilização indevida de materiais da repartição, faltas injustificadas, cometer encargos a pessoas estranhas à repartição e outros.

5. PENALIDADES ADMINISTRATIVAS

A observância dos deveres e proibições funcionais deve ser analisada em conjunto com as penalidades administrativas e suas causas, que frequentemente serão a *infringência de tais prescrições*. Não obstante, os Estatutos costumam apontar o tipo de faltas que podem propiciar a aplicação de cada penalidade.

Muitas são, também, as classificações de penalidades, conforme o aspecto que se focalize. Preferimos abordar apenas o aspecto da *finalidade*.

Quanto à finalidade, as penas podem ser *corretivas*, que visam a emenda do servidor infrator, que continua no serviço após sua aplicação, como repreensão, suspensão e multa; *expulsivas*, que objetivam o desligamento do servidor dos quadros administrativos, em razão da incompatibilidade gerada pela natureza gravíssima de certas faltas praticadas, tais como a demissão e a demissão a bem do serviço público; e *revocatórias*, quando a Administração revoga, na salvaguarda do interesse público, uma situação já estabelecida para o servidor, cujo exemplo é a destituição de função.

Em espécie, considerando o direito positivo (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952; idem, do Estado de São Paulo, Lei estadual n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968, o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo, Lei municipal n.º 8.989, de 29 de outubro de 1979), as penalidades administrativas são as seguintes: *a)* repreensão; *b)* suspensão; *c)* multa; *d)* destituição de função (esta, somente para o da União); *e)* cassação de aposentadoria ou disponibilidade; *f)* demissão; *g)* demissão a bem do serviço público.

a) Repreensão — É a penalidade mais leve dos Estatutos, constituindo-se de reprimenda ou admoestação por escrito, lançada nos assentamentos individuais do servidor. Aplica-se nos casos de indisciplina, desobediência ou descumprimento de deveres funcionais e em decorrência de sindicância ou processo administrativo, mas até mesmo pelo meio sumaríssimo da “verdade sabida”.

b) Suspensão — De natureza mista, moral e pecuniária, a suspensão é o afastamento compulsório temporário (não pode ultrapassar noventa dias) do servidor, com perda do vencimento dos dias da suspensão. Aplicável, em caso de falta grave ou reincidência na infração a deveres e proibições funcionais, em decorrência de processo administrativo ou de sindicância, até o limite de 30 (trinta) dias (União), 90 (noventa) dias (Estado de São Paulo), ou de 5 (cinco) a 90 (noventa) dias (Município de São Paulo). As suspensões acima de trinta dias, na Administração federal, devem ser precedidas de processo administrativo.

c) Multa — Aplicável *alternativamente* à suspensão, substituindo-a, quando a conveniência do serviço o exige, em decorrência de processo administrativo ou sindicância.

d) Destituição de função — Na Administração federal, revoga-se a designação para função de confiança ou interina, em caso de falta de exação no cumprimento do dever, resultando de processo administrativo.

e) Cassação de aposentadoria ou disponibilidade — Desfaz-se a relação jurídica da inatividade remunerada para o aposentado, ou cessa a disponibilidade remunerada, obrigando a reassunção do cargo, sem prejuízo do processo continuar até a demissão. Aplicável no caso de infrações mais

graves, como prática de falta grave, que ensejaria demissão, quando ainda *na ativa*, ou aceitação ilegal de cargo ou função, de representação de Estado estrangeiro sem autorização do Presidente da República, e prática de usura. É necessário processo administrativo para sua aplicação.

f e g) Demissão, simples ou a bem do serviço público — É o desligamento do servidor dos quadros da Administração, em razão de faltas gravíssimas previstas nos Estatutos, como, por exemplo, prática de crimes em geral ou contra a Administração, abandono de cargo, revelação de segredo que conheça em razão do cargo, insubordinação grave, ofensas físicas em serviço, lesar os cofres públicos, receber propinas ou vantagens ilícitas, ou solicitá-las, ausências interpoladas ao serviço além do limite legal, usura, *coação político-partidária*, *acumulação proibida de cargo ou função*, procedimento irregular de natureza grave, vícios e jogos proibidos, transgressão a certos deveres e proibições, e outros casos. Para sua aplicação, é indispensável o processo administrativo.

6. A SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA

Como se viu, certas penalidades mais leves podem ser aplicadas pela autoridade competente ao funcionário em decorrência de meios mais sumários e menos formais de apuração de irregularidades e ilícitos administrativos, como a sindicância administrativa, reservando-se os meios mais *rigidamente formais*, como o processo ou inquérito administrativo, para as penalidades mais graves, ocasionadas por faltas também mais graves.

É *dever funcional do administrador público determinar a apuração de responsabilidades* em caso de infrações ou irregularidades no serviço público, sob pena de ver a si próprio responsabilizado, até criminalmente.

Essa apuração deve efetuar-se com observância de vários princípios, mas em especial o do “*due process of law*”, procedimento legal em que sejam asseguradas ao acusado a bilateralidade de audiência e a ampla defesa.

a) Processo e procedimento

“Processo” não é o mesmo que “procedimento”. FRANCO SOBRI-NHO, em seus *Estudos de Direito Público*, nos adverte que o procedimento administrativo resulta de elementos heterogêneos que podem ou não levar ao processo administrativo, no primeiro aparecendo as manifestações-atos unilateralmente e no segundo existindo o confronto, o litígio, o contraditório.

Sem entrar em considerações quanto ao enfoque dado à matéria pelo direito processual, podemos afirmar que, em direito administrativo, o *proviemento* praticado pelo Estado pode resultar de um *procedimento simples*, apenas formalizando passos em direção ao objetivo visado, ou então estruturado em forma de contraditório, para permitir uma decisão sobre inte-

resses antagônicos e resistidos: neste segundo caso, temos o *processo* administrativo.

b) A sindicância administrativa

Analisemos rapidamente a “verdade sabida” como meio sumário para aplicação de penalidades. Certas penas levíssimas, como repreensão ou suspensão por curto prazo, podem ser aplicadas, conforme os Estatutos, pelo conhecimento direto e imediato da infração pela autoridade competente para a aplicação da penalidade. Entretanto, a jurisprudência vem restringindo cada vez mais essa possibilidade, em atenção ao princípio de devido processo legal. O STF (*Arquivos do Ministério da Justiça*, vol. 49/131) já decidiu que, na apuração da falta por meios sumários para aplicação de penalidades menos graves, não se dispensa a audiência do funcionário, por mais sumário que seja o meio.

Cresce, então, em importância, o instituto da sindicância.

Possui a sindicância dupla finalidade: é meio de apuração do ilícito administrativo e respectiva imposição de penalidades, se forem mais leves; ou ainda instrumento para apuração de irregularidades na Administração, preparatório de outras medidas, como o processo administrativo.

CRETELLA JR. a conceitua como “meio sumário de que se utiliza a Administração para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, se confirmadas, fornecerão elementos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário responsável”.

Como a lei exige o processo administrativo, contraditório, somente para aplicação de penalidades mais graves, como a demissão, a apuração da falta em sindicância administrativa pode fundamentar a aplicação de penalidades mais leves, caso se ofereça oportunidade ao acusado para que se defenda.

São inegáveis as razões de economia processual, prudência, equilíbrio e maior segurança nas decisões administrativas que justificam a existência da sindicância. Conforme se costuma afirmar, na doutrina, a sindicância administrativa está para o processo administrativo assim como o inquérito policial está para o processo-crime.

Não há, especialmente no direito positivo federal, formalidades exageradas para a realização da sindicância, que pode ser conduzida por Comissão ou por um responsável, denominado sindicante.

Em certos casos, poderá concluir pela inexistência da irregularidade, ou negação da autoria ao imputado, quando ou não haverá processo administrativo subsequente, ou se procederá a novo indiciamento. Em outros, entretanto, poderá evidenciar a exigência de imediata instauração de processo administrativo para a apuração da responsabilidade e conseqüente penalização do funcionário.

Conforme a natureza da falta, poderá sugerir à autoridade competente a adoção de medidas de responsabilização criminal do indiciado.

Finalmente, poderá sugerir a aplicação imediata de penalidades para as quais não seja exigida legalmente a realização de processo administrativo, ouvindo-se, neste caso, o acusado.

Entretanto, dada a desuniformidade do direito positivo, ocasionada pela capacidade de auto-organização administrativa que possuem também Estados-Membros e Municípios, os três níveis de Administração aqui estudados (*União, Estado de São Paulo e Município de São Paulo*) tratam de maneira peculiar o instituto.

c) Sindicância administrativa na Administração federal

O direito positivo federal, na verdade, nem mesmo fala em sindicância, embora esta se realize com freqüência no dia-a-dia de suas repartições. A jurisprudência tem reconhecido tratar-se de meio sumário, sem forma a ser observada, como investigação e apuração de fato que se pretende conhecer, para que se tenha como verdadeira ou falsa uma imputação.

Na prática, fundamenta a aplicação de penalidades mais leves, para as quais não se exige o processo.

Não há prazo prescrito ou formalidades indispensáveis, mas é aconselhável que seja rápida, objetiva, precisa e até mesmo sigilosa, quando a publicidade for prejudicial à apuração dos fatos.

Quanto à audiência do interessado, é indispensável quando a sindicância concluir pela proposta de aplicação de penalidade, não o sendo quando concluir pela instauração de processo administrativo (a ampla defesa estará assegurada neste último), ou ainda quando não há indiciados, objetivando apenas a verificação de irregularidades em geral, como é óbvio.

A doutrina predominante, na esfera federal, indica a necessidade de realização de sindicância fundamentando penalidades leves ou precedendo o processo administrativo.

d) Sindicância administrativa na Administração estadual paulista

O Estatuto estadual paulista dá ao instituto tratamento mais preciso, disciplinando-o nos artigos 270 e 273 a 277 da Lei estadual n.º 10.261/68.

Define bem os casos de promoção de sindicância: como preliminar do processo administrativo, quando não houver elementos suficientes para, desde logo, instaurá-lo; e como fundamento para aplicação de penalidades para as quais não se exija o processo administrativo, ouvido o funcionário.

Como se vê, para apuração de qualquer infração, salvo se já estiverem perfeitamente definidas a existência da falta e sua autoria no caso de ilícito administrativo que seja punível com pena de demissão, é exigida a realização de sindicância. No caso excepcional da "verdade sabida", não obstante,

pode ser realizada sindicância, e é o que realmente acontece, e ainda se efetua para a apuração genérica de irregularidades na Administração, sem indiciado ao início.

Poderá, portanto, na Administração estadual paulista, existir sindicância sem processo subsequente e processo administrativo sem prévia realização de sindicância.

Deve ter seus trabalhos realizados por funcionário (estatutário), comissão de funcionários de condição hierárquica não inferior à do indiciado, ou ainda pelas Comissões Processantes Permanentes das Secretarias de Estado. Nas autarquias, sindicante ou comissão de sindicância.

A competência para determinar sua instauração é cumulativa: Governador, Secretários de Estado, Coordenadores, Chefes de Gabinete, Diretores-Gerais, Diretores de Departamento ou de Divisão. Nas autarquias, são competentes os Superintendentes e demais autoridades correspondentes às acima citadas, em seus respectivos quadros.

A sindicância deve ser ultimada em trinta dias, prorrogáveis por igual prazo, quando se ouvirão testemunhas, serão colhidas provas, concluindo pela procedência ou não da imputação, existência ou não de irregularidades. Pode ser ouvido o indiciado, se assim se entender, para esclarecimento, devendo ser ouvido e facultada a produção de provas e juntada de documentos, caso seja a hipótese de proposta de penalidade, pois a penalidade aplicada sem bilateralidade de audiência é passível de anulação, mesmo que seja suspensão, repreensão ou multa.

e) Sindicância administrativa na Administração do Município de São Paulo

O sistema utilizado pela Administração municipal da Capital paulista é mais racional e bem elaborado, algo diferente dos dois anteriores, disciplinado pelos artigos 201 e seguintes da Lei municipal n.º 8.989/79.

O que corresponde à sindicância promovida pela União ou Estado de São Paulo para aplicação de penalidades mais leves denomina-se, para esse Estatuto, "processo sumário" (art. 202), exceto para repreensão e suspensão até cinco dias, quando pode ser utilizado o princípio da "verdade sabida".

A sindicância para simples verificação de irregularidades, genérica e sem indiciados, denomina-se (art. 201, §§ 1.º e 2.º) "averiguação preliminar".

Sindicância, mesmo, nesse sistema, é a denominação reservada à peça preliminar e informativa do "inquérito" administrativo (correspondente a processo administrativo), que deve ser efetivada na falta de definição dos fatos ou de elementos indicativos da autoria dos mesmos (art. 203).

Sindicância, processo sumário ou averiguação preliminar podem ser realizados por funcionário ou comissão de funcionários. Competência para sua abertura: cumulativamente, Prefeito, Secretários municipais, Diretores

de Departamento ou autoridades equiparadas, e chefias imediatas do funcionário, estas até o limite de repreensão ou suspensão até cinco dias.

No processo sumário, após a instrução, é obrigatória a concessão de "vista" ao funcionário para sua defesa, seguindo-se eventualmente a decisão. Já a sindicância preparatória do inquérito não comporta o contraditório e tem caráter sigiloso, devendo ser ouvidos os envolvidos no caso, exceto, obviamente, o acusado, que só o será no próprio inquérito. No mais, o processamento é semelhante ao da Administração estadual.

f) *Sindicância administrativa no regime da CLT*

Os servidores contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho não possuem, no *direito positivo*, garantia de processo ou procedimento administrativo para aplicação de penalidades, agravando-se ainda mais a questão quando se trata de servidores optantes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, mesmo com mais de dez anos de tempo de serviço. A exceção é a dos servidores *não optantes* que adquiriram estabilidade, cuja dispensa deve ser precedida de "inquérito para apuração de falta grave", para que seja válida. Assim, é comum ver-se dispensa de servidores celetistas, mesmo com vários anos de serviço e com capacidade comprovada, por motivos políticos ou de simples antipatia pessoal do dirigente, em uma situação absolutamente injusta.

Entretanto, a jurisprudência mais atual tem admitido que aos servidores desse regime, exceto os contratados para funções de confiança, em comissão, se aplica integralmente o princípio do devido processo legal, para sua dispensa. Temos um exemplo claro no acórdão do TFR (Álcio Luiz Pessoa, advogado celetista, contratado pelo INPS de Rondônia), em *RDA n.º 157/89*, em que se firma que a dispensa do empregado público regularmente admitido subordina-se ao princípio da legalidade e não ao da *autonomia da vontade*, faltando legitimidade ao Superintendente da referida autarquia para efetuar essa dispensa sem o devido processo legal.

Procurando suprir essa lacuna, alguns órgãos públicos procuram formalizar a apuração de faltas administrativas (relacionadas às "justas causas" da CLT) através de procedimento denominado officiosamente "sindicância", que *não é*, juridicamente, a mesma sindicância dos Estatutos, mas investigação disciplinar que a ela procura se assemelhar, especialmente oferecendo oportunidade de defesa e de produção de provas ao celetista indiciado.

Essa sindicância é utilizada, principalmente, nas autarquias, seja para fundamentar aplicação de penalidades mais leves, seja (especialmente) para caracterizar comportamento do servidor enquadrado como justa causa para dispensa de empregado, evitando-se punições injustas.

g) *Punições administrativas e jurisprudência — Conclusão*

As decisões resultantes de processos ou de procedimentos administrativos sujeitam-se ao controle jurisdicional nos termos aplicáveis aos atos

administrativos em geral, ou seja, controle de legalidade e, quanto aos aspectos discricionários da punição disciplinar, nos casos que envolvem a *regularidade* da decisão, especialmente relativos aos elementos *competência, finalidade e forma*.

Quanto às punições deles decorrentes, a jurisprudência tem firmado posição principalmente quanto à necessidade do devido processo legal para sua aplicação, e a sindicância administrativa enquadra-se na regra geral.

Assim é que o servidor poderá ser punido com repreensão, multa, suspensão, demissão, mas é indispensável que, para as penalidades mais graves, seja instaurado o devido processo ou inquérito administrativo, e, para as mais leves, o respectivo procedimento, em atenção ao princípio do "due process of law".

No entanto, com a tendência jurisprudencial em compelir a bilateralidade de audiência, com a possibilidade de o indiciado produzir provas e defender-se, mesmo nas infrações mais leves, induzindo assim a uma estruturação *contraditória* dos procedimentos que, propondo aplicação de penalidades, propiciem uma decisão sobre interesses *antagônicos e resistidos*, parece claro que a *sindicância administrativa*, no caso específico de fundamentar a aplicação de punições menos graves, vai se caracterizando, cada vez mais, como uma modalidade *menos formal* de *processo administrativo*.

BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO, Edmir Netto de. O Ilícito Administrativo. Tese de doutoramento na FADUSP, 1985, e *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, São Paulo, 18, artigos de GERALDO C. PACHECO, LUCIANO FERREIRA LEITE e FÁBIO ALVES ROSA.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Rio, Ed. FGV, 1966.
- COSTA, José Armando da. *Teoria e Prática do Direito Disciplinar*. Rio, Forense, 1981.
- CRETILLA JR. José. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio, Forense, 1986.
- FAZZALARI, Elio. *Novissimo Digesto Italiano*. Un Tip. Editrice Torinese, Turim, 1966, 13º vol.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Estudos de Direito Público*. Ed. da Secret. de Docum. e Inform. do Min. da Justiça, 1977.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Max Limonad, 1974.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Rev. Trib., 1985.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*. Ed. Rev. Trib., 1972.
- PEREIRA, Armando. *Prática do Processo Administrativo*. Ed. FGV, 1966.
- SCHIESARI, Nelson. *Direito Administrativo*. Ed. Hemeron, 1975.

A vinculação constitucional, a recorribilidade e a acumulação de empregos no Direito do Trabalho

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz ap. do TRT da 3ª Reg. Professor da Faculdade de Direito da UFMG e Advogado em Belo Horizonte

1. *Dos temas*

A um primeiro relance pareceria estranho se abordassem em uma mesma exposição dois temas diversos quanto aos campos jurídicos a que pertencem — de direito processual um, de direito material outro.

Examinados, porém, sob o fundo do quadro em que se inserem, aponta-se uma interligação essencial entre ambos e que diz respeito à própria raiz de sua estrutura e dinâmica jurídicas: a lei constitucional.

A focagem, portanto, em seu desdobramento, explica-se no ponto de partida em que é tratada, e por essa focagem tem-se a oportunidade de examinar a natureza, a incidência vinculadora e o campo de aplicação de regras constitucionais, como se encontram em vigor no direito brasileiro.

Tanto o problema da recorribilidade, o direito de revisão de uma sentença por outro tribunal, funcionalmente em grau superior, quanto o dever de aplicarem-se preceitos que vedam a acumulação de cargos, funções e/ou empregos constituem matérias interdisciplinares na técnica de construção e de aplicação do direito, que se unem por um ponto comum, que é justamente o fundamental, o básico (*Grundnorm* ou *Fundamentalnorm*) na estrutura do ordenamento jurídico, a Constituição, e esse ponto autoriza o estudo emparelhado da situação jurídica processual e da situação jurídica material, com a finalidade, sobretudo, de identificar-se a índole dos dispositivos expressos na regra maior e a sua força de captação na operação julgadora dos Tribunais.

É o que se intentará.

2. *A hipótese*

Arma-se a hipótese sobre uma sentença de primeiro grau que acolhe a carência de ação, fundada em que, comprovada a acumulação de empregos, ao reclamante faltava a possibilidade jurídica para pleitear diferenças salariais em uma das empresas, sociedade de economia mista, em virtude de expressa vedação constitucional.

Ao julgar o caso, o Tribunal Regional, por uma de suas turmas, entendeu de prover o recurso do autor e, excluída a carência de ação, determinou a volta dos autos à Junta de Conciliação e Julgamento, a fim de que julgasse o mérito, isto é, se ocorriam os fatos sobre que postulava ele as diferenças salariais.

Pergunta-se: dessa decisão há oportunidade para o recurso de revista? O nível constitucional da recorribilidade e o da acumulação, como questão afeta ao Supremo Tribunal Federal, pode obstar o cabimento, a interposição, o conhecimento do recurso do acórdão regional?

E o Enunciado n.º 214, do Tribunal Superior do Trabalho, ante a preclusão e a suspensividade nos recursos dispostos em lei?

O discurso jurídico é menos simples do que parece e só assim será enfrentado, embora nas linhas estritamente indispensáveis ao seu equacionamento elucidativo.

3. *Da recorribilidade*

A recorribilidade ampla é princípio que se colhe do art. 153, § 4.º, em que a aceção ali contida *de não exclusão da apreciação do Poder Judiciário*, de qualquer lesão de direito individual pressuposto, em princípio, o escalonamento irrestrito que se concede à parte de exaurir todos os graus da hierarquia jurisdicional.

Interessante é observar que a imediata invocação do § 4.º do art. 153 da Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, embora aqui em sua versão processual, conduz, desde logo e de um salto, à própria temática da *acumulação de empregos*, pois, desde que inexistia condicionamento prévio e expressão à exaustão de uma via administrativa para o seu exame, o *poder-dever* de os Tribunais decidirem a questão da acumulação é imperativo que não se excepciona no preceito constitucional.

Na esfera do amplo direito de recorrer, toma-se como que em pinça de amostragem o Enunciado n.º 214, do Tribunal Superior do Trabalho, que extinguiu, pelas vias jurisprudenciais, quaisquer recursos de decisões ali denominadas "interlocutórias".

É curial que, no procedimento trabalhista, o Enunciado n.º 214 compreende os recursos ordinários, o de revista, o de embargos e, eventualmente, o agravo de petição, CLT, arts. 895, 894, 896 e 897, respectivamente, para não aventurar-se em falar no recurso extraordinário, que tem seus pressupostos na própria Constituição.

4. *Do cabimento*

Ora proferido o acórdão regional, qualquer que seja a sua natureza, enseja *cabimento de recurso de revista*, ante o que, expressamente, dispõe o art. 896, dentro de seus pressupostos, lastreados nas letras *a* e *b* e § 2.º do art. 702, letra *b*, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A natureza da decisão não interfere com a oportunidade e o cabimento do recurso, pois a lei o autoriza, de imediato, desde que proferido e publicado o acórdão.

O preceito legal, que regula criação, cabimento e pressupostos de recurso, resguarda a competência da lei para assim reger, e tal matéria não pode deslocar-se para o plano da construção jurisprudencial, sob pena de atentar-se contra os arts. 6.º, parágrafo único, 8.º, XVII, *b*, e 153, § 2.º, da Constituição Federal, o que conduz o Enunciado n.º 214, do Tribunal Superior do Trabalho, à manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade.

Na seqüência e regularidade dos atos procedimentais estabelecidos em lei, o cabimento dos recursos nela previstos e a sua veiculação são garantias *de ampla defesa da parte, de cumprimento do due process of law e do conhecimento*, pelos Tribunais, de todas as questões objeto de litígio. O corte a tais garantias importa, ainda, em denegação de vigência ao citado art. 153, §§ 4.º, 15 e 36, da Carta de 1967 — Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

A natureza suspensiva do curso procedimental em razão da espécie de sentença proferida no processo do trabalho só se dá em uma hipótese, a do § 2.º do art. 799 da Consolidação das Leis do Trabalho, em que, por força também de lei, se assegura à parte preliminarmente sucumbente, a reabertura da prejudicial, como preliminar no recurso devido, depois de julgado o mérito, ou extinto o processo ou proferida decisão definitiva.

Nessa hipótese, a lei garante à parte, no corte ou na suspensividade do recurso, a *eficácia antipreclusiva, em relação à decisão (incompetência)*.

Ora, dentro da linha procedimental disciplinada em lei, em que se estabelece, inclusive, força devolutiva como meio de impugnarem-se sentenças através de recurso (o que é matéria também regulada em lei), a *ruptura dessa linha sob captação exegetica apenas* — já que a Súmula n.º 214 não é lei e apenas condensa direção interpretativa — esbarra no disposto no art. 468 do Código de Processo Civil, mormente *in casu*, em que a questão decidida é uma questão constitucional, da maior gravidade e da maior

repercussão na ordem jurídica e que diz respeito à acumulação de empregos, constitucionalmente vedada e comprovada.

Pode-se apontar, sem qualquer dúvida, ainda, à violação, a própria garantia da antipreclusão, pois a lei processual, em casos que tais, comina esse efeito ao acórdão proferido pelo Tribunal Regional, se dele não se interpor recurso.

Assim, preliminarmente, à força de normas expressas legais e de suas garantias constitucionais, assiste direito e oportunidade à parte de interpor recurso de revista, cujo seguimento decorre da caracterização de seus pressupostos de conhecimento.

5. *Do conhecimento e do provimento*

Ao julgar a preliminar de inviabilidade do pedido em razão de impedimento constitucional à pretensão do empregado, lembra-se que a Turma julgadora arma um preceito e reconhece concluindo:

“Tendo em vista o caráter de acumulação, matéria esta que não está afeta à competência desta Justiça, rejeito a exceção de natureza constitucional, para cassar a r. decisão que julgou o autor carecedor de ação, por ausência de possibilidade jurídica do pedido.”

Advirta-se, inicialmente, que a Turma julgadora enseja acórdão revivendo e por fundamentos que dispensam arremetidas em profundidade.

Antes, a Turma se abalçou em julgar matéria constitucional, rejeitando “exceção de natureza constitucional”.

Ora, a competência para julgar questão constitucional é do Tribunal Pleno, como está suposto no art. 116 da Constituição Federal, aqui também violado, sob execução de dispositivos regimentais dos Tribunais, fatalmente desatendidos.

Por outro lado, além do grave erro de técnica e de conceituação processual, esse acórdão acabou por anular decisão de 1.º grau, sob o rótulo de “cassação”, sem que a parte recorrente tenha argüido tal preliminar. É um dado a mais e que mais peculiariza a hipótese.

Deu-se ofensa grave ao disposto no art. 795 da Consolidação das Leis do Trabalho e no art. 245 do Código de Processo Civil.

O palmar equívoco do acórdão regional consistiu em confundir aplicação de regra constitucional, como obstáculo ao pedido, que é meio de defesa de mérito, embora preliminarmente disposta como se tratasse de questão extintiva do pedido.

Ora, se a inviabilidade do pedido fora posta em termos legais — o fundamento de direito —, a matéria é de mérito e cabia à Turma Regional

dela conhecer como mérito e assim julgá-la, e com o mérito por inteiro, inclusive em seus desdobramentos de fato. Não o fazendo, passou ao largo do art. 515 do Código de Processo Civil, que consagra e impõe devolução ampla à instância do recurso ordinário.

6. *Da acumulação e da Constituição*

Declarada e confirmada pelo acórdão regional a acumulação de cargos ou empregos e ainda assim haver sido essa situação considerada como regular, para fins de pagamento de *diferenças de salários* por uma das empresas públicas em que ocorre a acumulação, o acórdão regional afrontou o art. 99, § 2.º, da Constituição Federal.

Na exegese do art. 97 da Carta de 1967, que, em seu § 2.º, se repetiu pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, agora sob o art. 99, atenta PONTES DE MIRANDA:

“O art. 97 estendeu a vedação de acumulação. Enquanto no art. 97, I, II e III, somente se fala de cargo público (cargo de funcionário público), no art. 97, § 2.º, explicita-se que a proibição se estendeu às autarquias, às empresas de serviços ao público e às sociedades de economia mista, porém não só em se tratando de cargo ou emprego: basta o exercício de função.” (Cf. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1967, T. III, p. 475, n.º 8.)

O desdobramento do dispositivo, em suas conotações e percussões, apreende indiferentemente o pressuposto da acumulação não só em relação à natureza da pessoa jurídica estatal ou paraestatal empregadora como, também, a índole da relação jurídica do prestador de serviços, seja ocupante de cargo, seja de função, seja de emprego.

Precisa-o MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em correta elaboração doutrinária:

“A Constituição de 1967 teve a boa lembrança de estender a proibição de acumular cargos e funções pertencentes à administração descentralizada. Hoje, a proibição abrange cargos, funções ou empregos de autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas.” (Cf. *Comentários à Constituição Brasileira*. 2.ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, Vol. 2.º, p. 171.)

Por sua natureza cogente, imperativo-inderrogável, o preceito constitucional dirige-se, em sua força vinculante, não só aos destinatários e legitimados privados das normas, mas, antes de tudo, aos órgãos do Estado, encarregados da execução e da aplicação da lei.

Não será dado, portanto, ao Tribunal do Trabalho o poder jurídico de conhecer, além de seus umbrais em tese do direito de ação, da prestação do empregado, o que importaria manifesta irreverência à Carta de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

Como acentua ainda PONTES DE MIRANDA,

“(c) A regra jurídica sobre inacumulabilidade é de incidência imediata” (Cf. Ob. e T. cits., p. 465)

e opera eficácia plena no ordenamento jurídico, com afastar qualquer outro direito adverso, como seria o direito adquirido, que não prevalece contra norma constitucional se não pela própria Constituição excepcionado.

A tese central da empresa, pública ou mista, assenta-se em que, por dirigir-se a lei aos órgãos estatais de sua execução e de sua aplicação, não podem eles deixar de acatá-la, em sua força cogente, independentemente do comportamento das pessoas privadas implicadas.

Essa é a razão fundamental, que leva a empresa a considerar rechado de plano o pedido de diferenças salariais, que se calca sobre uma situação jurídica manifestamente inviável por dispositivo cogente-proibitivo da Constituição Federal.

A coonestação do órgão estatal, sobretudo de um órgão do Poder Judiciário, a quem incumbe primeiro zelar pela estrutura normativa do ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal, não se admite e seria aberrante a sentença que condenasse em diferenças salariais e consectários de natureza tipicamente acumulativa.

O Supremo Tribunal Federal, a que cabe a tarefa básica de interpretar e fazer observar a Constituição Federal, assim decidiu:

“Servidor público. Relação de emprego decorrente de acumulação proibida. A acumulação proibida afasta os direitos inerentes à relação de emprego (art. 99 da Constituição Federal). Recurso extraordinário conhecido e provido.” — STF-PLENO. RE 92.701-8. Rel. Min. MOREIRA ALVES: In: BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*. 17.^a ed. Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1981, p. 23, Ementa n.º 120.

“Reclamação trabalhista para reintegração em cargo de que fora dispensado. Despedida que se justifica em face da existência de acumulação vedada constitucionalmente” (art. 99, § 2.º, da Constituição Federal) — STF-PLENO. RE 89.111-1. Rel. Min. SOARES MUÑOZ. In: BOMFIM & SANTOS. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, ed. e ano cits., p. 24, Ementa n.º 122.

“A acumulação de emprego em entidade da administração indireta, regida pela CLT, já era vedada anteriormente à Constituição de 1967 e à Emenda Constitucional n.º 20, de 1966. Se assim não fosse, não mais seria possível a acumulação, diante do novo preceito constitucional, contra o qual não pode ser invocado o direito adquirido.” — TFR — 1.^a T. Proc. RO 1.626. Rel. Min. JORGE LAFAYETE GUIMARÃES. In: BOMFIM &

SANTOS. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, cit., 13.^a ed., 1976 p. 25, Ementa n.º 132.

“Sendo proibida a acumulação por força de preceito de ordem constitucional (art. 185, Const. 1946), e apurada sua existência mediante prova não contestada, lícita a dispensa do empregado nessa situação, não gerando, tal ato, quaisquer direitos.” — TFR — 1.^a Seção. Proc. E-RO 3.224. Rel. Min. OTTO ROCHA. In: BOMFIM & SANTOS. *Dicionário de Decisões Trabalhistas*, cit., 18.^a ed., 1982, p. 23, Ementa n.º 114.

Se o empregado funda seu pedido em uma suposta ilegalidade da empresa por diferença de salário, a essa suposta ilegalidade se contrapõe a impossibilidade constitucional do pedido. *Tollitur quaestio*.

Ante o que se expôs, depara-se afronta às regras constitucionais, pelo acórdão regional, o que conduz ao conhecimento e ao provimento imediato do recurso de revista. A eficácia será a restauração da sentença de primeiro grau ou a carência imediata.

Colocação jurídica das mais relevantes de que não se pode passar ao largo e cujo conhecimento se exige ao julgador é aquele que se desdobra na classificação das normas jurídicas — não só metodológica, mas de aplicação prática e regular da regra de direito — em “normas primárias” e “normas secundárias”.

Na mesma área de conhecimento, é indispensável se entenda o que sejam “destinatários da norma”, sejam os destinatários “imediatos”, sejam os destinatários “mediatos”.

É curial que tais construções guardam direta relação com a força vinculativa da norma, a sua natureza imperativa e a sua aplicação direta (*self executing* ou *self acting*).

Como normas imperativas proibitivas, as regras constitucionais que proíbem acumulação são *self acting*, e seus destinatários “imediatos” são os tribunais, como os “mediatos” são os sujeitos vinculados obrigacionalmente.

Por isso, há que se entender o que se tem por “normas primárias” e “normas secundárias”.

A distinção, tanto em HART, quanto em KELSEN, quanto em NAWIASKY, parte de AUSTIN, ao definir o conteúdo-finalidade das normas jurídicas (Cf. GAVAZZI, Giacomo. *Norme Primarie e Norme Secondarie*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1967, pp. 44 e ss., 75 e ss.).

Enquanto, em uma concepção evolutiva, as normas primárias constituem e conformam direitos, as normas secundárias são sancionadoras (sejam impondo, *imperativus*, sejam proibindo) e se dirigem aos órgãos estatais encarregados de sua aplicação. HART denomina-as “normas de juízo” (*norme di giudizio*), como lembra GAVAZZI (Cf. ob. cit., pp. 70/71),

pois atribuem aos órgãos do Estado o poder de “acertar e declarar se uma norma primária é ou não violada” (ob. e p. cit.).

Como ensina magistralmente NAWIASKY, a distinção assegura a “indefectível inviolabilidade formal” da regra imposta e é a um órgão do Estado que cabe, se provocado (como na espécie), a declaração direta dessa inviolabilidade (Cf. NAWIASKY, Hans. *Teoría General del Derecho*. Madrid, Ediciones Rialp, 1962, pp. 36-37, n. 5).

Os Tribunais estão direta e imediatamente vinculados às leis e, se a hipótese se submete a seu julgamento, não podem eles deixar de declarar a violação a qualquer uma delas, sob pena de incorrerem em violação maior: o descumprirem a tarefa básica, que lhes incumbe a ordem jurídica, de zelarem pela higidez e regularidade da ordem jurídica, seja estática, seja dinamicamente.

Os argumentos intentados em outras vias são especiosos e buscam contornar o vínculo direto que existe entre os órgãos de aplicação da lei e esta, em sua força sancionadora.

Assim, torna-se impossível a um Tribunal deixar de declarar a violação da regra constitucional, que é *self acting* e que não depende de qualquer regulamentação. Sabe-se, de elementar conhecimento jurídico, que as leis proibitivas, que contêm o juízo hipotético armado, são imediatamente aplicáveis, logo que verificados os seus pressupostos, como se dá no caso em exame.

Convém, mais, lembrar: armada a proposição jurídica (ou o juízo hipotético, na formulação de KELSEN) e ocorrendo os pressupostos fáticos da respectiva *fatispecie*, a lei, seja a ordinária, seja a constitucional, apenas se subsume, isto é, imediatamente se aplica. E, o que é mais significativo *in casu*, o grande chefe da Escola de Viena, como que chamando a atenção do Tribunal para a sua direta responsabilidade, expõe:

“Os destinatários imediatos das normas jurídicas gerais hipotéticas são, por conseguinte, os indivíduos autorizados e possivelmente também obrigados a ordenar e executar os atos de coação que *in concreto* atuam como sanções” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 64).

Se *imediatos* são os destinatários, significa isto que lhes cabe o poder-dever de aplicarem a regra de direito, pela forma e pelo modo como lhes é submetida a aplicação. Se assim não fosse, os Tribunais falhariam em sua primeira e principal função que é a de assegurarem a vigência e a incidibilidade do ordenamento jurídico.

E adverte o mesmo KELSEN que os indivíduos, no tráfego jurídico, nas relações privadas ou negociais, são “destinatários mediatos”, ou seja, a sua posição jurídica é secundária em relação aos órgãos do Estado, mormente em se tratando de direito indisponível (*zwingdes Recht*).

Os aspectos jurídicos da inseminação artificial e a disciplina jurídica dos bancos de espermia

Senador NELSON CARNEIRO

O verso é de Camões:

— “Porque sempre por via irá direita
Quem do oportuno tempo se aproveita.”

Esta é a hora propícia para o painel que nos reúne. Bem haja o já renomado Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, que, por iniciativa do ilustre Presidente do Conselho Diretor, Francisco dos Santos Amaral Neto, suscita este importante debate quando a Assembléia Nacional Constituinte se preocupa em dotar o País de sólidas instituições democráticas, o Senado Federal revê o Projeto do Código Civil votado pela Câmara dos Deputados e se aguarda decisão sobre o novo Código Penal. E quando somente agora se divulga, entre nós, o Decreto-Lei n.º 319, aprovado pelo Conselho de Ministros de Portugal e promulgado pelo Presidente Mário Soares no passado setembro, sobre a procriação artificial humana e a recolha, manipulação e conservação de espermia. Apenas de lamentar, e muito, que aqui não esteja, com seu saber e lucidez, mestre Haroldo Valadão, chamado antes de nós para o concílio permanente das almas nobres e puras e deixando para a multidão de discípulos, amigos e admiradores a lição de uma vida inteira a serviço do direito.

A mitologia reivindica para Zeus a primazia de haver engravidado a Danae, filha de Acrísio, enclausurada para não dar à luz a Perseu, que viria a matar o avô e usurpar-lhe o trono. As lendas orientais recordam as mulheres que iam sozinhas ao templo de Vanijiin, deusa da fertilidade, e de lá retornavam grávidas, inseminadas. Fora do mundo da fantasia, a primeira mulher inseminada artificialmente seria a Rainha Joana, de Portugal, casada com Henrique IV, o Impotente. O Rei de Castela teria repudiado a mulher e se negado a reconhecer a filha. Mas a essas conjecturas os autores aduzem as experiências de Marcelo Malgighi, logrando o encaixe de germens nos ovos de bicho-da-seda (1670), e Jacobi em ovos de salmão (1725). A definitiva evolução da inseminação em animais se atri-

Palestra proferida no Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, em 28 de maio de 1987.

bui ao abade Lázaro Spallanzani (1780), com a fecundação artificial de uma cadela, de que resultou a geração de cãesinhos vivos e normais, e de que se teria valido Rossi, com significativo êxito⁽¹⁾. Para JOAQUIM DIDIER FILHO a inseminação artificial começou pelo reino vegetal, nas palmeiras reprodutoras de tâmaras, evoluindo para a piscicultura, objeto das experiências de Swammerdan, ao estudar a fisiologia dos animais inferiores⁽²⁾. Fora de dúvida parece, entretanto, que foi a Inglaterra com John Hunter (1790) e Sims (1866) “o berço da inseminação artificial humana”. Hunter teria usado, com inteiro sucesso, a inseminação na mulher de um comerciante de fazendas londrino do esperma de seu marido. Quase um século depois, em 1884, o médico americano Robert Dickinson obtinha esperma de um doador anônimo para inseminar na esposa de um comerciante de Filadélfia, “que era completamente estéril”⁽³⁾. Em comunicação apresentada às *Journées d'Études de la Société Française de Sociologie* consagradas às *Analyses sociologiques de la recherche scientifique et technique*, SIMONE NOVAES afirma que até então (1983) continuava clandestina na França a inseminação artificial, em face das fortes objeções morais que levantava, sobretudo nos meios religiosos. “Recusava-se a violação do laço sagrado do casamento implícita no recurso a um doador de esperma anônimo, a dessexualização da fecundação, e a masturbação-desperdício do sêmen — necessário à dádiva do esperma”⁽⁴⁾. Já no fim do século XIX, o Santo Ofício respondeu *non licere* à questão *an adhiberi possit artificialis fecundatio*, e o Tribunal de Bordéus apontou (1883) como um verdadeiro perigo social a inseminação artificial⁽⁵⁾. Isso não impediu que logo tal prática se propagasse principalmente nos países anglo-saxões e nem que os soldados que combatiam na Coreia “fecundassem suas esposas por meio de esperma remetido por avião”⁽⁶⁾. A medida espalhou-se rapidamente por várias nações, justificando a observação de CATHERINE LABRUSSE-RIOU, Professora da Universidade de Paris-Sud, que, em erudito trabalho publicado em 1986, começa afirmando que, “desde há alguns anos, não passam semanas sem que a imprensa relate algumas novas proezas médicas ou científicas em matéria de reprodução humana; não passam meses sem que apareçam nas revistas especializadas estudos de toda sorte, onde o poder da ciência na produção, até a determinação biológica do homem, é analisada à luz da biologia ou da psicologia, da antropologia ou da socio-

(1) ARTUR DE CASTILHO NETO. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. I, pp. 61/76; MARCO AURÉLIO S. VIANA, em *Revista Jurídica Lemí*, n.º 132, pp. 1.1/1.18; DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO DE LIMA. Inseminação Artificial, em *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 44, p. 399.

(2) JOAQUIM DIDIER FILHO. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 57, pp. 305 e 214.

(3) MARCO AURÉLIO S. VIANA, *ob. e loc. cit.*

(4) SIMONE NOVAES. La procréation par insémination artificielle: vers une analyse de la dynamique sociale, em *Social Science Information*, vol. 22, p. 139.

(5) SERGIO SÉRVULO DA CUNHA. *Direito de Família, Mudanças*, p. 137; OSVALDO PATARO. Inseminação Artificial, (Medicina Legal), em *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 44, p. 411.

(6) JOAQUIM DIDIER FILHO, *ob. e loc. cit.*

logia, da filosofia ou da religião, da moral ou do direito. As obras se multiplicam oferecendo ao público, crédulo ou perplexo, fascinado, indiferente, ou reprovador, os meios de informação e reflexão aprofundados sobre as tecnologias da reprodução" (7).

Enquanto isso, a legislação não acompanha o passo da ciência, a justificar a observação de JACQUES ROBERT: "A oportunidade de uma legislação devia antes de tudo depender de três fatores cumulativos. O legislador deveria iniciar perguntando se a lei eventual responde efetivamente a uma utilidade social: se ela melhorará a sorte de um número significativo de cidadãos, se ela ordena o direito em acordo com a realidade da vida, fazendo cessar este escândalo inaceitável que representa em todo Estado de direito a não aplicação voluntária de uma lei em vigor. Ela deveria, em seguida, ser inspirada por preocupações de justiça: averiguar se seu texto trará melhoria coletiva sepultando disparidades e desigualdades entre os homens. Isso importaria — enfim — que não excluísse de pronto toda consideração moral, sendo entendido, por certo, que toda moral é contingente, que varia com a conjuntura e que deve sempre ser avaliada à luz da evolução social. Esta tríplice preocupação não deve retardar a ação do jurista, mas simplesmente aconselhá-lo a ser prudente — o que não quer dizer inativo — na apreensão de realidades tão complexas" (8).

Os aspectos jurídicos da inseminação artificial foram doutamente estudados, o ano passado, por PAULA MARINHO DA SILVA, de presença marcante no Seminário que o Centro de Estudos da Ordem dos Advogados de Portugal promoveu, em 1985, em Lisboa, e de que participaram os professores franceses François Terré, Philippe Remy, Gérard Conu e Pierre Catala. "Timidamente" — escreve a ilustre advogada — "temos vindo a observar o aparecimento em alguns países, nomeadamente na Inglaterra, Austrália e Suécia, de estudos focando aspectos concretos da procriação artificial, nomeadamente no campo da filiação, da maternidade de substituição e na utilização de embriões". Mas ela mesma refere a legislação de sua Pátria, ao impor no art. 214, I, do Código Penal, de 1982, a pena de prisão de um a cinco anos, para "quem praticar inseminação artificial em mulher sem o seu consentimento". E informa que, desde 1983, o Conselho de Pesquisas do Canadá e o Conselho Federal de Ética dos Estados Unidos debruçam-se sobre a palpitante problemática. E, em março de 1986, a Câmara dos Deputados da Espanha recebeu as conclusões de uma Comissão Parlamentar, destinada a oferecer recomendações sobre as técnicas de procriação artificial. Mas a todos se antecipou, ainda uma vez, a Inglaterra. Em 1982 instalou-se o Warnock Committee, dirigido por Mary Warnock, e que publicou, dois anos depois, "um relatório completo e aprofundado sobre esta matéria, acompanhado de uma série de recomendações com vis-

(7) La Filiation et la Médecine Moderne, em *Revue Internationale de Droit Comparé*, 38.º ano, n.º 2, p. 419.

(8) *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, set./out., 1984, p. 1.259.

tas a uma futura legislação" (9). Certo é que os legisladores não afrontaram, em toda sua profundidade, os problemas suscitados pela inseminação artificial, e CATHERINE LABRUSSE-RIOU recorda que ainda não se tornaram leis as iniciativas de Caillavet e Mézard, apresentadas sete anos antes ao Senado francês, apesar da convocação do Decano J. Carbonnier (10). A própria lei de 3 de janeiro de 1972, que alterou profundamente disposições do Código Napoleônico, não haveria tomado em consideração, senão excepcionalmente, a evolução científica e médica. Sua originalidade resultaria em dissipar ficções anteriores para fundar a filiação tanto legítima quanto natural sobre a verdade, em sua dupla dimensão, biológica e afetiva ou social, que traduz a extensão dos efeitos da posse de estado, ou como ensina JACQUES MASSIP, "a procura da verdade biológica, a preocupação de unir a criança à sua família de sangue" (11). Disposições do Conselho de Europa não têm alcançado amplitude reclamada pelos problemas que a inseminação artificial desperta em todos os campos em que se projetam suas conseqüências, na medicina, no direito, na moral, na psicologia, na sociedade, não obstante a nomeação de comissões do Parlamento Europeu em 1982 e a reunião da Conferência dos Ministros Europeus três anos depois. As religiões, em geral, aceitam a inseminação artificial homóloga, e a Católica acabará por interpretar generosamente, façamos votos, a palavra de PIO XII, ao declarar que "a fecundação artificial, fora do casamento, deve ser condenada pura e simplesmente como imoral" (Acta A.S., 1949, 557). Do ponto de vista eugênico, o debate ganha especial relevo, quando FERNANDO SANTOSUOSSO lembra que um doador, com uma dádiva por semana, pode permitir 400 inseminações semanais (0,01 cc. de sêmen sendo suficiente para fecundação). Assim, um só doador poderia, em um ano, ser pai de 20.000 crianças, se todas as intervenções fossem bem sucedidas (12).

Se os legisladores ainda não se entenderam em torno de textos que regulem, na esfera civil, a inseminação artificial, os juizes têm sido chamados a decidir problemas por ela suscitados, dos quais os mais ruidosos teriam sido, depois do nascimento da inglesa Louise Brown, o que levou às barras do Tribunal de Créteil a viúva Corinne Parpalaix, desejosa de reaver o esperma do marido depositado num banco do Centro de Estudos e de Conservação de Esperma, CECOS (13), e a decisão do juiz Harvey R. Sorkow, do Tribunal de Nova Jersey, ao entregar ao casal Stern a menor Melissa, retirando-a dos braços da mãe biológica Mary Beth Whitehead, embora sem julgamento, ao que se noticiou, em face da discutível validade do contrato, mas consultando o interesse da criança, cotejadas as condições pessoais dos querelantes. Daí haverem surgido vários projetos, tentando

(9) *Inseminação Artificial — Aspectos Jurídicos*, Lisboa, 1986.

(10) *Ob. e loc. cit.*, p. 421 e nota 4.

(11) *La Réforme de la Filiation*, p. 6.

(12) *La fecondazione artificiale nella donna*.

(13) Cfr. sobre os bancos de esperma, SIMONE B. NOVAES, Social integration of technical innovation: sperm banking and AID in France and in the United States, em *Social Science Information*, vol. 24, n° 3, set., 1985.

regular a matéria, seja no Senado americano, seja em vários Estados, sobre as mães substitutas. Pouco importa que não tenha vingado o filho de Alain Parpalaix, que o imaginara um pianista. O certo é que o fato se antecipou à lei, e o Tribunal, debruçado sobre a realidade, teve de valer-se da analogia, invocando os poderes excepcionais que o art. 171 do Código Civil francês outorga ao Presidente da República, para autorizar, havendo motivos graves, a celebração do casamento se um dos futuros esposos morreu após o cumprimento das formalidades oficiais que demonstram sem equívoco seu consentimento. Mas outros vingaram, e resta perguntar onde estão os textos legais que regulam os direitos dos trazidos ao mundo pelos diversos métodos artificiais? Quando começaram a ser sujeitos de direitos? Nascidos depois de trezentos dias da dissolução da sociedade conjugal de seus prováveis pais, têm ou não a presunção dos filhos legítimos? Qual a data de sua concepção, de modo a assegurar-lhes direitos hereditários? Mais complexa, e mais rara, é a inseminação artificial com doadora de óvulos, suscitando indagações científicas, jurídicas e morais sobremodo tormentosas. A realidade não espera o legislador, a ele se antecipa, num desafio constante. Urge trazê-la a debate, em vez de fingir desconhecê-la, como se ignorá-la acabasse por extingui-la. Nos quadros da administração teria sido a mais rumorosa a querela do prefeito de Bas-Rhin, na Alsácia Lorena, levada ao exame do Tribunal Administrativo de Estrasburgo, ao negar a inscrição dos estatutos da associação "Les Cigognes" (14).

Se a inseminação artificial, seja a homóloga, e especialmente a heteróloga, levanta constantes e sempre novas indagações nesses setores, mais viva é a divergência em sua conceituação em face do direito penal, que CUELLO CALON estuda amplamente, para concluir, já em 1955, que, embora a inseminação heteróloga pudesse causar enormes danos coletivos e individuais, "a lei que a submeteria à sanção penal correria o risco de ser olhada como odiosa e injusta, e seria, portanto, possivelmente, inobservada ou elidida". Abria, entretanto, uma exceção para a inseminação heteróloga, sem o consentimento do marido, e que constituiria gravíssima ofensa, por impor ao cônjuge uma paternidade não verdadeira, tal como a resultante do adultério. Nesses casos, "esta fraude merece severo castigo". A esse tempo, na Espanha, vigorava regulamento contendo normas deontológicas médicas, e em seu art. 19 impedia a prática de fecundação artificial "por estar proibida pela moral cristã". No IX Congresso de Direito Penal, em Haja, resolução aprovada dispõe que "a lei penal não deve punir a prática de inseminação artificial, exceto no caso em que se realize sem o consentimento da mulher ou do marido". O art. 267 do Código Penal de 1969, cuja vigência estava então suspensa, punia com detenção de até dois anos a mulher casada que permitisse a própria fecundação por meio artificial sem que o consinta o marido (15). Resolução do Código de Ética Médica foi impugnada por ARTUR DE CASTILHO NETO, por

(14) JACQUES ROBERT, *Terrorisme, Idéologie Sécuritaire et Libertés Publiques*, em *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, nov./dec., 1986, p. 1.704.

(15) *Tres Temas Penales*, Editora Bosch, Barcelona, 1955, pp. 189 e seguintes.

não ter, simples ato administrativo emanado de um colegiado autárquico, o poder de obstaculizar a prática de um ato que a lei não proíbe (16).

Antes de trazer ao erudito exame dos ilustres debatedores, para sua meditação, perguntas que reclamam, no decorrer dos anos, respostas uniformes, ou ao menos não colidentes, perscruto quanto se tentou fazer no direito brasileiro. E destaco, de início, a contribuição do juiz JOSÉ AUGUSTO DE ABREU MACHADO, ao divergir dos juristas ANTONIO CHAVES e ORLANDO GOMES, que entendiam necessária legislação possibilitando apenas a inseminação artificial homóloga. O magistrado paulista conclui que "há necessidade de regulamentação legal segura para o bom equacionamento do problema e, salvo melhor juízo, dever-se-á autorizar a inseminação heteróloga da mulher casada, com material fornecido por "bancos" regularmente constituídos e rigidamente fiscalizados, com o consentimento do marido" (17).

Coube ao saudoso Senador Vasconcelos Torres apresentar em 1973 o único projeto de lei, que não distinguia entre a inseminação homóloga e heteróloga. Nem por isso se deve recusar à proposta do parlamentar fluminense o mérito de haver tentado levar à apreciação legislativa o estudo de uma prática que se espalha por todos os continentes.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA teria estranhado, com razão, que Miguel Reale não houvesse incluído, no Anteprojeto do Código Civil que coordenou, dispositivo relativo à inseminação artificial. E assim chegou em meados de 1984 ao exame do Senado Federal o projeto aprovado pela Câmara dos Deputados. Na Câmara Alta, recebeu duas emendas, que serão em breve discutidas e examinadas pela Comissão Especial daquela Casa do Congresso Nacional. A primeira, de n.º 224, subscrita pelo Senador JOSÉ FRAGELLI, era confessadamente de autoria do Professor JOÃO BAPTISTA VILLELA, da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, e dispõe:

"Consideram-se também legítimos os filhos concebidos por fecundação artificial após a morte do marido, da mulher ou de ambos, empreendida com células reprodutivas que deles procedam, desde que o cônjuge sobrevivente, se houver, se mantenha viúvo e observadas, em qualquer caso, as condições que, por escrito, haja estabelecido o casal em declaração conjunta."

E assim a justificou o mestre mineiro:

"O projeto, que aspira a ser a nossa lei civil básica às vésperas de se completar o segundo milênio, nem sequer tomou conhecimento da fecundação artificial, e continua pensando a procriação de acordo com as categorias tradicionais do direito. A emenda tem por fim suprir a omissão em uma de suas dimensões mais significativas, estabelecendo, nos parâmetros que especifica, a legitimidade do filho por essa via concebido."

(16) *Ob. cit.*, p. 67.

(17) *Direitos da Personalidade e Inseminação Artificial*, em *Revista dos Tribunais*, vol. 535, pp. 33/35.

A outra emenda ao art. 1.603 do Projeto, de n.º 225, de minha autoria, arrola entre os beneficiados pela presunção de legitimidade, além dos filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, e os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, os havidos por inseminação artificial, com prévia autorização do marido. Eis como a expliquei:

“O texto evita a distinção superada. E inclui como nascidos no casamento os havidos por inseminação artificial, desde que dela tenha conhecimento antecipado e acordado o cônjuge masculino.”

O Código Civil português já assim dispõe, em seu art. 1.839, 3:

“Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”

Autor, no Projeto do Código Civil, do Livro do Direito de Família, coube ao Professor COUTO E SILVA opinar pela aprovação da emenda que apresentei e insurgir-se contra a sugestão do Professor VILLELA, argumentando:

“Nesta emenda procura-se estabelecer a filiação legítima também dos filhos resultantes da fecundação artificial, mesmo após a morte de um dos cônjuges. Todavia, esta matéria deve ficar à discrição da Jurisprudência, que pode extrair do Código regras a respeito. Não se deveria estabelecer um artigo fechado, como se propõe na emenda, para a nomeação da matéria.”

O problema da legitimidade ou ilegitimidade do filho assim concebido desaparecerá, antes mesmo de discutido o parecer do relator, se a Assembleia Nacional Constituinte afinal aprovar o texto acolhido unanimemente pela Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, de minha iniciativa, e que proclama, textualmente: “Os filhos, nascidos ou não da relação do casamento, têm iguais direitos e qualificações, proibidas na lei ou nas repartições oficiais quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, como disposto, aliás, na Constituição portuguesa. Mas, se assim entendeu a citada Subcomissão, igualmente aprovou, com meu protesto, várias emendas, que não só proíbem experiências de genética humana que importem em “qualquer prática que atente contra a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana”, como também possibilitem “a inseminação *post mortem*, a maternidade substituta, os bancos de embriões humanos, a fecundação *in vitro*, a crioconservação de embriões e a procriação artificial com fins comerciais ou experimentais”. A Subcomissão acolheu ainda emenda de minha autoria que proíbe a venda de órgãos de pessoa viva. À VIII Comissão Temática, de que é relator o Deputado Artur da Távola, caberá manter ou modificar o texto aprovado pela Subcomissão (18).

Multiplicam-se por todos os países civilizados os bancos de esperma, de que teria sido pioneiro no distante ano de 1866 o italiano Paolo Mantegazza, e em regra sem qualquer disciplinação legal. MARCO AURÉLIO

(18) O parecer da Subcomissão acolheu a supressão dos textos impugnados.

S. VIANA recorda que Raquel Allen criou, durante a última Grande Guerra, uma clínica contraceptiva, visando a auxiliar os casais sem condições econômicas, ao mesmo tempo que instalava bancos de esperma para dar aos casais sem possibilidades de ter filhos a prole desejada, os *test-tube-babies*. Mas o dado interessante, a seu ver, resultou do fato de os “maridos aceitarem a situação sem maiores constrangimentos, mas as mulheres, em grande número, passaram a um estado neurótico, assaltadas por uma dúvida: quem seria o pai da criança”. Ana Paula é a primeira brasileira nascida por inseminação artificial. Em 1984, em São Paulo. Sim, a primeira de uma série.

Perdoem-me se a multiplicidade de aspectos e de situações que este painel deverá examinar me seduziu e arrastou para exame em que não deveria interferir um intrometido sapateiro de Apeles.

Múltiplas são as indagações que ainda dividem os estudiosos sobre os limites da inseminação artificial, aqui e no estrangeiro, para não referir aos que acreditam que a melhor solução, a menos traumática, a natural, a social, reside no incentivo à adoção plena para os lares vazios de crianças. A lei, que acaso se elaborar, deve permitir, ou não, a inseminação em mulheres solteiras, carentes de amor para doar aos filhos que não tiveram? Ou mais justo será deixá-las abandonar, se ainda é tempo, a solidão em que vivem e buscar o parceiro desejado que as fecunde? Somente a impotência *generandi* justifica o apelo à inseminação artificial? Pode-se admitir ou não a maternidade substituta? No caso afirmativo, em que condições? E a fecundação *in vitro* convém ser ou não permitida? A lei deve restringir-se à regulamentação da inseminação homóloga ou, em determinadas circunstâncias, também da inseminação heteróloga? Quais essas circunstâncias? Como punir a quebra de sigilo quanto aos doadores? E evitar a possibilidade, ainda que remota, de incesto conseqüente à inseminação heteróloga? O doador tem alguma responsabilidade jurídica, quando acaso identificado na inseminação heteróloga, diante da prole que gerou? Qual a dos bancos de esperma? E o meio mais eficiente para controlar seu funcionamento? A essas se juntam as perguntas formuladas por LUIS J. ARCHER:

“Tem o cientista verdadeiro direito à liberdade de investigação? E essa liberdade limitada por outros valores? Quais, e quem os julga? Como se conjuga o direito ao segredo profissional com a obrigação de informar as comissões de segurança? Quem tem o direito e o dever de controlar a ciência, e quem assume a responsabilidade do que vier a acontecer?”

Mais para a meditação dessas e de outras dúvidas do que para sua pronta resposta, foi que o Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro nos convocou. E das intervenções dos ilustres colegas de painel, estou certo, hão de resultar não só valiosas contribuições doutrinárias e científicas, mas também preciosos elementos a serem recolhidos pelo legislador pátrio, na tentativa de disciplinar a prática da inseminação artificial, sem coibir a incessante pesquisa do homem em busca da felicidade.

Casamento e família na futura Constituição brasileira: a contribuição alemã

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor Titular na Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Princípio da subsidiariedade.* 3. *Princípio da igualdade entre o homem e a mulher.* 4. *Casamento e concubinato.* 5. *Igualdade entre filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais.* 6. *Determinações programáticas e determinações auto-executórias.*

1. *Introdução*

Se PETER HÄBERLE pôde dizer em 1984, aparentemente com olhos postos na República Federal da Alemanha, que, àquele tempo, ocorria um “surpreendente déficit em “teoria constitucional da família” (1), é de se pensar como serão amplos os limites da matéria no Brasil, onde é notoriamente baixa a impregnação constitucional na vida jurídica, política e social da Nação. E como tais limites condicionam a qualidade das soluções possíveis, exatamente no momento em que o País se prepara para se atribuir uma nova Carta definidora de sua fisionomia institucional básica.

Em tema de casamento e família tem o Brasil muito a ganhar com a experiência constitucional alemã mais recente, nomeadamente com a que se manifestou na Constituição de Weimar, de 1919, e na Lei Fundamental de Bonn, de 1949. O melhor dessa contribuição, porém, talvez não esteja

(1) *Verfassungsschutz der Familie — Familienpolitik im Verfassungsstaat.* Heidelberg, R. v. Decker & C. F. Müller, 1984, S. 4.

Texto produzido a partir de comunicação, com igual nome, apresentada ao II Congresso Jurídico Brasil-Alemanha (São Paulo, 25 e 26 de setembro de 1986)

nos preceitos inscritos nas próprias leis constitucionais, mas na prática jurisprudencial e, não obstante a observação de HÄBERLE, no discurso teórico que se formou em torno desses mesmos preceitos.

Resta esperar que a prática constitucional brasileira que se seguir à promulgação do novo texto básico se mostre permeável à contribuição que, de uma e outra dessas fontes, possa ser recolhida em matéria de organização da família. De outro lado, contudo, caberia refletir se não seria o caso de transpor para o tecido normativo brasileiro algumas dessas construções alemãs, nascidas e criadas à sombra de realidades próprias, mas que se inspiram fundamentalmente na mesma visão cultural básica do casamento e da família que se tem no Brasil.

2. *Princípio da subsidiariedade*

Essa última reflexão conduz, desde logo, ao princípio da subsidiariedade, que não se acha formulado expressamente na Lei Fundamental de Bonn. Mas é por ele que, segundo DIETER GIESEN, se define, “clara e inequivocamente” a jurisprudência da Corte Constitucional Federal, quando se trata das relações entre casamento e família, de um lado, e sociedade e Estado, de outro: “O Estado, enquanto comunidade maior, só pode intervir quando meios e possibilidade da família, como unidade menor, não forem suficientes no caso concreto. Ao Estado impõe-se-lhe grande reserva, e a aplicação de seus meios só deve ocorrer quando inevitável. Portanto, se também a ação disponível de outras instituições e grupamentos de nível intermedial for insuficiente. Isso significa sobretudo que ao Estado não é lícito imiscuir-se também com as respectivas concepções sócio-políticas na autonomia dos cônjuges e da família” (2).

Observe-se, a propósito — para tomar um só dos muitos aspectos que a subsidiariedade assume na matéria —, que o direito de o estrangeiro, casado com súdito alemão, residir no território da República Federal da Alemanha teve a sua especial proteção explicada pela Corte Constitucional daquele Estado no poder que compete ao casal de determinar *livremente* “o centro espacial e social de sua vida em comum”:

“Uma vez que, em princípio, compete exclusivamente aos cônjuges determinar, de modo auto-responsável e livre de ingerência estatal, o centro espacial e social de sua vida comum, a

(2) *Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes. Juristenzeitung. Tübingen, Nr. 23/24, 10. Dez. 1982, S. 826.*

livre decisão, tomada por ambos, de viver em comum no território federal-alemão merece especial proteção do Estado, caso um deles possua a nacionalidade alemã" (3).

O princípio amplo da subsidiariedade, não seria o caso de deixá-lo expresso na futura Constituição brasileira? Isto é: declarar aí que o Estado não intervirá na intimidade das relações familiares, senão quando a sua ação se revelar absolutamente imprescindível para salvar direitos gravemente ameaçados?

3. *Princípio da igualdade entre o homem e a mulher*

Na vigente Constituição do Brasil não há qualquer formulação quanto à igualdade de direitos entre o homem e a mulher. No Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos a declaração existe. Só que, ao contrário do que ocorre na Lei Fundamental de Bonn, não está contida na enunciação dos direitos fundamentais, senão no capítulo sobre a família, inscrito este no Título V, *Da Ordem Social*.

Aqui, por mais de um motivo, seria útil considerar a solução federal-alemã.

É verdade que na Lei Fundamental de Bonn também as disposições sobre casamento e família estão no compartimento dos *direitos fundamentais*. A matéria, portanto, não está cindida em dois campos autônomos. Trazer, no caso brasileiro, a formulação do princípio da igualdade para o capítulo dos direitos e garantias fundamentais teria a conseqüência de distanciar as duas ordens de determinações. Seria isso vantajoso? Ou conviria, para acompanhar, nos resultados, a Lei Fundamental de Bonn, transferir as disposições sobre a família para o capítulo dos direitos e garantias fundamentais? É da tradição constitucional brasileira, desde a Carta de 1934, reservar um capítulo para as normas relativas à família (4). Não há qualquer razão consistente para se abandonar essa prática. Nem há inconvenientes em que o princípio da igualdade entre o homem e a mulher tenha a sua sede topográfica fora do capítulo referente à família. Mais ainda: A manter-se a linha tradicional brasileira, de um capítulo autônomo para a

(3) [BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND]. Bundesverfassungsgericht. Entscheidung: Nr. 658BVerfG — GG Art. 6 I, II; AusIG §§ 9, 10, 12, 13, 15. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*. Bielefeld, Dez. 1979, S. 1002

(4) A Constituição de 1934, a de 1937 e a de 1946 tinham um compartimento exclusivo para a família. A de 1967, bem como a Emenda Constitucional de 1969, optaram por reunir, em um só título, família, educação e cultura.

família, é imperioso que as duas ordens de disposições estejam em compartimentos não só diversos como de amplitudes determinativas diferentes. Em primeiro lugar, porque não é apenas no casamento e na família que importa estabelecer a igualdade de direitos, senão também, amplamente, no mais que constitui a vida política, social e profissional. Depois, inserido o princípio da igualdade de direitos entre o homem e a mulher ao lado do princípio geral da isonomia, caracteriza-se melhor um em confronto com o outro, segundo graus variados e possíveis de determinação. No caso da Lei Fundamental de Bonn, em um mesmo artigo o de n.º 3, prescrevem-se três ordens distintas de igualdade: a igualdade universal perante a lei, ou princípio geral de isonomia (alínea 1); a igualdade de direitos entre o homem e a mulher (alínea 2) e a proibição de restrições ou privilégios em razão de sexo, descendência, raça, língua e origem, crença, opinião religiosa ou política (alínea 3). A simples regra hermenêutica, segundo a qual a lei não contém palavras ociosas, leva a concluir-se, com GERNHUBER, que o princípio da igualdade de direitos entre o homem e a mulher não configura mera aplicação do princípio geral da isonomia à diferença de sexos. Encerra aquele, antes, *uma proibição absoluta de diferenciação* (5). Convirá que esse venha a ser também o entendimento no caso brasileiro.

4. Casamento e concubinato

Matéria a cujo respeito a reflexão brasileira parece ainda muito pobre é a atitude constitucional diante do concubinato.

O Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos abre o capítulo da família com a seguinte prescrição:

“Art. 362. A família, constituída pelo casamento ou por uniões estáveis, baseada na igualdade entre o homem e a mulher, terá a proteção do Estado.

Parágrafo único. Além de assegurar assistência à família, a lei coibirá a violência na constância das relações familiares e o abandono dos filhos menores.”

Este artigo suscita duas questões da maior relevância. Na medida em que, desviando-se agora da tradição brasileira, admite o concubinato como instrumento de fundação da família constitucionalmente protegida, a disposição o poderá estar elevando ao nível de uma garantia institucional, uma

(5) GERNHUBER, Joachim. *Lehrbuch des Familienrechts*. 3. Aufl., München, C. H. Beck, 1980, S. 55-6.

Institutsgarantie, para usar a denominação técnica em língua alemã. Embora o texto, em rigor, só empreste proteção à família, enquanto tal, poderá não parecer absurda uma exegese que, inspirada na designação expressa do concubinato como forma apta de constituição da família, lhe venha a atribuir foros de instituto privilegiado pela Lei Maior. O risco mais grave, porém — e esta é a segunda questão —, consistirá em que as entidades apontadas — *casamento e união estável* — não tenham, nem um nem outra, qualquer *status* constitucional e se interpretem apenas como formas que a lei reconhece para formação da família.

A opção do Anteprojeto merece detido exame. Está-se confundindo, talvez, a proteção que as leis ordinárias — especialmente as de natureza previdenciária — e a jurisprudência atribuem às pessoas que vivem em comunhão de fato — proteção que deve continuar — e o reconhecimento de uma forma legalmente definida e privilegiada de constituição da família. Conforme observa GERNHUBER, “da especial proteção de uma forma de vida até a injuridicidade de todas as formas concorrentes há um amplo caminho” (6). Não se pretende aqui, de modo algum, que seja o caso de reprimir o concubinato. Afinal, não é disso que se trata, senão de reconhecer que o concubinato não é um modelo ideal de constituição da família. Quando se fala de proteção da família, no texto constitucional, tem-se em vista instituição social relevante. Daí o poder de se definir, a par de outros elementos, como tal instituição se forma. O concubinato, ao contrário, nesse contexto não é mais do que mera possibilidade, inscrita na esfera particular de conduta dos cidadãos. Sobre ele a Constituição deve calar, de preferência a dispor.

Também aqui vale o exemplo que vem da República Federal da Alemanha: O casamento civil é ali o instrumento único de instituição da família que goza de proteção constitucional. Não se segue daí que se condenem, ainda que implicitamente, as uniões livres. A este respeito é clara a lição de ZEIDLER: “O apoio ao casamento e à família, através da ação estatal, é de se atribuir sob forma positiva em benefício deles. E não em termos negativos, através da repressão ou do sacrifício de outras maneiras de viver ou de comportar-se. A isso se opõem o preceito da tolerância e o princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que não intervém a tríade limitativa do art. 2, alínea 1, da Lei Fundamental. O conceito constitucional de moralidade ali contido não se deve compreender, neste contexto, como um princípio transcendental-religioso, senão no mero sentido de um comportamento compatível com o bem geral” (7). ZEIDLER, porém, exclui, claramente, que o privilegiar,

(6) *Op. cit.*, S. 36.

(7) ZEIDLER, Wolfgang. *Ehe und Familie*. In: BENDA, Ernst et alii (Hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin, Gruyter, 1983, S. 580, nota omitida.

mesmo indireto, das uniões livres seja compatível com a "tendência" do art. 6, alínea 1, da Lei Fundamental. Sustenta, antes, exatamente o contrário: "Casamento e família têm, neste contexto, uma pretensão ao maior favorecimento" (8).

A Constituição é, por excelência, o projeto de realização histórica da Nação. Aí devem estar expressas, com determinação e coragem, as opções fundamentais do povo. Ora, com toda a deferência, compreensão e tolerância que se devem às pessoas que vivem em regime concubinário — seja porque lhes faltam condições para contrair casamento, seja porque diretamente o repelem —, este continua sendo, em nossa cultura, a expressão paradigmática de fundação da família. Parecerá antes um retrocesso que um avanço o fato de a Constituição não o reconhecer.

Voltando à Alemanha, pode ser útil recordar alguns aspectos históricos na formação do princípio de proteção constitucional ao casamento e à família. Ao analisar a história do instituto, especialmente na Constituição de Weimar, SCHWAB refere-se a alterações de estrutura da família diante das quais não cabe neutralidade dos direitos fundamentais. Daí os limites constitucionais ao legislador ordinário em matéria de política familiar. Ainda segundo SCHWAB, os movimentos do século XIX, inspirados na conservação da família, tinham a consciência dos riscos a que ela própria e o casamento se expunham, "riscos não tanto pela mudança social (que, constitucionalmente, também não pode, em absoluto, ser evitada), como através de contratos e programas sociais" (9).

Tanto no caso da Constituição de Weimar, como no da Lei Fundamental de Bonn, o temor pela sorte futura do casamento e da família estava sustentado por circunstâncias políticas muito próximas: em 1919 pela recém-implantada revolução bolchevista na Europa; em 1949 pela experiência traumática do nacional-socialismo (10). Nos horizontes atuais do Brasil não se vislumbra, é certo, nada de semelhante. Mas a *constitucionalização* do concubinato representa igualmente um risco grave para o casamento civil. Logo já não se perceberá mais sentido em que o Código Civil estabeleça um processo de habilitação ao casamento, em que defina impedimentos matrimoniais e comine sanções à sua inobservância. Afinal, o casamento terá deixado de ser o instituto por excelência que a sociedade bra-

(8) Op. cit., S. 583.

(9) SCHWAB, Dieter. Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie. In: HABSCHEID, Walther J. et alii (Hrsg.). *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Bielefeld, Gieseking, 1976, S. 906-7. Cf. também SCHWAB, Dieter. *Familienrecht*. 3. Aufl., München, C.H. Beck, 1984, S. 6.

(10) Cf. SCHWAB. Zur Geschichte..., cit., S. 894; LECHER, Helmut. Der Schutz der Familie. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, Bielefeld, Jan. 1979, S. 5.

sileira, fortemente ancorada nos valores da cultura ocidental, havia preordenado à fundação da família. E como é do próprio ser do concubinato refugir ao controle do Estado, *ter-se-ão* que admitir, ao nível eminente da proteção constitucional, uniões de bigamos, de menores impúberes e de irmãos entre si, de pai e filha ou mãe e filho etc., desde que *estáveis*.

Não é o caso de rastrear, aqui e agora, as razões que inspiraram a Comissão Afonso Arinos a elevar o concubinato às honras do altar constitucional. É certo, todavia, que há em torno da figura um halo de romantismo. Seus traços de espontaneidade e sua formação à margem do sistema jurídico oficial fazem dele um produto típico da sociedade civil. Ideal, portanto, para se contrapor ao Estado, na criação homóloga do casamento, em hora de forte reafirmação democrática. Guardadas as devidas diferenças, o fim do regime de 1964 representa para o constituinte brasileiro de agora o que representou para o constituinte de Weimar o advento do socialismo comunista na Europa e para o constituinte de Bonn o encerramento do ciclo nacional-socialista no seu próprio país.

A idealização do concubinato entre nós, porém, pode ser um fruto antes da emoção que da razão. A prática da união livre — ao que tudo indica, tão amplamente disseminada no País — não exprime, a uma análise mais detida, rejeição refletida do casamento civil, senão, provavelmente, a indigência econômica e o subdesenvolvimento cultural de imensos contingentes da população brasileira. A propósito, SCHMIDT-RELENBERG levanta a tese de que cada grupo social adota as formas de união e de família que correspondem “ao estágio de desenvolvimento de seus modos de produção e de seus padrões culturais”. O casamento, assim como na sociedade pré-industrial era um privilégio dos que dispunham de posses, é hoje material e formalmente dispensável para uma grande parte da população: os assalariados. “No terceiro mundo”, acrescenta SCHMIDT-RELENBERG, “os pobres, na sua imensa maioria, não são casados, inclusive na católica América Latina, onde muitas pessoas vivem em união livre”. Em seguida, descreve, com absoluta precisão, este quadro tão de nós conhecido: “E isto [a união livre] faz-se e desfaz-se, como vem e vai, sobretudo como o homem vem e vai; a mulher fica lá assentada com os filhos das diferentes *uniões livres*” (11).

Mas, se correta a interpretação de que o concubinato no Brasil é, antes que tudo, decorrência de pressões econômicas, não seria esta, precisamente, uma razão para alçá-lo à condição de modo regular de formação

(11) SCHMIDT-RELENBERG, Norbert. *Wandlungen des Eheverständnisses*. In: DEUTSCHER FAMILIENGERICHTSTAG (Hrsg.). *Vierter Deutscher Familiengerichtstag*. Bielefeld, Gleseking, 1982, S. 15-6.

da família? Aqui cabe uma opção radical: A Constituição do Estado deve limitar-se a reproduzir as relações de fato vigentes no aglomerado político ou dela se espera que formule o projeto ideal da Nação? (12) Sem se deixar cair nas malhas enganadoras de um normativismo essencialista, que, como tal, teime em desconhecer a realidade social efetiva, seria negar ao direito o papel de instrumento do progresso, se um sadio idealismo não se aninhasse nas leis, sobretudo naquela que é, por tradição e consenso, a regra básica da convivência política. Sem investimento utópico pode-se fazer sociologia, mas não se fará direito.

5. *Igualdade entre filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais*

Há, salvo melhor juízo, um equívoco no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos quando procura eliminar a discriminação contra os filhos não-matrimoniais. O § 1.º do art. 363 diz, com efeito:

“Os filhos havidos dentro ou fora do casamento terão iguais direitos e qualificações.”

Ora, que tenham, em princípio, iguais *direitos* é justo e desejável. Agora, que tenham iguais *qualificações* só será possível se se abolir qualquer distinção entre *casamento e não-casamento*, extremo a que o Anteprojeto, parece, não pretendeu chegar.

Mesmo uma igualdade de direitos não pode ser entendida aqui de modo absoluto, senão na medida em que compatível com outros valores que a própria Constituição assegure. Assim, por exemplo, não se deve pretender que o filho não-matrimonial, menor, tenha o direito subjetivo de viver em companhia de seu pai, se este estiver casado com mulher que não a mãe do menor e ela se opuser à sua admissão no lar comum. O contrário seria uma intromissão intolerável na esfera da intimidade conjugal. Vê-se, de resto, aqui, como estão proximamente ligados o tema da filiação não-matrimonial e o grau de interesse constitucional pelo casamento. Como quer que seja, há, finalmente, obstáculos a bem dizer intransponíveis para a execução prática da igualdade entre filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais, em geral. HECKEL sustenta a opinião de que “em sentido literal é quase irrealizável” o mandamento constitucional do art. 6, alínea 5, da Lei Fundamental de Bonn, no sentido de que sejam proporcionadas aos filhos matrimoniais e aos não-matrimoniais “as mesmas

(12) Sobre esta questão, em sentido mais amplo, cf. BOCKELMANN, Paul et alii. *Das Rechtswesen — Lenker oder Spiegel der Gesellschaft?* München, Piper, 1971 (c).

condições para o seu desenvolvimento corporal e espiritual e sua posição na sociedade”. Uma formulação mais realística parece-lhe a do art. 18 da Constituição do antigo Estado de Württemberg-Baden: “Na vida profissional e na pública, filhos matrimoniais e não-matrimoniais estão em igualdade” (13).

O equívoco do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos está em confundir *igualdade de condições* com *igualdade de direitos e qualificações*. Aos filhos não-matrimoniais deve-se garantir igualdade de condições com os matrimoniais, tal como se determina na Lei Fundamental de Bonn (art. 6, alínea 5), e, tanto quanto possível, igualdade de direitos, o que, decididamente, não é pouco. Para que tenham as mesmas qualificações ter-se-ia que eliminar as barreiras conceituais que definem o casamento (14).

Não é mais feliz, no particular, o Anteprojeto de Constituição do Prof. Fábio Konder Comparato:

“Art. 39 — A todos é assegurada a liberdade de procriação e educação dos filhos, observados os deveres gerais impostos por lei. Não haverá distinção de estado familiar nem de direito sucessório entre filhos legítimos e os concebidos fora do casamento.
Parágrafo único — [...]”

Trata-se, na verdade, de uma abordagem ainda mais criticável. Porque se trabalha aqui com o conceito de *legitimidade*, aplicado aos filhos matrimoniais, acabou-se tendo de recorrer a uma perífrase, com o indissociável propósito de evitar o termo *ilegítimos* para os não-matrimoniais. Indisfarçável mas inútil, porque chamar de *legítimos* aos filhos nascidos de casamento equivale a admitir que os nascidos fora se designem por *ilegítimos*...

É certo que a discriminação pode manifestar-se também ao nível da linguagem, e, sem dúvida, os anteprojetos estiveram, com justa razão, atentos a este aspecto. A solução, que não pode evidentemente ultrapassar os limites da língua, está em procurar expressões tão neutras quanto pos-

(13) HECKEL, Hans. *Einführung in das Ehe — und Familienrecht*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1981, S. 104. BEITZKE observa que uma “igualdade jurídica completa” importaria aqui “uma depreciação da família”, além de não levar em conta a circunstância de que, em regra, filhos matrimoniais e filhos não-matrimoniais crescem sob condições sociológicas diversas: BEITZKE, Günther. *Familienrecht*. 24. Aufl., München, C.H. Beck, 1985, S. 8.

(14) A palavra *qualificações* tem, sabidamente, outros sentidos além do de atribuir *qualidades* ou predicados. Já o contexto exclui, entretanto, uma parcela do conteúdo semântico possível. As significações que remanescem têm, todas elas, algo a ver com *designação*. O Anteprojeto, ao usar o termo *qualificações*, pode ter querido indicar a proibição de que se faça constar, nos registros do estado civil, a origem (matrimonial ou não-matrimonial) da filiação. A ser assim, a redação terá deixado muito a desejar.

sível e que, portanto, não veiculem, ou não veiculem além do inevitável, juízo de valor quanto à natureza da filiação. Aqui também convém considerar a contribuição alemã. A Constituição de Weimar, assim como a Lei Fundamental de Bonn, usaram as expressões *ehelich* e *unehelich*, literal e respectivamente *matrimonial* e *não-matrimonial*, enquanto a Constituição da República Democrática Alemã, de 7 de outubro de 1949, deslocando o assento da pessoa para o fato, optou por *außereheliche Geburt*, isto é, *nascimento extramatrimonial* (15). Em vez de *unehelich* para *não-matrimonial*, na República Federal da Alemanha a Lei da Filiação Não-Matrimonial, de 19 de agosto de 1969, em vigor desde 1.º de julho de 1970, empregou *nichtehelich*, empenhada em alcançar maior teor de neutralidade. Sobre o motivo da substituição, esclarece, com efeito, GERNHUBER: "Trocou-se a palavra porque o prefixo 'un' conteria algo de depreciativo (ainda que se possa demonstrar a ocorrência de casos suficientes de emprego axiológico neutro), enquanto o prefixo 'nicht' não iria além de uma simples negação" (16). Em português, enfim e semelhantemente, parece não existir possibilidades maiores ou melhores que as correspondentes designações *matrimonial* e *não-matrimonial*. *Extramatrimonial* será menos indicado: sugere a existência de um casamento, fora do qual o filho foi concebido. Não cobre, portanto, todas as hipóteses de não-matrimonialidade.

6. Determinações programáticas e determinações auto-executórias

Advertida possivelmente por uma suposta ou efetiva inoperância das enunciações programáticas, a Comissão Afonso Arinos inscreveu no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do seu Anteprojeto a determinação seguinte:

"Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1.º Na falta ou omissão da lei, o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

(15) Na mesma linha, a Lei de Introdução ao Código de Família da República Democrática Alemã, de 20 de dezembro de 1965, fala em filho nascido "fora do casamento" (*ausserhalb der Ehe*) e filho nascido "durante o casamento" (*während der Ehe*): Cf. EGFGB, § 9. Segundo BEYER, preconceitos e discriminação contra o filho nascido fora do casamento deixaram de existir na República Democrática Alemã. Assim, a Constituição socialista de 6 de abril de 1968 pôde dispensar-se, no capítulo dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, de especiais disposições concernentes à eliminação de reservas contra o nascer fora do casamento: Cf. BEYER, Karl-Heinz. §§ 54-63 FGB. In: BEYER, Karl-Heinz et alii. *Das Familienrecht der DDR*. 4. Aufl., Berlin, Staatsverlag der DDR, 1973, S. 223.

(16) *Op. cit.*, S. 873.

§ 2.º Verificando a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta.”

Também na Lei Fundamental de Bonn os direitos fundamentais contidos nos artigos 2 e seguintes têm caráter auto-executório, *verbis*:

“Os direitos fundamentais seguintes vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como direito imediatamente vigente” (art. 1, alínea 3).

Conquanto a norma programática não possa ser vista como um mero enunciado de intenção, estando, ao contrário, dotada de força vinculativa, quer sobre a ação do legislador, quer sobre as operações hermenêuticas, como, já no regime da Constituição de Weimar ensinava ANSCHÜTZ⁽¹⁷⁾, há na determinação do anteprojeto uma preocupação saudável. Saudável mas perigosa.

Cabe recordar, a propósito, a evolução que se produziu, na Alemanha, da Constituição de Weimar para a Lei Fundamental de Bonn, no que respeita ao princípio da igualdade de sexos. A Constituição de Weimar estabelecia no art. 119, *in fine*, em caráter programático. A Lei Fundamental fê-lo no art. 3, alínea 2, em caráter auto-executório. Mas como o princípio, por isso mesmo que princípio, não se autotranspõe para o *corpus* da legislação comum, a sua adoção, quer em um caso, quer em outro, traduziu-se em *mandato* ao legislador ordinário: na primeira hipótese, para estabelecer (*festsustellen*) a igualdade; na segunda, para executá-la (*durchzuführen*), como bem observou SCHMIDT-HORIX⁽¹⁸⁾.

Ocorre que, ao tomar a decisão de mandar ao legislador ordinário que executasse a igualdade, o constituinte de Bonn teve o bom senso de reconhecer que a tarefa demandava tempo e, assim, assinou-lhe um prazo, até a expiração do qual continuariam em vigor as normas que se opunham ao princípio. Por outro lado, a imediatidade de vigência dos direitos fundamentais na República Federal da Alemanha ficava também equilibrada pelo recurso ao conceito de *discrição legislativa* (*gesetzgeberisches Ermessen*), em faltando a aposição de prazo, como no caso do art. 6, alínea 5, isto é,

(17) Cf. ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des deutschen Reichs*. Nachdr. der 14. Aufl., Bad Homburg vor der Höhe, Gentner, 1960, S. 560.

(18) Cf. SCHMIDT-HORIX, Hans. *Das eheliche Güterrecht in Deutschland und Norwegen*. [O.O.Dr.], 1981, S. 16.

da igualdade entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais⁽¹⁹⁾. Para a execução do princípio da igualdade entre os sexos, o prazo ia, pelo art. 117, alínea 1, inscrito nas disposições transitórias e finais da Carta de Bonn, até 31 de março de 1953. Sabe-se que não foi observado. E em 18 de dezembro de 1953 a Corte Constitucional Federal decidiu que todas as regras do direito alemão que não estivessem em harmonia com o princípio da absoluta igualdade entre os sexos tinham perdido o vigor no dia 1.º de abril daquele ano e que, à míngua de novos preceitos, competiria aos tribunais construir as soluções congruentes com a norma da Lei Fundamental⁽²⁰⁾. Foi somente com a Lei da Igualdade de Direitos (*Gleichberechtigungsgesetz*), de 18 de junho de 1957, em vigor a partir de 1.º de julho de 1958, que se consumou a primeira tentativa por parte do legislador ordinário de adaptação ao princípio constitucional.

Atenta a experiência alemã, seria sensato proceder como recomenda o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos? Certamente não. A prevalecer o que nele se contém — e mesmo só ficando no direito de família —, perderiam o vigor, da noite para o dia, inúmeras regras onde se contraria o princípio da igualdade. Abrir-se-iam imensos claros na legislação, que seriam preenchidos com soluções judiciais *ad hoc*, só por coincidência uniformes. Estabelecer-se-ia a incerteza do direito e, por causa dela, a insegurança das partes. A multiplicação das ações e dos recursos seria inevitável e poderia alcançar níveis inquietantes.

Portanto, o que cumpre é manter, sim, o caráter auto-executório do princípio, mas assegurar um prazo razoável para a sua implantação. E não seria o caso de se preferir aqui à fixação do prazo a subordinação da matéria ao princípio da discricção legislativa? Na hipótese da igualdade entre filhos matrimoniais e não-matrimoniais, em que na República Federal da Alemanha, como se viu, não houve estabelecimento de prazo para execução do mandato constitucional, a motivação do legislador e a realidade subsequente também nos servem de lição. “Uma determinação cronológica não se produziu”, explica JUNKER, “porque o constituinte partiu da hipótese de uma execução ‘espontânea’ em tempo oportuno”. E logo acrescenta: “Esta avaliação revelou-se falsa no tempo que se seguiu⁽²¹⁾. O melhor, pois, será a instituição do prazo expresso. Um prazo, de resto, mais sobre o longo do que para o breve. Tais precauções devem impedir que a solução, bem inspirada na origem, não se revele desastrosa na aplicação.

(19) Cf. JUNKER, Helmut. *Die verfassungsrechtliche Stellung des unehelichen Kindes in der BRD*. Bonn, [o.Dr.], 1964, S. 34-5.

(20) Cf. RHEINSTEIN, Max. *Gesammelte Schriften*. Bd. 2, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1979, S. 220.

(21) *Op. cit.*, S. 32.

A evolução social da mulher

JOAQUIM LUSTOSA SOBRINHO

Advogado

Longa e difícil tem sido a caminhada da mulher para se afirmar com capacidade plena nas *relações jurídicas*.

Vemos à luz da história que foi a mulher um dos primeiros seres a serem submetidos a trabalho forçado pelo homem. Há mesmo quem afirme que, quando o homem submetia a seu domínio os animais, obrigava, como mais forte, as mulheres a serviços duros e penosos.

No Código de Hamurabi, que data de mais de dois mil anos antes da era cristã, verifica-se que a mulher de conduta irregular, não repudiada pelo marido, era reduzida à escravidão doméstica; se o marido se tornava insolvente, era dada temporariamente em servidão ao credor; era ainda considerada escrava, porque nascia de mãe escrava (1).

Segundo as Leis de Manu, a condição da mulher era de uma inferioridade absoluta: enquanto solteira, dependia do pai; depois de casada, do marido; por morte do esposo, dos parentes mais próximos deste; não lhe sendo, enfim, concedido o direito de governar-se por si mesma.

Como acentua FUSTEL DE COULANGES (2), no mundo greco-romano antigo o poder do marido sobre a mulher excedia as raias do absurdo. Podia vendê-la, repudiá-la, ou mesmo matá-la, sem que daí decorresse qualquer responsabilidade. Não era livre nem senhora de si mesma. Nunca mandava. Nada podia possuir. Nada lhe cabia reivindicar. Não podia ser defensora nem acusadora, não tinha direito à justiça da cidade, porque a possuía em sua própria casa, feita pelo pai e depois pelo marido. Não podia servir de testemunha. Não transmitia os laços de parentescos. Não dava nome à família, porque, segundo os antigos, a mulher não transmitia a vida nem o *culto*.

(1) GUILLERMO CABANELLAS. *Tratado de Derecho Laboral*, tomo I, p. 58.

(2) *A Cidade Antiga*, vol. I, pp. 77, 123, 132, 133 e 140.

Como observa GUILLERMO CABANELLAS ⁽³⁾, se não constitui, porventura, a opressão do homem sobre a mulher a primeira forma de escravidão, é de se concluir ter sido um seu antecedente.

Mesmo quando já melhor era a sua situação, mantinha-se enclausurada no gineceu, onde fiava e tecia em meio de outras escravas, das quais se distinguiu apenas por ser a primeira.

Assinala-se que a mulher no regime do matriarcado gozou um certo privilégio sobre o homem. Entretanto, não se conhece bem a razão por que, numa época em que prevalecia o predomínio da força, pudesse a mulher ser-lhe superior.

A verdade é que a sua condição nas eras primevas era de uma inferioridade incontestável. A opressão do homem sobre a mulher não deixava ver que ela constituía uma parte da humanidade.

Através dos primeiros sistemas econômicos, as mulheres, como aqueles que se dedicavam ao trabalho, não foram além da condição de coisa, sem personalidade, portanto. Não chegaram a alcançar a situação de sujeito nas relações jurídicas.

Nas manufaturas do Império Romano, segundo a opinião de NICOLAÏ ⁽⁴⁾, confirmada por ZANCADA, grande número de mulheres trabalhava na confecção de roupas para o exército. Tais mulheres eram conhecidas com o nome de servas do Fisco e transmitiam a mesma servidão a seus filhos.

O Cristianismo, elevando o matrimônio à categoria de sacramento, soergueu a mulher do aviltamento em que se encontrava, para lhe assegurar na família uma situação de prestígio e importância. As idéias de fraternidade e igualdade defendidas pelo Cristianismo determinaram o enfraquecimento do despótico poder marital.

Foi um passo admirável de sua ascensão na escala dos valores sociais. Marcou-lhe o início da grande importância que haveria de desempenhar na sociedade com o correr dos anos.

Grandes acontecimentos determinaram a evolução do trabalho como o meio de produção das riquezas dos povos e, conseqüentemente, a valorização cada vez mais acentuada da mulher como a mais bela das expressões do gênero humano, ensejando-lhe a oportunidade de pleitear na órbita jurídica um lugar igual ao que já ocupava seu companheiro — o homem.

Dentre tais acontecimentos, destacamos, por serem os mais importantes, a invenção da imprensa, cujos efeitos na divulgação dos conhecimentos

(3) *Tratado de Derecho Laboral*, tomo I, p. 58.

(4) Ob. e vol. citados, p. 62.

humanos foram extraordinários, a invenção da máquina a vapor e a Revolução francesa.

Desde as épocas mais remotas existem máquinas. As primeiras inventadas pelo homem foram o martelo, a alavanca e o machado, com o intuito de reforçar-lhe o braço e o punho, mas não tiveram a virtude de ser a causa da revolução que se conhece com a *denominação de industrial*, verificada do fim do século XVIII a princípio do século XIX.

As primeiras máquinas mais aperfeiçoadas, que apareceram, foram consideradas verdadeiras inimigas do operário e por isso algumas delas foram destruídas ou tiveram sua utilização proibida durante muitos anos.

A máquina, cujo emprego na indústria deu margem a sérias mudanças na vida dos homens, "é um instrumento ou artifício destinado a ser posto em movimentação por uma força e a produzir com seu funcionamento um objeto determinado, já dirigindo ou provocando, já regulando a ação da energia empregada para pô-lo em movimento", segundo o conceito que encontramos em a *Enciclopédia Jurídica Espanhola*. Foi, em suma, a máquina a vapor de James Watt "que abriu caminho a um novo período da história econômica do mundo, se não a uma nova era da história da civilização", como acentua o professor JOAQUIM PIMENTA (5).

Inquestionavelmente foi a aplicação do vapor à indústria a causa propulsora da profunda transformação social e econômica que modificaria os hábitos e costumes dos povos.

Antes de aparecer a grande indústria, provocada pela utilização do vapor como força motriz, a capacidade produtiva dos povos estava limitada ao esforço humano.

Como conseqüência da Revolução industrial, assinalam os doutrinadores, surgiu a produção em série, e as organizações operárias, a princípio, segundo DANIEL ANTOKOLETZ (6), proibidas, tornaram-se depois toleradas e afinal autorizadas.

A grande indústria determinou a concentração de massas operárias e de capitais. Os camponeses recorreram às fábricas. As mulheres e menores também acorriam a elas, oferecendo-lhes seus serviços a preço vil. A competição entre o trabalho masculino e feminino iniciara-se. A exploração dos operários pelos capitalistas começou com o pagamento de salários ínfimos e jornadas de trabalho excessivas.

Com a produção em alta escala fazia-se mister o desenvolvimento dos mercados. A aplicação da máquina a vapor à navegação e ao trânsito terrestre possibilitou o desenvolvimento dos meios de transportes e, em conseqüência, facilitou a comunicação entre os povos e a circulação dos produ-

(5) *Sociologia Jurídica do Trabalho*, p. 132.

(6) *Tratado de Legislación del Trabajo y Previsión Social*, tomo I, p. 37.

tos. Os mercados de consumo nacionais tornaram-se internacionais, donde ser necessário e imprescindível para seu abastecimento uma produção sempre cada vez maior. As pequenas empresas, pela exigüidade de seus capitais, foram absorvidas pela grande indústria.

Como nos ensina GUILLERMO CABANELLAS (7), as máquinas tiveram a vantagem de simplificar o trabalho, permitindo que as mulheres se incorporassem às fábricas, porquanto, mais que a força, se exigia atenção e vigilância do operário. Assim os grandes descobrimentos e invenções produziram não só o fenômeno de economizar força de trabalho senão também economia de salário no sentido de que, não sendo necessário o operário especializado, os jornais podiam ser reduzidos; e ainda mais por serem admitidos como operários mulheres e menores, aos quais eram pagos ínfimos salários.

Com a invenção de novas máquinas, como a de fiar de Hargreaves, o tear mecânico de Cartwright, o fuso mecânico de Crompton e o tear hidráulico de Arkwright, o progresso da técnica de produção teve um desenvolvimento extraordinário. O avanço da civilização foi incalculável. A mulher, podendo, com o auxílio das máquinas, executar tarefas até então só realizadas pelos homens, encontrou a hora oportuna de cooperar também no orçamento conseguido exclusivamente pelo chefe de família, a fim de satisfazer as necessidades criadas em consequência da grande indústria. Não se conformou mais com o velho e simples ofício de coser, cozinhar, bordar ou cuidar dos filhos. Outras funções mais importantes e rendosas se lhe ofereceram com o aparecimento das máquinas.

O maquinismo, possibilitando com muito êxito a utilização do trabalho feminino, assegurou às mulheres função social e política. Invadiram todas as atividades econômicas e hoje enchem as fábricas, escritórios comerciais e industriais, universidades e repartições públicas etc. Não é demais afirmar-se que a proporção de mulheres empregadas é relativamente maior que a dos homens.

O professor MOZART VICTOR RUSSOMANO (8), estudando as razões por que as mulheres ingressaram nas atividades econômicas, sustenta:

“Duas ordens de necessidades parecem ter exigido a presença da mulher nas oficinas de trabalho. A primeira, de natureza privada. Não poucas vezes, a responsabilidade do lar vem recaindo, exclusivamente, sobre os ombros da mulher. Outras tantas, vê-se ela na contingência de comparecer aos anfiteatros da indústria, a fim de obter o necessário para auxiliar a manutenção da família. A segunda, de natureza pública. Ocorreu quando os varões válidos foram convocados para o chamamento de morte das guerras. A

(7) Ob. cit., tomo I, p. 181.

(8) A mulher — *Revista do Trabalho e Seguro Social* — janeiro-fevereiro de 1950.

falta de braços, para os esforços nacionais, solicitou o sexo feminino para o exaustivo trabalho das fábricas e dos estabelecimentos comerciais.

Assim como esta necessidade social permitiu que se quebrassem um tabu e que a mulher encontrasse emprego, aquela necessidade particular fez com que ela se mantivesse trabalhando, mesmo em ocasiões normais.”

A Revolução industrial provocou a industrialização das mulheres em alta escala. Criou, à sombra do liberalismo jurídico, econômico e político da Revolução francesa, uma nítida divisão entre os ricos e os pobres. Ocasinou o aparecimento do salariado com a redução dos artesãos e demais trabalhadores autônomos à condição de assalariados, que passaram a vender no mercado de trabalho suas energias como se artigos de comércio fossem.

Os capitães da indústria, acastelados na atitude criminosa do Estado, que, no jogo dos interesses individuais, se limitava tão-só a garantir a todos a liberdade, exploravam os trabalhadores de maneira verdadeiramente desumana. Os operários cada vez mais se distanciavam dos industriais, em cujas mãos se encontravam os capitais e os instrumentos de trabalho. Instalara-se a “ditadura contratual do patrão”. Os operários jaziam no inframundo da pobreza não somente de recursos materiais, mas também de amparo legal. O direito, como doutrina EUGÊNIO PÉREZ BOTIJA (9), cuidava preferentemente da riqueza patrimonial. Ignorava-se que estes por si tinham uma riqueza imanente e transcendente; que tinham sido dotados por Deus de alma, espírito, inteligência e vontade; e que os bens materiais tinham requerido nos códigos civis e de comércio uma meticulosa regulamentação, aqueles “bens morais” deviam ser objeto também de adequado ordenamento.

O professor JOAQUIM PIMENTA (10) traçou um quadro incisivo dessa situação, quando disse:

“O nível de capacidade legal de agir, de contratar, em que se defrontavam operários e patrão, ambos iguais porque ambos soberanos no seu direito, cedia e se tornava em mera ficção com a evidente inferioridade econômica dos primeiros em face do segundo. Se a categoria de cidadão colocava os dois no mesmo plano de igualdade, não impedira essa igualdade, como alguém observou, que o cidadão-proletário, politicamente soberano no Estado, acabasse, economicamente, escravo na fábrica.”

Efetivamente, a igualdade jurídica entre os economicamente diferentes importa sempre em todas as relações de produção na opressão do pobre pelo

(9) *Curso de Derecho del Trabajo*, p. 62.

(10) *Ob. cit.*, p. 15.

endinheirado. A igualdade de todos diante da lei, proclamada pelos filósofos franceses, tornou-se na prática causa de grande sujeição do trabalhador aos senhores da indústria.

A entrada em massa de mulheres nos estabelecimentos industriais foi de graves resultados para os homens, porque tiveram de arcar com uma séria concorrência no mercado de trabalho.

Os capitalistas, vendo que as mulheres auxiliadas pelas máquinas produziam tão bem quanto o homem, conseguiram, de par com a influência já crescente das massas operárias, que fosse votada lei assegurando à mulher o direito ao produto de seu trabalho, com o que se assinalou um grande passo na conquista de sua emancipação econômica. Assim aconteceu na Inglaterra, na França e também no Brasil. Mais ainda se desencadeou a livre concorrência entre o trabalho feminino e o masculino, permitindo a grande exploração da mão-de-obra a baixo custo.

Os patrões, com a grande oferta de braços para desenvolver a indústria, começaram de logo a explorar as operárias com esgotantes jornadas de trabalho sem higiene, sem segurança e sem conforto de natureza alguma. E a máquina, que havia sido inventada para modificar talvez a eterna lei do trabalho — ganharás o pão com o suor do teu rosto, do livro imortal — a Bíblia —, converteu-se em causa do grande problema conhecido sob o nome de Questão Social, decorrente do conflito aberto entre o patronato e o operariado no Velho Mundo, mas surgindo em nossa Pátria como um imperativo puramente de ordem moral, segundo o pensamento de OLIVEIRA VIANA (11).

Desde que a burguesia assumiu o poder com a queda da nobreza, começou a explorar desalmadamente as massas operárias que a haviam ajudado na luta pela vitória. Nela predominava o intuito do rendimento máximo com o mínimo de despesas. Não se lhe importava a sorte dos trabalhadores, que eram por ela reduzidos a instrumentos de produzir num “anonimato cego”.

“O espírito de ganho, a ambição de lucro indefinido, dominante entre as classes que detinham a riqueza”, observa OLIVEIRA VIANA (12), “não via no homem de trabalho, no operário ou no artífice senão um mero instrumento de produção, talvez menos valioso ou menos precioso do que esse outro instrumento inanimado — a máquina — a ele confiada e por ele conduzida”.

O operário ia pouco além de um simples instrumento de trabalho para o fausto e a opulência dos afortunados. Embora já estivesse elevado à categoria de ser humano, na realidade não gozava quase de direito algum. Se doente, velho ou inválido, era atirado impiedosamente à caridade pública.

(11) *Direito do Trabalho e Democracia Social*, p. 114.

(12) *Ob. cit.*, p. 22.

Havia um verdadeiro abismo entre o operário, que se achava nas choupanas humildes e sujas, e o patrão no alcandorado recinto dos palácios. Diferença profunda de tratamento entre o rico e o pobre pelo direito de origem superegoísta.

G. SCALLE (13) pinta magnificamente a situação do operariado, quando se verificou a concentração dos capitais e dos instrumentos de trabalho nas mãos de alguns, em detrimento flagrante da grande maioria constituída pelas massas trabalhadoras, no seguinte passo:

“L’ouvrier isolé par la loi et traqué par la police accepte n’importe quelles conditions de travail, uniquement soucieux d’éviter de mourir de faim. C’est alors que s’introduit l’exploitation systématique de la femme et de l’enfant. La famille ouvrière va chercher dans les salaires de famine des travailleurs au rabais un complément toujours insuffisant au salaire de l’homme.”

Os princípios liberais consubstanciados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prestigiaram o indivíduo em face do Estado pela exaltação da liberdade. O homem estava politicamente valorizado. Todos tinham liberdade porque nasciam iguais e livres. O indivíduo não era mais que, como acentua RADBRUCH (14), “a própria liberdade tornada pessoa”.

A Revolução francesa, marcando uma fase decisiva na história da humanidade, aboliu as desigualdades decorrentes dos privilégios hereditários, mas assegurou, por outro lado, as oriundas dos bens. Dera ensejo a uma liberdade excessiva que, entre indivíduos economicamente desiguais, se tornara fonte de opressão para os mais fracos. Concretizara as aspirações individualistas por que se debatiam os indivíduos, mas, dando-lhes teoricamente liberdade e igualdade, não lhes fornecera os meios indispensáveis para torná-las realmente efetivas. Foi a exaltação do indivíduo frente às instituições. Mas a liberdade entre fortes e fracos, quando tratados como juridicamente iguais, converte-se quase sempre na opressão destes pelos potentados. Não era possível ser um rico igual a um pobre perante a lei sem um tratamento desigual. Um milionário ser igual a um humilde operário de fábrica.

“Consiste a igualdade”, segundo nos ensina JOÃO MANGABEIRA (15), “sobretudo, em considerar desigualmente condições desiguais, de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte das classes. A concepção individualista do direito desaparece ante a sua socialização, como instrumento de justiça social, solidariedade humana e felicidade coletiva”.

(13) *Précis Élémentaire de Législation Industrielle*, p. 30.

(14) *Filosofia do Direito*, p. 91.

(15) *Apud Direito Social Brasileiro* do prof. Cesarino Jr., vol. I, p. 18.

A grande obra dos filósofos da Declaração de 1789 consistiu na elevação do indivíduo como portador de direitos inalienáveis e imprescritíveis. A Revolução industrial elevou o homem profissional, o homem que vive de sua força-trabalho. Prestigiou o trabalhador como agente imprescindível na produção das riquezas. Mostrou que os princípios individualistas se tornaram insuficientes para assegurar uma vida melhor às classes operárias.

“A experiência do liberalismo”, como assinala MÁRIO DE LA CUEVA ⁽¹⁶⁾, “deixou patente a fraqueza do trabalhador em face do patrão”, ou, como entende RIPERT ⁽¹⁷⁾, “a experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes se tornam opressores. Cabe neste caso ao Estado intervir para proteger os fracos”.

A situação das classes trabalhadoras era de tal natureza até o começo do século presente, que seu prosseguimento acarretaria perigo à própria segurança do Estado, se este não tivesse bem avisadamente mudado de atitude para, freando os interesses individuais descomedidos, dar maior relevo aos interesses coletivos, fazendo-os prevalecer toda a vez que em choque com aqueles. O Estado liberal, inativo e mero espectador, manteve apenas da ordem, transformou-se em órgão supremo de coordenação e harmonia dos interesses em jogo, fazendo com que pelo equilíbrio das forças sociais imperasse a paz entre os homens com uma distribuição cada vez maior da riqueza. E assim interveio, procurando democratizar a propriedade privada com acentuadas restrições, conferindo maior soma de garantias legais aos fracos, para lhes compensar a inferioridade econômica e torná-los verdadeiramente iguais perante a lei. Com esse objetivo de amparo e proteção surgiram as primeiras leis sociais e trabalhistas, que, segundo WALDEMAR FERREIRA ⁽¹⁸⁾, “buscam compensar a desigualdade resultante das forças econômicas que operam na sociedade, sob a égide do capitalismo e do industrialismo tão acentuados nos dias correntes. Objetivaram a princípio a classe dos homens entregues ao trabalho manual, para elevar-lhes o nível de vida rebaixado por salários inferiores aos das suas mais prementes necessidades. Estenderam-se a outras classes posteriormente, beneficiando até aos proprietários, aos pequenos lavradores e industriais e outros não compreendidos entre os meros prestadores da mão-de-obra”.

A primeira disposição normativa deste gênero, como nota GALLART FOLCH, apareceu na França em 1796, sobre o trabalho nas papelarias, e na Inglaterra em 1802, proibindo o trabalho de menores nas indústrias têxteis, jornadas maiores de 12 horas e trabalho à noite.

Antes, na América do Sul o trabalho foi regulamentado pelas Leis de Índias no século XVII. Tais leis constituem a primeira manifestação do poder público na regulamentação do trabalho. Destacam-se pelo profundo espírito religioso e sentido humanitário. Encontram-se nessa Recopilação posta em vigor por Carlos II da Espanha normas relativas à duração do

(16) *Derecho Mexicano del Trabajo*, vol. I, p. 58.

(17) *O Regime Democrático e Direito Civil*, p. 133.

(18) *Princípios de Legislação Social e Direito Judiciário do Trabalho*, vol. I, p. 27.

trabalho, a salários justos e eqüitativos, à proibição do pagamento de salário em espécie, às condições do trabalho, às reparações por acidentes do trabalho verificados nas minas, à proibição de os índios menores de 18 anos trabalharem, à proteção das mulheres que trabalham, à fixação dos direitos dos patrões e dos trabalhadores, estabelecendo, em suma, como nos informa GUILLERMO CABANELLAS⁽¹⁹⁾, um regime jurídico para as relações contratuais derivadas do trabalho.

Sendo a legislação social criada com o objetivo precípua de proteção aos hipossuficientes, não deixaria certamente de se preocupar de logo com a condição do trabalho feminino, cujo agente pela sua própria constituição física é, sem dúvida alguma, o mais fraco dentre os prestadores de trabalho e do qual depende sobretudo o futuro da raça.

Há quem sustente que o emprego das mulheres foi também uma das causas do aparecimento do direito do trabalho.

Em alguns países, as primeiras leis sociais e trabalhistas visaram inicialmente a proteção das mulheres no campo das relações de produção. Entre outros, podemos citar, apoiado em FRANCISCO ALEXANDRE⁽²⁰⁾, a Dinamarca, com as leis de 7-5-1880 e 7-4-1889, a Suécia, com a lei de 11-12-1874, sobre o salário da mulher, Luxemburgo, com a lei de 6-12-1876, e a Bulgária, com as leis de 26-3 e de 10-4-1905 relativamente ao trabalho de mulheres e menores. A Inglaterra, com a lei de 6-6-1841, equiparou, para os efeitos de proteção, a operária ao adolescente. A França, pela lei de 2-2-1892.

Entre nós, temos o Regulamento n.º 737, de 1850, consagrando princípios de proteção ao trabalhador com a impenhorabilidade das soldadas dos tripulantes dos navios, dos salários dos caixeiros e guarda-livros, ainda no Império⁽²¹⁾. No alvorecer da República foi baixado o Decreto federal n.º 1.313, a primeira lei de caráter social promulgada no Brasil. Entendemos, porém, que a Lei do Ventre Livre, de 28-9-1871, a Lei do Sexagenário, de 28-9-1885, e a Lei Áurea, de 13-5-1888, foram as primeiras leis de caráter eminentemente social. Com elas o Estado brasileiro interveio de maneira preponderante no trabalho, tornando-o livre. Alterou profundamente o nosso sistema econômico, cuja base estava assentada na escravatura. Bem pode se dizer que se deu o primeiro passo para a mudança de base de nossa sociedade. A velha sociedade estática cedeu passo à sociedade dinâmica com base na propriedade móvel e no trabalho livre.

Na extinção do regime escravagista, é de justiça não ser esquecida a figura apolínea do estadista notável JOAQUIM NABUCO, cuja atuação na imprensa, no parlamento e por meio de conferências, foi inigualável. Foi ele,

(19) *Tratado de Derecho Laboral*, vol. I, pp. 528 e 529.

(20) *Estudos de Legislação Social*, pp. 149, 151, 158, 161 e 164.

(21) *Código Comercial*, arts. 226 e ss. Leis de 13-10-1830, 11-10-1837 e de 15-3-1879, relativas a serviços agrícolas.

como se vê em páginas de sua obra *Minha Formação* (22), quem sugeriu ao Papa Leão XIII o pronunciamento da Igreja a favor das classes menos favorecidas, concretizado na memorável encíclica *Rerum Novarum*.

JOAQUIM NABUCO, não resta dúvida, foi precursor de nossa legislação de proteção aos fracos economicamente. Sua influência na proclamação do trabalho livre foi incontestavelmente admirável.

LEÃO XIII (23), embora falasse depois da extinção do nosso regime servil, muito contribuiu para que o Estado descruzasse os braços e fosse ao encontro dos pobres, para incluí-los na órbita jurídica. Aconselhou a intervenção do poder público, para garantir o bem-estar das massas operárias, com essas palavras de profunda veracidade:

“... o trabalho tem uma tal fecundidade e uma tal eficácia que se pode afirmar, sem receio de engano, que ele é a fonte única de onde procede a riqueza das nações. A equidade manda, pois, que o Estado se preocupe dos trabalhadores, e proceda de modo que de todos os bens, que eles proporcionem à sociedade, lhes seja dada uma parcela razoável, como habitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalhos e privações.”

Quanto à orientação que deveriam tomar os capitalistas em face do proletariado, o Santo Padre, em sua magnífica Carta ao mundo católico, doutrinou:

“Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, não os estimando senão na proporção do vigor de seus braços.”

“A guerra européia de 14-1918 levou às trincheiras milhões de trabalhadores e, pondo-os lado a lado com os soldados vindos de outras camadas sociais, fê-los compreender que para lutar e morrer os homens eram todos iguais, que deveriam, portanto”, como observam A. SUSSEKIND, D. LACERDA e J. SEGADAS VIANA (24), “ser iguais para o direito de viver”.

Durante essa conflagração realizaram-se conferências com a finalidade de no futuro Tratado de Paz serem incluídas garantias de natureza social. Segundo os tratadistas, a mais importante se realizou em Berna, em feverei-

(22) p. 228.

(23) *Rev. Forense*, vol. LXXXVII, 1941 — pp. 346 e 349.

(24) *Direito Brasileiro do Trabalho*, vol. I, p. 14.

ro de 1919, na qual se elaborou a chamada Carta do Trabalho, em cujo contexto foram consignados, entre outros princípios, os seguintes:

- a) descanso feminino antes e depois do parto;
- b) seguro de maternidade;
- c) igual salário para o homem e a mulher;
- d) proibição do trabalho noturno às mulheres e em tarefas perigosas.

No Tratado de Versalhes, com que se pôs termo à Primeira Guerra Mundial, foi instituída a justiça social como condição imprescindível à permanência da paz universal.

Na parte XIII deste Tratado foram estabelecidos nove postulados que constituem os fundamentos basilares da moderna legislação social dos povos cultos, objetivando especificamente garantias tutelares tanto para o trabalhador quanto para a operária.

Tais princípios são:

1.º — o trabalho não deve ser considerado mercadoria ou artigo de comércio;

2.º — salário igual, sem distinção de sexo, para o trabalho de valor igual;

3.º — o direito de associação para fins lícitos, tanto para os trabalhadores quanto para os patrões;

4.º — salário que assegure aos trabalhadores um nível de vida conveniente, segundo se compreende em cada país e época;

5.º — jornada de trabalho de oito horas ou semana de 48 horas;

6.º — descanso hebdomadário de 24 horas, no mínimo, devendo compreender, sempre que possível, o domingo;

7.º — a vedação do trabalho dos menores e a obrigação de se estabelecer limitação ao trabalho dos jovens de ambos os sexos, de modo que lhes permita a continuação do seu estudo e lhes assegure o desenvolvimento físico;

8.º — as regras estabelecidas em cada país relativamente às condições do trabalho deverão assegurar um tratamento equitativo a todos os trabalhadores que legalmente residam no país;

9.º — cada Estado deve organizar um serviço de inspeção compreendendo as mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis e dos regulamentos para proteção dos trabalhadores.

Com o Tratado de Versalhes inicia-se a fase mais importante do direito do trabalho. Mais se positivam os intuitos de amparo às classes trabalhadoras na sua luta constante por melhores dias. Proclama-se solenemente a dignificação pessoal do homem que vive do emprego de suas próprias energias. Pela primeira vez em um tratado internacional a sorte das mulheres trabalhadoras é objeto de cogitação. Nivelam-se o homem e a mulher no trabalho. A igualdade política, pela elevação da mulher à categoria de cidadã, irá igualar os sexos nos demais domínios das esferas jurídico-sociais.

A concessão do direito de voto às mulheres constitui grande acontecimento na sua trajetória para a emancipação completa. É causa incontestada a marcha triunfal para a igualdade jurídica dos seres humanos. O voto é a arma para a mulher conquistar a sua libertação das restrições jurídicas que ainda lhe são impostas pelos códigos civis, influenciados pelo espírito de reação daqueles que defendem ainda sua eterna inferioridade.

O Pacto Fundamental da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (25), de 25 de novembro de 1936, concede à mulher iguais direitos aos do homem em todos os domínios da vida econômica, cultural, social e política.

Assim fez a França proclamando em sua Constituição de outubro de 1946 (26):

“A lei garantirá à mulher, em todas as esferas, iguais direitos aos do homem.”

A Constituição da República Italiana (27), cuja vigência começou a 1.º de janeiro de 1948, preceitua que todos os cidadãos têm idêntica dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, idioma, religião, opiniões políticas, condições pessoais ou sociais. Proclama, por outro lado, numa exaltação magnífica, que a Itália é uma República democrática fundada no trabalho.

Como se vê, ao mesmo tempo que iguala a mulher ao homem juridicamente, dignifica o trabalho.

Ao contrário do que dizia Aristóteles, não se admite mais uma boa Constituição que não conceda o título de cidadão ao operário, nem que se descure dos problemas do trabalho. Marchamos para a elaboração do futuro código da pobreza em contraposição ao código da propriedade, abeberado nos velhos princípios romanos. Aquele, pelo sentimento humanitário de seus princípios, restringirá os efeitos egoísticos dos preceitos deste, a fim de que, por uma distribuição mais justa e equitativa dos bens e utilidades, possam ricos e pobres participar das regalias e vantagens do grande banquete da civilização.

(25) Art. 122.

(26) Preâmbulo.

(27) Art. 3.º.

Os seres monstruosos em face do direito romano e do civil moderno

SÍLVIO MEIRA

Professor Catedrático de Direito Romano,
Membro da Academia Brasileira de Letras
Jurídicas. Senador Suplente

1. O nascimento de seres monstruosos, sem figura humana, sempre despertou a atenção dos legisladores de todos os tempos. Encontram-se numerosos preceitos nas legislações antigas, especialmente no direito romano, em que se dava tratamento cruel a esses seres, vindos ao mundo com anomalias: cabeça semelhante à de animais, membros disformes, número de braços ou pernas superior ou inferior ao das pessoas normais, um olho apenas etc. Supersticiosos, os romanos viam naqueles entes feios um sinal de mau agouro e, por isso, procuravam eliminá-los, não lhes reconhecendo direitos.

Admitiam a possibilidade de comércio carnal entre a mulher e animais.

A falta de reconhecimento de direitos importava, sem dúvida, em muitas conseqüências jurídicas, principalmente no caso de heranças. Deveriam ou não ser considerados *personas* e, como tal, sujeitos de direito, esses entes anormais? Até onde a anormalidade seria suficiente para retirá-les todos os direitos? E se tivessem condições de sobrevivência?

Muitas produções literárias e jurídicas tratam do assunto. Não podemos deixar de dar valor às obras literárias, como fonte de investigação do direito, nas mais antigas épocas. Os escritores de vária natureza, poetas, teatrólogos, gramáticos, historiadores, todos eles refletem costumes coevos. Sua palavra merece fé. Nenhum jurista pode negá-la.

2. Fontes literárias

Vejam, em primeira mão, o que dizem algumas fontes literárias:

CÍCERO, tão menosprezado por Mommsen, constitui, no entanto, um dos melhores mananciais para pesquisas dessa natureza.

No *De Divinatione* escreve: "Quid ortus androgini, nonne fatale quodam monstrum fuit; quid?" (*De Div.* I, cap. 43).

Na mesma obra, 2, 22, alude ao parto da mula, considerado um *prodigium*. E no mesmo passo: "Quod ante non vidit, id si evenerit, ostentum esse censet".

Observa-se que ora utilizava a palavra *Prodigium*, ora *Monstrum*, ora *Portentum*, ora *Ostentum*.

Ainda no *De Divinatione*: "Quia enim ostendunt, portendunt, monstrant, praedicunt, ostenta, portenta, monstra, prodigia, dicuntur." (I, 22)

Variavam, sem dúvida, as denominações, de acordo com a natureza e o grau da anomalia física. "Chama-se-lhes, segundo o caso, *Ostenta* (anomalias significativas), *Portenta* (aparições inquietantes), *Monstra* (monstruosidades), *Prodigia* (prodígios)".

E indaga CÍCERO: "o nascimento de um andrógino não é também uma monstruosidade expressiva?" (I, 43 cit.)

AULO GÉLIO, no seu *Noites Áticas*, IX, 4, *in fine*, faz alusão aos hermafroditas: "Gignuntur homines utriusque sexus, quos hermaphroditos vocamus olim androgynos vocatos et in prodigiis habitos, num vero in deliciis".

Outras fontes literárias podem ser invocadas: SUETÔNIO, in *Domitiano*, cap. 4, e em *Augusto*, cap. 83; NICÉFORO, liv. XVIII, cap. 35, faz alusão ao imperador bizantino Maurício, que mandou eliminar os monstros do ano; SÊNECA, *Controvers*, lib. X, declamat. 4; SÃO JERÔNIMO, epist. 63.

Um dos mais valiosos subsídios para estudo dessa matéria se acha em TITO LÍVIO, XXVII, 37: "Apenas acalmaram-se os escrúpulos religiosos, um novo prodígio renovou o alarme: anunciou-se ter nascido em Frustionne uma criança que pelo aspecto parecia ter quatro anos. O mais surpreendente é que o seu tamanho era como o daquele que nascera dois anos antes em Sinuesse, hermafrodita. Os arúspices chamados da Etrúria declararam que era um prodígio horrível e ameaçador; que se tornava necessário retirar esse monstro do território romano, purificar a terra e o mergulhar nos mares. Com efeito, foi recolhido vivo a uma caixa, conduzida para o alto-mar, onde foi lançada".

Conclui-se, por esse fragmento do historiador, que várias consequências produzia o nascimento de um ser disforme: a) maus presságios; b) contaminação do solo romano; c) lançamento no mar alto. O mar não se contaminava; pelo contrário, era fator de purificação. Lê-se em QUINTO CÚRCIO *Vida de Alexandre*, IX, 1: "Genitos non parentum arbitrio tollunt aluntque, sed eorum, quibus expectandi infantium habitum cura mandata est. Si quos insignes aut aliqua membrorum parte inutiles notarunt, necari jubent."

Descrevia QUINTO CÚRCIO o reino de Sophités e afirmava: "Eles não criam os filhos à vontade dos pais e mães, mas de certas pessoas des-

tinadas a esse fim, que se preocupam com a forma e a constituição de seu corpo, e, se observam alguma disformidade, fazem-nos morrer.”

Além das palavras já citadas — *monstrum, prodigium, ostentum, portentum* —, usavam os romanos o vocábulo *Insignis*. BOUCHEAUD, I, p. 463, explica: “*Insignis* est celui qui porte quelque marque qui le distingue des autres; et ce mot se prend soit en bonne, soit en mauvaise part. Plaute, parlant des enfants qui ont quelque difformité, les appelle *insigniti pueri*”. Como a palavra *sacer*, que tanto significava *sagrado* como *execrado*, o vocábulo *insignis* era aplicável no bom (como insígnia, distinção) quanto no mau sentido.

O depoimento dos gramáticos é de alto valor, razão por que invocamos FESTO: “*Insignis* tam ad laudem quam ad vituperationem inflecti potest.”

Outras fontes: QUINTILIANO, *Inst. Orat.* lib. 1, cap. 6 (sobre o sentido da palavra *Insignis*); TIBULO, lib. II, efg. 5, v. 80: “*Haec ffluere olim, et tu jam mitis Apollo, prodigia indomitis merge sub aequoribus*”.

VARRÃO no *De lingua latina*, V. 144: “*Oppidum... ex hoc prodigio post Lavinium conditum annis triginta haec urbs facta, propter colorem suis et loci, naturam Alba Longa dicta*”.

VARRÃO quer referir-se a Lavínia, primeira cidade fundada no Lácio pelos romanos, asilo dos deuses penates. Essa cidade foi assim denominada em memória de uma porca branca (*alba*) que escapou do navio de Eneas e se refugiou em Lavinium, onde parira trinta filhos. A recordação desse prodígio fez dar o nome de ALBA à cidade construída trinta anos depois da fundação de Lavínia e chamada A LONGA por causa da natureza local. Nessa mesma cidade nasceu Rhéa, mãe de Rômulo, cujo nome, derivado de Rhéa, deu origem a Roma.

ÊNIO, na tragédia *Menalippe*, faz alusão à cremação de crianças monstruosas: *pueros cremari iube*.

O hábito de eliminar os recém-nascidos disformes perdurou durante quase toda a vida histórica do povo romano. Foi, no entanto, abolido, ao fim do Império, talvez por influência do Cristianismo. Ressurgiu, porém, no Império Bizantino, ao tempo do Imperador Maurício, já citado.

Segundo NICÉFORO, lib. XVIII, c. 35: “*Aparecem então muitos prodígios, como jamais se tinham visto nem ouvido dizer iguais. Na Trácia, uma mulher teve um filho monstruoso, a quem a própria natureza parece ter feito vítima de expiação. Essa criança não tinha nos olhos nem pálpebras, nem sobrancelhas. O resto do corpo não era melhor formado. Não tinha mãos, nem braços e suas nádegas formavam um aspecto de peixe. Quando o Imperador viu esse monstro ordenou que o matassem, o que se fez pela espada. Nos arredores e vilas próximas à cidade nasceram ainda outros monstros: por exemplo, uma criança com quatro pés e outra com duas cabeças. Ambas foram estranguladas*”.

Lê-se em SÊNECA, lib. 1, cap. 15: "Portentosos foetus extinguimus liberos quoque si debiles monstruosique editi sint, mergimus; non ira, sed ratio est, a sanis inutilia secernere".

Por esse testemunho, conclui-se que os monstros eram exterminados por ocasião do nascimento. Afogavam-se as crianças disformes e assim agiam, não por motivo de cólera. A razão aconselhava a afastar do que é sadio o que é enfermo.

3. Fontes jurídicas

Passemos agora às fontes jurídicas.

JULIANO, D. 1.5. fr. 26 (*Digestorum*): "Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse". Vale dizer: "Os que estão no útero, reputam-se em quase todo o direito civil integrantes da natureza".

PAULO, D. 1, 5, 7: "qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur quoties de commodis ipsius partus quae ritur, quamquam alio antequam nascatur, nequaquam prodit". Isto é: "O que está no útero é tido como se já estivesse entre as coisas humanas, desde que se trate das conveniências de seu próprio parto, mesmo que, antes de nascer, de maneira alguma favoreça a um terceiro".

Ainda em PAULO se lê, D. 1, 5, 14 (*Sent.*). "Não são filhos os que, fora do costume, são gerados com forma contrária à do gênero humano, como se uma mulher desse à luz alguma coisa monstruosa ou prodigiosa. Mas o parto que ampliou os ofícios dos membros humanos até certo ponto parece perfeito; e assim é contado entre os filhos".

ULPIANO, D. 28, 2, 12 (*IX ad Samium*): "Com relação ao que foi dito que o filho nascido rompe o testamento, entende-se que nasceu, embora haja sido dado à luz com abertura do ventre; porque também este rompe o testamento, supondo-se que nasceu sob poder (*in potestate*). § 1.º — Mas que se dirá, se como animal não foi dado à luz integralmente, mas com espírito, romperá também o testamento? Não obstante isso, rompe-o."

Por esse trecho verifica-se a importância da matéria, no que diz respeito à validade dos testamentos.

Em outro passo, diz ainda ULPIANO: D. 50, 16, 38 (*Ad Edictum*, lib. XXV): "Labeão define o prodígio como o que foi gerado e feito contra a natureza de qualquer coisa. Mas há dois gêneros de prodígios: um que nasce com alguma coisa contrária à natureza, por exemplo com três mãos ou pés, ou com alguma outra parte do corpo contrária à natureza; outra quando alguma coisa parece prodigiosa, que os gregos chamam "fantasma".

Aspecto interessante, que cabe analisar, é a diferença de tratamento dado às filhas monstruosas. A grande preocupação dos romanos eram as

guerras constantes em que se envolviam, de forma que não lhes convinha a criação de homens aleijados, incapazes para a luta.

Lei de Rômulo, referida por DIONÍSIO DA HALICARNASSO (II) e por CÍCERO, no *De Legibus*, III, 8, 19, não autorizava a eliminação das filhas que nascessem monstruosas. *Puer* seria a criança do sexo masculino. Se se tratasse de monstros e prodígios, a lei não falaria em *Puer*, mas usaria outro vocábulo no qual não se incluísem as crianças do sexo feminino. GODEFROY traduz *Puer* por *Filius* (sexo masculino). A mesma diferença de tratamento se observa também na emancipação (XII Tábuas). E CÍCERO afirma: *ad insignem deformitatem puerum* e não *ad monstrorum deformitatem* (Terrasson, pp. 75-79).

Lê-se em QUINTO CÚRCIO: "insignes aut aliqua membrorum parte inutiles" (IX, cap. 1).

Outras fontes: FESTO: *insignis tam ad laudem, quam ad vituperationem inflecti potest*. PLAUTO, in *Milite Glorioso*, act. III, sec. 1, v. 127. Os romanos queriam apenas cidadãos fisicamente capazes de servir à República (Terrasson, pp. 75-79).

A questão, aparentemente simples, assume, no entanto, aspectos muito complexos, relacionados com o direito civil e a medicina legal. A possibilidade de sobrevivência deveria ser levada em conta, isto é, a viabilidade, ou vitalidade, ou vidabilidade.

Por esse motivo, o nosso EDMUNDO LINS, em *Estudos Jurídicos na Cátedra e na Judicatura*, afirma: "Se o filho não viável deve ser reputado como morto e se realmente o direito civil assim o considera, é força reconhecer, como observa SAVIGNY, que tal filho não poderá ser objeto de delito algum, porque não há delito possível contra um cadáver" (p. 75). E a profanação, indagamos nós?

E em outro passo: "Questão difícil de solução varia ante a legislação dos povos cultos, suscitando longos debates entre os comentadores do direito romano e entre os modernos civilistas, prestando-se a grandes controvérsias e a divergências de opiniões em face do direito constituído, prendendo-se intimamente à medicina legal e ao direito criminal" (ob. cit., p. 57).

Essas relações com o direito penal e a medicina legal vêm estudadas também por SAVIGNY, no seu *Sistema do Direito Romano Atual*, p. 379 (tradução italiana).

Na ciência jurídica brasileira atual só conhecemos um trabalho sobre o assunto, de autoria do Prof J. C. MOREIRA ALVES, intitulado *A Forma Humana no Direito Romano*, Rio, 1960.

4. O direito moderno

No direito moderno, herdeiro, sob certos aspectos, do direito romano, não há uniformidade nas legislações.

Leva-se em conta a viabilidade, ao lado do nascimento com vida.

O Código Civil alemão exige apenas que a criança tenha nascido com vida (art. 1).

O italiano de 1865, em seu art. 725, que a criança nascida com vida seja considerada viável.

O espanhol, no art. 30, prevê “que tenha a figura humana e viva 24 horas separada da mãe”. PLANIOL, em *Droit Civil*, 1.º vol., p. 152, escreve: “La personnalité humaine commence à la naissance. Jusqu'à ce moment, l'enfant n'a pas de vie distincte; il est, comme disaient les romains, *pars viscerum matris*.”

“Le code français se borne à faire l'application de la règle aux successions (art. 725) et aux donations et legs (art. 906).

“L'enfant doit naître vivant; l'enfant doit naître viable” — diz PLANIOL e invoca os arts. 314 — 3.º, 725 — 2.º, e 906.

E prossegue: “Viable veut dire capable de vivre, *Vitae Habilis*. Ainsi il n'y a pas à tenir compte des deux catégories où le développement de leurs organes n'est pas assez avancé pour leur permettre de vivre. b) enfants monstrueux, comme les arcadiens, les acéphales et autres, chez lesquels la vie s'arrête dès que le cordon ombilical est coupé.”

5. *Vitalidade, viabilidade ou vidabilidade*

Não basta que a criança nasça com vida, é preciso que tenha possibilidade de viver, ter viabilidade, que alguns chamam vitalidade e outros vidabilidade.

Preferem a denominação viabilidade EDMUNDO LINS (ob. cit., p. 57); CARLOS DE CARVALHO, na *Consolidações das Leis Civis*, p. 74; FELÍCIO DOS SANTOS, in *Projeto de Código Civil*, vol. 1, p. 117; COELHO RODRIGUES (Dec. 181, de 24-1-1890, art. 43). No Projeto Beviláqua de Código Civil, revisto pelo prof. Carneiro Ribeiro, dá-se preferência à viabilidade. TEIXEIRA DE FREITAS, no *Esboço*, p. 157, dá prioridade à expressão *vitalidade*. O mesmo ocorre com RUI BARBOSA, *Código Civil*, v. 2, n.ºs 243 a 254.

LAFAIETE usa a palavra “vidabilidade”, in *Direito de Família*, § 104, III, nota 2.

Qualquer um desses vocábulos é válido.

Viabilidade, vitalidade, vidabilidade, consiste na aptidão para viver, por ter a criança nascido sem defeito algum orgânico que a impossibilite de continuar sua existência. (Ver a respeito Van Wetter, Gianturco, Baudry-Lacantinerie, opinião também de Bouley, Durantou e Demolombe).

O conceito de viabilidade, para alguns autores, não se limita ao nascimento com vida e à aptidão para viver. Deve ter nascido a termo, vale dizer, no tempo que a lei supõe indispensável para que possa viver (Aubry et Rau, Troplong, Pacifici Manzoni, Waechter, Namur).

É bem verdade que nem sempre as opiniões dos especialistas coincidem. Os próprios médicos-legistas divergem (ver BRIAND ET CHAUDÉ, *Médecine Légale*, vol. 1, pp. 300 e segs. e RAFAELO BALESTRINI, *Aborto, Infanticídio*, cap. 40, pp. 241 e 255).

Segundo o conceito do pai da Medicina, Hipócrates, uma criança só pode nascer viva no período entre o mínimo de 182 e o máximo de 300 dias depois da concepção.

Lê-se no *Digesto*, XXXVIII, 16, 3, 12: “De eo autem, qui centesimo secundo die natus est, Hipocrates scripsit, et divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum: nec videri in servitutem conceptum cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esse manumissa.”

Quanto aos nascidos depois da morte paterna, o prazo era de dez meses: D. XXXVIII, 16, 3, 11: Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.”

Seria sufragada pelo direito romano a doutrina da viabilidade? Respondem afirmativamente: VAN WETTER (*Cours*. v. 1, § 40, pp. 80 e 81); NAMUR (*Cours des Institutes*, v. 1, § 37, pp. 50-51); MACKELDEY (*Manuel de D. Rom.* p. 75, nota 3); WARNKOENIG (*Institutiones*, cap. 1, p. 37); GOSCHEN (*Plan d'un Cours des Pandectes*, vol. 1, § 33); PUCHTA (*Pandectes*, § 114). Respondem negativamente: SAVIGNY (*D. Rom.*, vol. 2, III, p. 371); THIBAUT (*Système des Pand.*, vol. 1, § 104); MUHLENBRUCH (*Doct. Pand.*, v. 1, § 177, nota 2).

Os adeptos da viabilidade argumentam com o texto de AULO GÉLIO, liv. III, cap. 16, “memini ergo Roma accurate atque sollicite quaesitum, negotio non rei tunc parae postulate, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus jus trium liberorum supplevisset, quum abortio quibusdam non partus videretur mensis octavi intempestivitas.” Vale dizer: Lembra-se que em Roma se discutira em um processo muito importante se uma criança que nasceu viva e morreu logo depois devia ser levada em conta para se conceder à mãe o *jus trium liberorum*, pretendendo uma das partes que não, porquanto esta criança era *inviável*, por ter nascido aos oito meses.

Outro argumento é apresentado por NAMUR e com fundamento em textos de PAULO, o qual enumera as condições exigidas para que possa a mãe herdar de seus filhos pelo senatusconsulto Tertuliano. Sentenças de PAULO, lib. IV, t. 9, 1: “Matres tam ingenuae quam libertinae cives romanae, ut jus liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficet, dummodo vivos et pleni temporis pariant.”

Nesse mesmo título, PAULO faz referência aos natos monstros: “§ 3: Mulier si monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit nihil proficit. Non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.”

E no § 5: “Septimo mense natus matri prodest; ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur.”

Outros textos latinos poderiam ser invocados, que confirmam a exigência da viabilidade e a figura humana para que o recém-nato disponha da personalidade e o amparo do direito.

Lê-se ainda em PAULO, D. 1, 5, 12: “Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est” e no Código 6, 29, 3: “Si vivus perfecte natus est... vivus ad orbem totus processit.”

Nem todas as legislações modernas aceitaram os critérios romanos de viabilidade. Não exigiam a *viabilidade* os códigos de Portugal, art. 6 (de 1867); da Argentina, de 1869/71, art. 72; do Chile, de 1855, art. 55; do Peru, art. 4; da Prússia, art. 8; do Cantão de Zurich, art. 8; do Brasil, art. 4.º (1917).

O Código Civil brasileiro, no seu art. 4.º, prescreve: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Exigiam a viabilidade os códigos da França, arts. 314, 725 e 906; da Itália, do século passado, art. 724; da Luisiania, arts. 917 e 948.

O tema, objeto de tantas controvérsias no passado, perdeu sua importância no mundo moderno, ante os progressos da ciência. A suposta geração de seres monstruosos mediante comércio carnal entre seres humanos e animais é totalmente impossível. Aquelas idéias, que eram fruto da ignorância e das superstições, não merecem mais acolhida em codificações contemporâneas. Cabe verificar, isso sim, ao lado da *viabilidade*, as condições mentais daquele ser, que embora com aspecto monstruoso, pode revelar normalidade mental. O assunto não é apenas da competência dos juristas. Os médicos devem ser chamados a opinar, especialmente os psiquiatras e ainda os psicólogos e parapsicólogos. As distorções mentais e morais não estão na razão direta das distorções físicas. Pelo contrário, muitas vezes seres apolíneos, de bela e impressionante figura humana, revelam-se monstros morais inclinados à criminalidade. São os “baby face”, a que se referem os americanos. Figuras angelicais que guardam almas demoníacas.

Muito embora o tema tenha perdido a sua importância, não perdeu, todavia, o seu relativo interesse para as legislações, que não devem ser omissas a seu respeito. A ciência moderna, cada vez mais avançada no campo da genética e da psicologia, deve colaborar com os juristas no sentido de bem definir a situação dos que, embora monstros, são gerados por seres humanos.

Os direitos intelectuais na Constituição

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto na Faculdade de Direito
da USP

Nesse momento em que se debate sobre o novo texto proposto para a Constituição do país, parece-nos oportuno enfocar tema que, em função dos altos interesses que acastela, assume especial relevo, qual seja o da preservação, dentro do capítulo das liberdades públicas, dos denominados "direitos intelectuais", compreendendo-se os direitos de autor e os direitos de propriedade industrial.

Reconhecidos em todos os países, eis que compõem as Declarações Universais de Direitos do Homem e se hospedam em Constituições de Estados modernos, esses direitos existem para a realização de síntese entre, de um lado, os interesses públicos de recepção e de transmissão de cultura e de conhecimentos e, de outro lado, os interesses privados de reconhecimento de paternidade e de percepção de remuneração pela utilização econômica de obras intelectuais.

Levando-se em conta o extraordinário avanço obtido pelo País na área de comunicações, inclusive com o uso de sofisticado aparato técnico e, de outra parte, a necessidade constante de criações intelectuais que os alimentem, tem-se então uma dimensão do extenso universo em que atuam essas fórmulas jurídicas, na busca de equilíbrio entre os direitos do criador e os da coletividade.

Os direitos em questão realizam verdadeira missão de conciliação, no âmbito jurídico, entre o espírito de universalidade das obras intelectuais —

por natureza, destinadas a comunicação pública — e o hermetismo do circuito privado de seus criadores, regulando-se, em seu contexto, a exploração econômica das obras, ao mesmo tempo que são assegurados os vínculos morais e materiais com os respectivos titulares.

Consistem em garantia, para os criadores, de exclusividade para a utilização econômica das obras, por um lapso de tempo, definido em lei, mais amplo no sistema dos direitos autorais, exatamente para possibilitar, no âmbito dos direitos industriais, o ulterior aproveitamento pela coletividade, em face do caráter, nesse campo, utilitário, da criação, ao contrário da esteticidade que prospera no domínio das criações literárias, artísticas e científicas.

Com efeito, enquanto nos direitos de propriedade industrial, como as obras se revestem de caráter aplicativo (industrial ou comercial), o monopólio autoral é mais curto — a fim de que, cessado, o bem possa ser fruído livremente pela sociedade — nos direitos autorais, é mais longo o sistema de exclusividade, assegurando-se ao criador, por toda sua vida, no Brasil, o controle sobre a utilização pública de suas obras.

Em nosso País, tendo em vista as diferenças conceituais e estruturais entre esses direitos, existem leis próprias para a respectiva regência, obedientes, aliás, aos sistemas convencionais de Paris e de Berna — a que aderiram, praticamente, todos os países civilizados — e aos princípios inseridos na Constituição, dentre os direitos fundamentais do homem (no texto vigente, §§ 24 e 25 do art. 153).

Em nossas Constituições, desde a República, têm-se instalado, tranquilamente, no referido capítulo, os direitos em questão, desde que o nosso legislador maior tem plena consciência do respectivo vulto em nossa própria cultura, enriquecida, ao longo dos tempos, por criações cujo porte nos coloca em posição de relevo no cenário mundial.

Por essa razão e até pela tradição de nossas Cartas, é pacífica a necessidade de inserção de normas que mantenham os citados direitos no nível das liberdades públicas, cumprindo, no entanto, ao intérprete discutir se por via de fórmula sintética, ou por proposições analíticas, que parecem haver prevalecido, pelo menos, nas primeiras fases de elaboração do novo texto constitucional, inclusive no âmbito da Comissão de Sistematização.

Da análise das Constituições promulgadas em nosso País, conforme noticiamos em nosso livro *Direito de Autor na Obra Feita sob Encomenda* (publicado em São Paulo, em 1977), verifica-se que se tem observado a técnica de formulação de princípios gerais que assegurem, em suas linhas fundamentais, os direitos dos criadores, a partir dos quais se construiu todo o complexo legislativo hoje existente sobre a matéria.

Assim, estão colocados esses direitos na Carta vigente e de sua inscrição no citado capítulo, à luz da legislação própria editada, sistemas práticos de consecução concreta — institucional e contratual — foram edificados para a satisfação dos interesses, tanto dos criadores, dos usuários e das empresas do setor, quanto da coletividade como um todo, os quais envolvem organismos e entidades da própria estruturação do Estado, embora aperfeiçoamentos comportem, como temos freqüentemente apontado, em trabalhos específicos publicados.

Mas, a partir de sugestões apresentadas e depois incorporadas ao texto de Constituição oferecido a debate pela citada Comissão (e publicado em julho último), ampliou-se enormemente a disciplina da matéria nesse nível, com a inclusão de temas que, a par do rigor técnico em seu tratamento, mereceriam discussão e, quiçá, sacração, a nível de legislação ordinária.

De fato, de início, não prima pela técnica a proposição citada — como vem sendo apontado por outros comentadores, em diferentes aspectos — inclusive quanto à forma de redação, englobando, depois, matérias inconcidentes com o contexto constitucional.

Assim, ao enunciar, no art. 12, os “direitos e liberdades individuais invioláveis”, contempla, no item XI, “a expressão da atividade intelectual, artística, científica e técnica, conforme a lei”, para, por fim, vir a enumerar os princípios básicos respectivos, consubstanciados em alíneas, indicadas por letras minúsculas, de “b” a “j”.

São as seguintes as normas propostas:

b) aos autores pertence o direito exclusivo à utilização, publicação e reprodução comerciais ou não de suas obras, transmissível aos herdeiros;

c) é assegurada a proteção, conforme a lei, às participações individuais em obras coletivas, e à reprodução da imagem humana, inclusive nas atividades esportivas;

d) é garantido ao inventor o privilégio temporário da utilização do invento;

e) as patentes e marcas de interesse nacional são objeto de consideração prioritária para o desenvolvimento científico e tecnológico do País;

f) são asseguradas a propriedade de marca de indústria e comércio e a exclusividade do nome comercial;

g) o registro de patentes e marcas estrangeiras subordina-se ao uso efetivo da criação;

h) o Brasil não reconhece o direito de uso exclusivo quando o objeto da criação se referir à vida, à alimentação e à saúde;

i) os produtos e processos resultantes de pesquisa que tenha por base organismos vivos não serão patenteados;

j) por necessidade social, a autoridade poderá determinar a imediata utilização de obras científicas, assegurada justa indenização.

Detendo-nos sobre o texto, observamos que, inobstante o esforço de ampliar-se a proteção dos direitos em causa, praticamente nada de substancial se acresce ao ordenamento vigente, considerado em uma visão sistêmica, pois, de logo, os postulados inscritos estão, direta ou indiretamente, compreendidos em seu contexto.

Questões impertinentes são incluídas no regime (a da imagem, a do uso de animais em pesquisa, a da ligação entre objeto e vida, ou alimentação, ou saúde); outras desnecessárias (subordinação do registro ao uso, que, a par de prevalecer na lei existente, atinge toda e qualquer patente, e não só a estrangeira), ou mesmo apenas declaratórias (como a das participações em obras coletivas e em espetáculos esportivos — que deveriam ser tratadas a nível de lei ordinária, para fixação de regras, já, aliás, ínsitas no ordenamento vigente).

Além disso, retoma-se a polêmica questão da desapropriação de obras intelectuais — entre nós, versada, até aqui, a nível de legislação ordinária — em que se evidencia, a par de falha redacional transparente, uma preocupação estatizante e incondizente com as liberdades que intenta assegurar (espírito esse, aliás, presente em outros pontos do anteprojeto, já comentados por meio de livros e de artigos especializados).

Dessa forma, acreditamos que, para uma proteção adequada aos direitos intelectuais e em consonância com a própria natureza da norma constitucional, deveria o nosso legislador adotar as fórmulas sintéticas tradicionais, enfatizando os contornos da exclusividade do titular em qualquer processo de utilização econômica de suas obras e a sua transmissibilidade por herança, a par de um relevo que sugerimos se faça dos aspectos morais dos direitos em debate (conforme defendido em nosso artigo “O Direito de Autor no Plano das Liberdades Públicas”, publicado na Revista *Justitia*, de S. Paulo).

Com isso, a par da sagração dos direitos patrimoniais a nível constitucional, teríamos também a consagração dos direitos denominados “morais”, a fim de completar-se o sistema protetivo dos direitos intelectuais e, em uma projeção para o futuro, assegurar-lhes amparo que não possa ser obnubilado pelo pragmatismo que, infelizmente, parece dominar o mundo em que vivemos! . . .

O direito autoral do ilustrador na literatura infantil

HILDEBRANDO PONTES NETO

Vice-Presidente do Conselho Nacional de
Direito Autoral. Membro do Instituto Inter-
americano de Direito de Autor. Membro do
Instituto dos Advogados do Estado de Minas
Gerais

S U M Á R I O

1. *Introdução.* 2. *O trabalho artístico da ilustração.*
3. *A ilustração em face da Lei nº 5.988, de 14 de dezem-
bro de 1973.* 4. *A natureza jurídica da ilustração.* 5. *A
exploração econômica da ilustração.* 6. *Modalidades de
contratação.* 7. *Sanções previstas em caso de violação
autoral.* 8. *Conclusões.*

*“Não há povo rico nem seguro sem raízes no
coração e na fantasia.”*

José Martí

1. *Introdução*

Quase nada se escreveu entre nós sobre os direitos que envolvem o trabalho de criação artística do ilustrador.

Matéria de grande significado, mas de há muito relegada pelos especialistas, acabou abandonada e esquecida nas prateleiras do limbo autoral, onde sofre até hoje dura e imerecida provação.

É chegado o momento de resgatá-la desse estágio injusto em que se encontra, propagar-lhe a importância, devolver-lhe a dignidade.

Esse esforço que aqui se pretende passa pela reflexão doutrinária, compreensão segura para a formulação de uma nova consciência autoral, onde os direitos e deveres dos ilustradores, uma vez aclarados, poderão permitir-lhes através da transparência jurídica a defesa mais eficiente da sua criação intelectual.

A prática tem demonstrado que falta aos autores dessa expressiva modalidade de criação intelectual o sentido dessa visão, razão pela qual ainda não firmaram reivindicações essenciais, nem obtiveram junto da indústria gráfica um tratamento equânime, justo, à altura do trabalho artístico que desenvolvem.

Este estudo pretende oferecer subsídios que possam encurtar essas distâncias.

Apresentar, quando menos, a instrumentalização jurídica colocada ao dispor dos ilustradores pelo legislador autoral, possibilitando-lhes, quando em confronto com o mercado editorial, afastar a indesejável exploração unilateral da sua obra.

Por questão de afinidade, não pretendo estender a análise do trabalho de criação do ilustrador às suas mais diversificadas manifestações.

O meu exame estará circunscrito aos limites territoriais da ilustração infantil, terreno fértil e de produção generosa neste País, onde cada criador dos desenhos, envolto em sensibilidade e magia, tem conseguido pelo traço e pela cor implantar no coração das nossas crianças as mais lindas fantasias, os mais belos sonhos.

2. O trabalho artístico da ilustração

Indagado por Georges Charbonnier sobre o que é ilustrar um texto, HENRI MATISSE ⁽¹⁾ respondeu:

“Ilustrar um texto não é completar um texto. Se um escritor precisa de um cartista para explicar o que disse, é porque o escritor é insuficiente. Encontrei escritores sobre os quais não havia nada a fazer: tinham dito tudo.

A ilustração de um livro pode ser também o embelezamento, o enriquecimento do livro em arabescos, conformando-se com o ponto de vista de quem escreve. Podem também fazer-se ilustrações com meios decorativos: um belo papel etc. A ilustração tem a sua utilidade, mas não traz grande coisa à literatura essen-

(1) MATISSE, Henri. *Escritos e Reflexões sobre Arte*. Editora Odisséia, p. 207.

cial. Os escritores não precisam de pintores para explicar o que querem dizer. Devem ter em si recursos suficientes para se exprimir.”

De outro lado, MAURICE SENDAK (2) em entrevista a Walter Lou-raine, perguntado o que ele pensava da ilustração em um livro, assim se expressou:

“Pode ser uma decoração ou uma expansão do texto. É a versão do texto feita pelo ilustrador, a sua própria interpretação. Esta é a razão pela qual ele é sócio ativo no livro e não um mero eco do autor. Ser ilustrador é ser participante, é ser alguém que tem a mesma importância, ao expressar-se, que o autor do livro e, ocasionalmente, mais importância que ele, mas por certo não é ser um eco do escritor.”

O cotejo das opiniões externadas por estes excepcionais artistas me dá conta da importância que essa modalidade de criação artística tem para a literatura de uma maneira geral, em particular para a literatura infantil.

Quero crer que, quando MATISSE opinou sobre a sua condição de ilustrador, ele me deu a impressão de falar como se estivesse preso a um texto poético de Mallarmé, ou talvez às ilustrações dos poemas de Charles D'Orléans, ou até mesmo à ilustração de *Ulisses*, de James Joyce.

Senti nele um profundo respeito pelo escritor, que, segundo afirma, não necessita dos pintores para explicar o que pretende dizer.

Se bem compreendi o pensamento deste extraordinário pintor, a sua visão está voltada para o campo geral da literatura, sem que nela se vislumbre nenhuma preocupação com os desenhos para crianças.

Com SENDAK a posição se me afigura bem outra.

Ele confere ao ilustrador a mesma magnitude do autor do livro.

Chega até a tributar-lhe maior importância — mesmo que ocasionalmente —, uma vez que para ele o ilustrador jamais será o eco do escritor.

Para SENDAK, ilustrar será sempre uma forma de pensar. MATISSE e SENDAK me auxiliam a compreender o real significado da ilustração, em especial, na literatura infantil.

Induvidoso que influências como estas conseguiram somar na formação conceitual dos ilustradores brasileiros, desenhistas que acreditam no

(2) SENDAK, Maurice. Entrevista publicada na revista venezuelana *Parapara* e transcrita no *Boletim dos Ilustradores* — Ano I, n.º 0, Rio de Janeiro, julho de 1984.

trabalho que fazem para as nossas crianças, e que aos poucos vão transponto pelo talento as fronteiras deste País.

Aqui me lembro de ÂNGELA LAGO ⁽³⁾ quando, no I Encontro de Leitura e Literatura Infantil na FAFI, em Belo Horizonte, em 1985, escreveu com rara felicidade, no trabalho *Algumas Reflexões sobre o Planejamento Gráfico do Livro de Imagens*, no debate à palestra de Paulo Bernardo, que:

“gostaria de recuperar a palavra iluminura, que é em si tão bonita, e dar a ela um novo sentido. Ilustrar é iluminar. É iluminar um texto com a luz própria da ilustração. É desvendar, com clareza da imagem, a narrativa.”

Ou então como MARISA MOKARZEL ⁽⁴⁾ em *Confissões de uma Autora*:

“Meu ato de criar é múltiplo. Sou escritora, sou ilustradora. Tenho vontade de virar musical, roteiro de cinema, teatro ou TV. Negar meus vários eus, não posso e nem quero.

Com eles jogo o jogo lúdico da imaginação, falo a linguagem da vida.”

DENISE FRAIFELD e FERNANDO JOSÉ ALZUGUIR AZEVEDO ⁽⁵⁾, quando trataram do tema “Ilustração: Uma proposta de leitura” dentro do projeto “Ciranda de Livros”, no SESC de Nova Friburgo, em julho de 85, deixaram claro que:

“A imagem possui o poder mágico de remexer nossas emoções antes mesmo de compreendermos racionalmente o que está chegando aos nossos olhos.”

LUIZ CAMARGO ⁽⁶⁾, no IV Seminário Latino-Americano de Literatura Infantil e Juvenil, ao discorrer sobre “Análise de Imagem”, afirma que:

“Não há o olhar ingênuo — estamos sempre comprometidos com o nosso passado. Para o ilustrador, isto significa que ele sempre trabalha a partir de uma grande variedade e tipos diferentes de imagens, absorvidas e transformadas no decorrer de sua vida. Para a criança, significa que ela fará a leitura da ilustração

(3) LAGO, Angela. *Algumas Reflexões sobre o Planejamento Gráfico do Livro de Imagens*, documento em poder do autor.

(4) MOKARZEL, Marisa. Documento enviado ao autor.

(5) FRAIFELD, Denise. “Uma proposta de leitura”. ALZUGUIR AZEVEDO, Fernando José. Documento em poder do autor.

(6) CAMARGO, Luiz. “Análise de Imagem” — Documento em poder do autor.

juntando todas as imagens interiores anteriores — o que nem sempre corresponderá a uma leitura objetiva.”

ANA RAQUEL (7), ao escrever *Contos de Fadas: Ilustrar ou Não?*, fala do grande desafio que a fascina: “viajar na estória, tentar puxar o leitor junto, perder o controle dos limites do papel”.

Estou convencido de que o trabalho do ilustrador, na literatura infantil, reside na sua capacidade de aprisionar o imaginário dentro dos desenhos coloridos de formas infantis.

É como se eles fossem decalques, figurinhas que as crianças recortam com os olhos e colam com amor no inesquecível álbum da memória!

Não é sem razão que REINALDO ALFONSO (8) nos dá a definitiva dimensão da ilustração:

“Para cualquier nivel toda ilustración tiene que ser una obra de arte.”

3. A ilustração em face da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973

Não foi dispensada ao ilustrador brasileiro a proteção legal de que ele necessita.

A Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973, não cuidou dessa modalidade de criação com a devida ênfase.

O fato de ter reconhecido no art. 6.º, itens VIII e IX, as obras de desenho e ilustração como sendo obras intelectuais protegidas não revela obrigatoriamente da parte do nosso legislador autoral maior reflexão sobre o seu significado e alcance.

Ao se examinar a lei, o que se constata é a ausência de dispositivos específicos que digam desta espécie de criação com melhor propriedade e regulem os seus reflexos de ordem econômica de forma mais precisa.

O elenco das criações intelectuais reproduzidas pelo art. 6.º da Lei n.º 5.988/73 foi contemplado não por uma exigência das respectivas categorias de criadores intelectuais, muito ao contrário, figura no texto da lei por uma benesse, visto ser quase que uma cópia fiel do art. 2.º, alínea 1, da Convenção de Berna (9).

(7) RAQUEL, Ana. *Contos de Fadas: Ilustrar ou Não?* — Documento em poder do autor.

(8) SOLEGO, Alfonso. Emília. En Julio como Enero — Revista Editorial *Gente Nueva*, Hava, ‘(El Anima Encantada de la Literatura Infantil: Esa otra dimensión’.

(9) MASOUYÉ, Claude. *Guia da Convenção de Berna*. Genebra, 1980, OMPI.

De qualquer sorte, sendo o desenho e a ilustração considerados obras protegidas, daí decorre que aos seus criadores se estendem os direitos morais e patrimoniais sobre as obras que criam.

O direito moral (art. 25 da lei) constitui-se em um leque de prerrogativas de ordem estritamente pessoal, inalienáveis e irrenunciáveis, que se estendem ao reconhecimento da paternidade da obra, ao seu ineditismo, à sua integridade, à possibilidade de sua modificação, ou de sua manutenção ou não em circulação.

Do ponto de vista do direito patrimonial, firma a Lei de Regência que cabe ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor de sua obra e autorizar a sua utilização e fruição por terceiros.

Dentre as formas de utilização, o art. 30 da Lei n.º 5.988/73 estabelece, no item I, a edição.

Quando estudamos no seu Título IX, Capítulo I, arts. 57/72, a edição literária, artística ou científica, verificamos que o legislador, ao elaborá-la, voltou-se muito mais para o editor da obra do que para os seus autores.

A lei autoral fortalece muito mais a posição da indústria editorial do que a do criador que lhe serve.

Ora, se tal ocorre com o autor literário, o que dirá com o ilustrador de uma obra infantil.

De conseguinte, torna-se importante maior reflexão sobre a relação ilustrador *versus* editor, para que possamos avaliar, do ponto de vista prático, quais são as distorções dela decorrentes e os seus possíveis reparos.

4. *A natureza jurídica da ilustração*

De início, devemos estabelecer qual é a natureza jurídica da relação entre o autor do texto e aquele criador que o interpreta na obra infantil.

Na maioria dos casos o ilustrador trabalha em cima do texto que lhe é entregue pela editora.

Casos existem em que o texto e a ilustração nascem juntos, frutos do trabalho de um único criador.

Pode também ocorrer que o autor da estória indique o ilustrador de sua preferência.

Tais hipóteses são modalidades de realização deste trabalho artístico.

O que importa realçar é que o texto e a ilustração formam um trabalho de co-autoria.

Concorrem para a sua realização dois autores distintos, criadores de gêneros diferentes: o que escreve uma estória e aquele que lhe dá vida através do desenho.

Publicadas essas duas criações sob a forma gráfica do livro infantil, embora divisíveis, elas se tornam indivisíveis enquanto obra literária, livro infantil.

Nada impede, entretanto, que o texto ou ilustração possam ser utilizados diferentemente daquela finalidade para a qual foram criados, desde, é claro, que com a autorização de um dos autores.

É a regra contida no art. 24 da lei:

“Se a contribuição de cada co-autor pertencer a gênero diverso, qualquer deles poderá explorá-la separadamente, desde que não haja prejuízo para a utilização econômica da obra comum.”

E o art. 23 prescreve o exercício dos direitos dos co-autores de comum acordo, salvo convenção em contrário.

Consigna, no seu parágrafo único, que a divergência será decidida pelo Conselho Nacional de Direito Autoral, a requerimento de qualquer co-autor.

O art. 31, ao estabelecer regras sobre a co-autoria, utiliza-se conceitualmente da palavra colaborador. Ao mesmo tempo que adota conceitualmente a figura do co-autor e confunde a figura do colaborador.

O Prof. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁽¹⁰⁾, ao comentar em sua obra o art. 31, diz:

“III — Procurando uma diferença, verificamos que o art. 23 fala em co-autoria, e o art. 31 em obra de colaboração.”

E em seguida conclui:

“É, pois, a situação de co-autoria que é regulada também pelo art. 31.”

Em que pese aos doutrinadores nacionais e estrangeiros de prestígio consagrarem essa sinonímia, ela se me afigura incorreta, das mais infelizes.

Do ponto de vista da criação, o colaborador encontra-se em patamar inferior ao do criador de uma obra.

O que é co-autor senão o autor de um trabalho de criação artística?

Quem colabora na criação de uma obra terá que desempenhar o papel secundário de colaborador.

(10) ASCENSÃO, José de Oliveira — *Direito Autoral* — Forense — p. 59.

Se cria, será autor, co-autor em hipótese de parceria.

Como diz o Prof. ANTÔNIO CHAVES ⁽¹¹⁾:

“Para que a cooperação dê qualidade de autor é necessário, acentua-se, que ela tenha certa importância e dignidade intelectual, não sendo reputado co-autor quem somente contribuiu com conselhos para a formação da obra, nem o artífice que sob a direção do escultor deu a um bloco de mármore, de onde surgirá uma estátua, o primeiro desbaste.”

Quem simplesmente colabora na atividade da criação de uma determinada obra não lhe imprime a marca de sua personalidade. Se o faz na qualidade de colaborador, deixa de sê-lo para transformar-se em autor.

O direito de autor nasce do ato de criar sustentado nos elementos da originalidade e da novidade.

É possível que a colaboração tenha sempre importância dentro de um processo criativo qualquer.

Mas lhe faltará, por certo, majestade intelectual para colocá-la no patamar da criação artística.

5. *A exploração econômica da ilustração*

Firmado o entendimento de que escritor e ilustrador trabalham em sistema de co-autoria, torna-se importante analisar como vem se dando na prática a exploração econômica da criação artística do ilustrador.

Em se tratando de literatura infantil, o autor percebe a título de remuneração autoral um percentual por livro vendido, comumente conhecido como preço de capa.

Esse percentual é fruto de negociação de partes: autor *versus* editor.

Com o ilustrador a negociação se dá de maneira diferente. Ao entregar os desenhos ele recebe o preço pelo seu trabalho, e nada mais.

Estou falando de uma genérica remuneração, uma vez que se sabe que existem ilustradores que já participam da exploração econômica da venda do livro repartindo com o autor do texto o percentual pelo preço de capa.

O que é inaceitável na relação ilustrador *versus* editor é que o preço pago pela entrega das ilustrações ainda seja confundido como pagamento de direito autoral. Direito autoral não é salário.

(11) CHAVES, Antônio. *Direito de Autor*. Forense, p. 95.

O ilustrador não deve e não pode abrir mão de participar dos proventos pecuniários decorrentes da exploração econômica de sua obra.

Esse é o direito patrimonial que a lei lhe assegura.

A que título então lhe está sendo negada uma porcentagem em cada livro vendido?

Segundo os editores, sobre o livro infantil recai um alto custo a impedir uma melhoria de remuneração, além daquela que é paga no ato da entrega da obra.

E na hipótese de edições sucessivas da obra sem contrato entre ilustrador e editor que preveja uma remuneração além do preço da encomenda?

Neste caso confirma-se uma reutilização das ilustrações em detrimento dos direitos patrimoniais do seu criador.

A ausência de contratos escritos onde se firma em favor do ilustrador outra forma de provento pecuniário pela exploração de seu trabalho é praxe condenável existente no meio.

E quando se dá a feitura do livro infantil exclusivamente com ilustrações em texto?

O ilustrador recebe do editor o preço pelos seus desenhos por ocasião da entrega dos mesmos, e nada mais?

Tão grave distorção patrimonial que a prática vem apontando deverá ser objeto de vertical reflexão da parte dos ilustradores.

Quando ocorre o ilustrador reclamar do editor uma participação no preço de cada obra, é-lhe proposto o pagamento de uma porcentagem que normalmente corresponde à metade do preço de capa percebido pelo autor do texto.

Nada mais absurdo!

Se, por decorrência de um princípio constitucional (art. 153, § 25, CF), só o autor da obra pode estabelecer o preço do trabalho que cria, torna-se inadmissível imaginar uma modalidade de meação de remuneração.

Não se pode retirar do autor parte do seu direito autoral sob o pretexto de dividi-lo com o seu co-autor.

A relação econômica não deve ser deslocada de seu campo, ou seja, ilustrador *versus* editor.

Essa questão necessita ser examinada com cuidado, para que não se crie o péssimo hábito de aliviar o custo natural da obra infantil às expen-

sas do trabalho de criação, o verdadeiro responsável pela lucratividade do universo editorial.

6. *Modalidades de contratação*

As relações entre o ilustrador e o editor não se esgotam no fator exclusivamente econômico.

Deve tornar-se uma preocupação sua proteger junto ao editor a qualidade técnica do trabalho de criação que realiza.

Por essa especificidade, a utilização do trabalho artístico do ilustrador não deve ser negociada mediante a cessão de direitos prevista nos arts. 52/56 da Lei n.º 5.988/73.

Um contrato de edição difere substancialmente de um contrato de cessão de direitos.

Mediante o contrato de edição, como nos ensina FABIO MARIA DE MATTIA (12):

“O autor transfere ao editor as faculdades que compõem seu direito de reproduzir sua criação. Através da transferência o editor converte o original em livro.

Enfim, o autor transfere as faculdades indispensáveis para explorar o futuro livro através da edição.”

Pelo contrato de cessão, o titular de direitos transfere a outrem esses direitos. O cessionário se sub-roga em todos os direitos do cedente, que desaparece da relação. Opera-se uma verdadeira venda. A obra sai de seu controle e domínio.

A cessão de direitos deve ser evitada nas relações contratuais envolvendo o criador nacional ou até mesmo banida do texto do anteprojeto da futura lei autoral, em fase de estudos e elaboração no âmbito do Conselho Nacional de Direito Autoral — CNDA. O contrato de edição não se me afigura a melhor solução que o ilustrador possa eleger.

Vejo no contrato de licença autoral a forma mais segura para o ilustrador defender e garantir o uso de sua obra.

Essa modalidade de contrato lhe permite manter sob o seu domínio os desenhos que cria, licenciando-os dentro de condições que lhe pareçam as mais favoráveis.

Os originais das suas ilustrações serão sempre de sua propriedade.

(12) DE MATTIA, Fabio Maria — *O Autor e o Editor na Obra Gráfica*. Saraiva, 1975, p. 98.

Em caso de novas reproduções solicitadas pelo editor, elas lhe serão colocadas à disposição, franqueadas sem nenhuma forma de embaraço. As ilustrações de cada criador representarão sempre o seu grande acervo, o seu patrimônio artístico, e disso jamais pode ele olvidar.

Permite de igual modo ao ilustrador licenciar seus desenhos condicionando o direito de controlar os serviços de diagramação e a qualidade do fotolito.

Caso não corresponda aos princípios elementares de qualidade, ele fica com a faculdade de recusá-los.

A licença autoral permite-lhe, ainda, estabelecer o número de ilustrações a serem criadas, o tamanho de cada uma, e a técnica a ser utilizada para a sua feitura, e o impedimento de que elas sejam usadas fracionadas pelo editor.

7. *Sanções previstas em caso de violação autoral*

Pela sistemática da lei autoral brasileira, a violação do direito autoral do autor caracteriza uma lesão de ordem patrimonial irreversível, somente reparada pela via indenizatória

Dentre as sanções civis e administrativas previstas na Lei n.º 5.988/73, a descrita no art. 123, em que pese a ser genérica, encerra em seu conteúdo uma apenação civil de maior alcance:

“O autor, cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada, ou de qualquer forma utilizada, poderá, tanto que o saiba, requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação ou utilização da obra, sem prejuízo do direito à indenização de perdas e danos.”

Com efeito, a sanção em matéria autoral não se limita à Lei n.º 5.988, de 1973.

A Lei n.º 6.895, de 17 de dezembro de 1980, deu nova redação aos arts. 184 e 186 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Esta é a nova redação:

“Art. 184 — Violar direito autoral. *Pena*: detenção de três meses a um ano, ou multa de Cr\$ 2.000,00 a Cr\$ 10.000,00.

§ 1.º — Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de obra intelectual, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, ou consistir na reprodução de fonograma e videofonograma, sem autorização do produtor ou de quem o represente: *Pena*: reclusão de um a quatro anos e multa de Cr\$ 10.000,00 a Cr\$ 50.000,00.”

“*Art. 186 — Nos crimes previstos neste capítulo, somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, ...*”

De conseguinte, tanto a Lei da Regência quanto a Lei Penal impõem sanções quanto ao uso indevido do trabalho de criação artística do ilustrador sem a sua prévia e expressa autorização.

8. *Conclusões*

Procurei transmitir neste estudo preocupações que são frutos da minha vivência como autoralista.

Sei o quanto me foi difícil tratar questões que envolvem essa fascinante modalidade de criação intelectual que é a ilustração na obra infantil, cujos conceitos e compreensões não se encontram entre nós sedimentados. Mas não será difícil acreditar que já é passada a hora de os ilustradores nacionais permitirem experiências dolorosas como as relatadas por REGINA YOLANDA M. WERNECK⁽¹³⁾:

“Recebi os originais de minhas ilustrações exceto os capitulares. Quando reclamei, a responsável pela editora S, que é minha amiga, afirmou que me entregará na mão.”

ou,

“A editora R recebeu meus originais de minhas mãos e afirmou *já ter recebido.*”

Ou então essa inacreditável situação vivida por ela própria:

“Há tempos illustrei o livro de uma amiga. Quando solicitei o pagamento já tratado verbalmente, recebi a seguinte resposta:

— Peça à sua amiga. É ela que tem que pagar. É claro que até hoje não recebi nenhum centavo por aquelas ilustrações.”

Cada caso é um caso.

Não basta que apenas a lei coloque à disposição desta importante categoria mecanismos de defesa de sua criação intelectual.

É essencial que os ilustradores se organizem em torno de uma associação nacional de defesa e cobrança de seus direitos autorais. É na união que se encontra a única forma de fortalecer o trabalho intelectual, equilibrar a sua relação com o capital.

No dia da criação desta associação, cada caso deixará de ser, felizmente, mais um caso!

E, nos dizeres felizes de ÂNGELA LAGO, ilustrar será duplamente iluminar!

(13) WERNECK, Regina Yolanda M. Carta enviada para o autor.

Reflexões sobre os rumos da reforma agrária no Brasil

LUIZ EDSON FACHIN

Advogado, Professor de Direito Civil da PUC-PR e da Faculdade de Direito de Curitiba; Mestre em Direito das Relações Sociais (Civil) pela PUC-SP; da Procuradoria Jurídica do Instituto de Terras, Cartografia e Florestas do Paraná; ex-Procurador-Geral do INCRA, em Brasília-DF

SUMÁRIO

1. *Observação preliminar necessária.* 2. *O espelho dos fatos.* 3. *A calibração contemporânea das contradições sociais.* 4. *A Constituinte do Governo.* 5. *O anteprojeto da Comissão Afonso Arinos.* 6. *A terra na Constituinte.* 7. *Tentando concluir.*

1. *Observação preliminar necessária*

Procurou-se neste breve estudo identificar as razões que levaram a natimorta reforma agrária da Nova República estar sendo velada pelo atual Congresso Constituinte.

Por opção metodológica e pelas limitações do autor deste trabalho, a análise que se seguirá obedeceu a uma sistematização dos tópicos e temas reputados fundamentais para enfocar a questão de que se cogita aqui.

Levou-se em conta, ainda, que o conhecimento crítico do passado somado à decodificação do presente é imprescindível para tentar apreender o futuro, se é que de fato tais tempos se dividem assim de modo rígido.

2. O espelho dos fatos

A estrutura fundiária do Brasil apresenta dados contundentes: 1,2% das propriedades rurais (com área de 1.000 hectares ou mais) ocupam 45,8% das terras agricultáveis, enquanto 50,4% das propriedades rurais (com área inferior a 10 hectares) ocupam apenas 2,4% das terras agricultáveis, consoante dados do Anuário Estatístico de 1980 do IBGE e do texto base da Campanha da Fraternidade de 1986.

A *concentração da terra*, quer nas áreas de colonização antiga, quer na ocupação dos espaços vazios, faz prevalecer a injustiça social no campo e promove o inchaço das cidades. A estatística trágica dos *conflitos de terras* também demonstra que a concentração fundiária foi acompanhada pelo aumento de *mortes e violência* de toda a espécie. O País tem sido palco de conflitos decorrentes da disputa pela posse da terra. Causa fundamental dessa situação de violência, real ou latente, é o alto grau de concentração da terra verificado em todo o Brasil.

O mundo dos fatos é rico no espelho da miséria e da marginalização. O retrato desse universo tem também seu reflexo na estrutura jurídica do País.

Nesse contexto, a ocupação da terra segue, em regra, os princípios que defluem desse *status quo*, a exemplo do que observa nos projetos de colonização e titulação. Com isso, o interesse menos auscultado e as peculiaridades menos atendidas são as dos reais e efetivos ocupantes, tendo a ordem jurídica vigente, a serviço de valores alheios à maioria da população, sido incapaz de absorver as questões que emergem da realidade fundiária.

O Brasil tem um sistema jurídico fechado que diretamente ou de forma ambígua protege a quase intocabilidade do direito de propriedade privada. Algumas concessões a essa rigidez decorrem de movimentos sociais organizados, mas, no fundamental, ao longo da história, permanece intocado o estatuto básico da propriedade, fruto das condicionantes políticas e econômicas vigorantes nas relações sociais em cada momento distinto.

Essa realidade é espelhada pelos textos constitucionais brasileiros, embora o conteúdo formal das Constituições realmente nem sempre revele o que de fato se passou.

Já em 1824, por exemplo, a Carta do Imperador (art. 179, alínea 22) garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Em 1934, pela primeira vez se fala, contrapondo-se à propriedade, em “interesse social ou coletivo” mas “na forma que a lei determinar”. A Constituição imposta em 37 (art. 122, alínea 14), referindo-se a “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”, teve a cautela de, no

art. 122, manter no mesmo nível e relevância “o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade”. Registre-se que o conservadorismo das elites brasileiras acabou predominando na Constituição de 18 de setembro de 1946.

A partir de 1964 até chegou a ser imposto *progresso formal* ao focar a questão da propriedade. Basta ver que na Constituição Federal emendada e na legislação ordinária passa a ser previsto o pagamento da indenização com títulos especiais para fins de *desapropriação por interesse social* com vistas à reforma agrária.

É evidente que tais textos tidos como constitucionais e a respectiva legislação ordinária não foram precedidos de debates pela Nação, nem mesmo pelos segmentos diretamente interessados. Em verdade, os governos pós-64 estrategicamente transformaram em lei algumas das reformas anteriormente pretendidas. Mas praticamente nada passou do papel, e, na prática, o Poder, como era de se esperar, saiu-se com evasivas.

Em verdade, o Plano Nacional de Reforma Agrária, aprovado pelo Decreto n.º 91.766, de 10 de outubro de 1985, também é exemplo disso. O conteúdo do Plano e a prática do Governo dele decorrente demonstraram as reais intenções da “Nova República” em administrar as contradições sociais, tentando superá-las com paliativos e ambigüidades.

Mesmo que executado, o Plano Nacional de Reforma Agrária vigente pouco será alterado na malha fundiária do País.

Nesse setor, onde a intervenção estatal deveria ser a mais enérgica e profunda, revelou-se o caráter do Estado brasileiro: o da supremacia da propriedade privada, coerente com o dispositivo constitucional que a erige em direito individual.

Argumenta-se, por outro lado, do gravame que a função social da propriedade representa em favor de um conceito mais atento ao interesse coletivo e menos voltado à utilização absoluta e privada. Hoje, realmente, já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, composto por restrições e induzimentos que formam o conteúdo de sua função social.

Desde que se proclamou que a propriedade obriga, nas legislações mereceu acolhida a intervenção de idéias que progressivamente construíram a doutrina da *função social da propriedade*, mas que na prática poucas transformações geraram. É possível dizer que a função social também se relaciona com o uso da propriedade, alterando, portanto, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é seu exercício. E por uso da propriedade é possível apreender o modo com que são exercitadas as faculda-

des ou os poderes inerentes ao direito de propriedade (art. 524 do Código Civil). A propriedade, assim, tem uma função social, princípio jurídico aplicado ao exercício das faculdades e poderes que lhe são inerentes. A função social também pode corresponder a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade. Tais restrições dão nova feição teórica a esse direito, especialmente porque, em última análise, a inobservância do princípio constitucional da função social pode levar à perda da propriedade em favor do interesse público.

A Constituição Federal em vigor, ao condicionar a propriedade ao exercício da função social (art. 160, inciso III), estabelece (art. 161, § 2.º) uma medida definida à inobservância desse princípio: a desapropriação *por interesse social para fins de reforma agrária*. Temos, então, a regra e a sanção a ser aplicada em caso de sua inobservância. Todavia, essa relação de causa e efeito, de antecedente e conseqüente, não se demonstrou ainda na prática.

De um conceito privatista, a Constituição em vigor já chegou à concepção da função social aplicada ao direito de propriedade rural.

Até teoricamente é um hibridismo insuficiente porque fica a meio-termo entre a propriedade como direito e a propriedade como função social.

3. *A calibração contemporânea das contradições sociais*

Nenhum outro momento histórico do País possivelmente apresentou, numa transição política, tamanho confronto entre os ideais de mudança e os interesses conservadores. O Brasil vive atualmente esta luta diuturna: de um lado, a retórica do mudancismo e poucas práticas transformistas; de outro, a aplicação eficiente da anciã tática segundo a qual *é preciso mudar alguma coisa para que tudo continue na mesma*.

Nesse contexto nem sempre é possível ter precisa clareza na análise de questões tão relevantes como a que se refere à luta pela terra.

O tão famoso receio de retrocesso que povoa as cabeças civis como espada vigilante da pseudonormalidade nacional tem sido um dos responsáveis pelo agrupamento de ocasionais progressistas e conservadores sob o mesmo e surrado guarda-chuva partidário.

Em certo sentido, forças ponderáveis do País repetem o equilibrismo da corda bamba ao ouvirem insistentemente a advertência de que, *se ficar, o bicho pega e, se correr, o bicho come*.

No fundamental, a Nação vive, enfim, um razoável impasse. Esse impasse, porém, tem beneficiado aos detentores do governo dos interesses

dominantes. Se a questão é avançar para além da democracia política, como se faz necessário, postulando a democracia social e econômica, a justa distribuição da renda nacional, o pleno emprego, a repressão ao abuso econômico, o solvimento da intrincada questão militar, a divisão que se instaura entre segmentos que concordam com tal avanço mas que discordam do tempo e do modo em que ele deve se dar, somada às correntes contrárias a qualquer mudança, prestam por promover um choque de forças que tem sido, de algum modo, competentemente administrado pelo governo dos interesses dominantes. O que a Nova República tem feito, enfim, é calibrar contradições sociais, empregando uma roupagem avançada para práticas conservadoras. E quando, de fato, é concedido algum passo à frente em face da pressão social, no momento seguinte cuida-se, com todo esmero e eficiência, para que se dêem dois passos atrás.

Essa tática da ambigüidade tem confundido alguns movimentos sociais e, em certos momentos, provocado um pouco de imobilismo.

É por dentro dessa engenhosa arquitetura que a Nova República tem-se apropriado, com o cuidado de um aluno extremamente aplicado, das lições das sistoles e diástoles de um conhecido general de triste mas ainda recente memória.

4. *A Constituinte do Governo*

Nessa construção cíclica que quase não conduz a lugar algum, se insere o que se chama Assembléia Nacional Constituinte. Para amainar a frustração imposta por 22 parlamentares, ciosos de seu comprometimento com o *status quo*, procurou-se compensação na convocação da Constituinte, que deveria ser o momento maior das aspirações nacionais no sentido de criar um novo ordenamento político-jurídico. Porém, não se consumou no dia 28 de junho de 1985, quando o Presidente da República assinou a Mensagem n.º 330 submetendo ao Congresso Nacional projeto de emenda constitucional, o ideal de uma Constituinte livre, soberana, exclusiva e autônoma.

Convocados a legislar em causa própria, os constituintes são, em verdade, os membros do Congresso Nacional. Cuidarão, portanto, de tecer o novo estatuto constitucional do qual não viverão apartados. Ou seja: temos um Congresso Constituinte, fórmula muito distante das reais necessidades e reivindicações da grande maioria da população.

Por óbvio, isso é extremamente pouco, o que não significa abandonar o caminho. Corresponde, apenas, ver com clareza que a estrada de reencontro da vida nacional não é retilínea, mas sinuosa.

Se, desde que deixamos de ser colônia, as Constituições brasileiras foram forjadas sem a participação do povo, além de ocupar o pequeno

espaço que restou, cabe, também, pugnar por transformações derivadas de movimentos sociais organizados que independem dos freios e contrapesos do Governo e de suas instituições, superando o autoritarismo das minorias econômicas e o casuísmo.

Hoje, de qualquer modo, é fundamental despertar ainda mais para as questões básicas que se colocam na perspectiva da Constituinte, até para tentar obstruir retrocessos como o que se avizinha decorrente dos *lobbies* engendrados no meio rural por grupos e pessoas de espíritos caiados pelo ódio e pela violência. Mais ainda: tal postura se mostra necessária para denunciar o clientelismo de candidatos e inclusive de partidos que até pouco tempo estiveram na resistência democrática.

5. *O anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*

O anteprojeto constitucional elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, publicado no *Diário Oficial* da União, de 26 de setembro último, não traz nenhum avanço fundamental e nenhuma formulação nova à matéria agrária. Muito aquém de propostas mais coerentes, como a do professor Fábio Konder Comparato, o anteprojeto limitou-se a explicitar realidades admitidas pela atual Constituição e pela legislação ordinária, como a que diz respeito à subordinação da propriedade à função social.

Em verdade, o estudo da Comissão restou por escamotear a abordagem de dois problemas fundamentais: a fixação da área máxima para o País e a desapropriação das chamadas empresas rurais. Quanto à área máxima, diz o anteprojeto que é dever do Poder Público fixar a área máxima de propriedade rural a receber benefícios fiscais e crédito subsidiado. Vale dizer: prevê a criação, por ato posterior (que provavelmente se perderá no tempo) do Poder Público, de *área máxima de natureza fiscal e creditícia*. Ora, isso fica aquém do próprio Estatuto da Terra, cujo artigo 119 é muito mais apropriado; não poderão gozar dos benefícios previstos pelo Estatuto da Terra — dispõe aquele artigo 119 —, inclusive a obtenção de financiamentos, empréstimos e outras facilidades, os proprietários de latifúndios. Como se vê, bastaria cumprir a lei.

Quanto à empresa rural desapropriável, o anteprojeto também é inferior à lei atual, ao menos em parte. Está no artigo 336 do anteprojeto que lei complementar definirá os casos em que se permitirá a desapropriação para fins de reforma agrária, mediante prévia indenização em dinheiro. Esse dispositivo contém um avanço apenas aparente, senão vejamos. Pela legislação vigente, as reais empresas rurais não são em tese suscetíveis de desapropriação; porém, o Estatuto da Terra considera latifúndio o imóvel

que exceda a seiscentas vezes o módulo médio da propriedade rural ou a seiscentas vezes a área média dos imóveis rurais na respectiva zona (art. 46, § 1.º, alínea b, combinado com o art. 4.º, inciso V, da Lei n.º 4.504/63). Assim sendo, pelo sistema em vigor, mesmo a empresa rural que pelas dimensões se torne enquadrada como latifúndio é desapropriável como os demais latifúndios, inclusive com pagamento em Títulos da Dívida Agrária. Desse modo, parece-me que direta ou indiretamente, nesse aspecto, o anteprojeto *fulmina o latifúndio por dimensão*, o que é um retrocesso, além de propiciar o florescimento ainda maior das empresas rurais "fantasmas", tornando as desapropriações em verdadeiras compras e vendas.

Sobre a forma das indenizações e a competência para desapropriar, o anteprojeto não traz inovações, dispondo, porém, que os Títulos da Dívida Agrária passariam também a ser aceitos como forma de pagamento de tributos federais e que lei complementar poderá criar a Justiça Agrária, na estrutura da Justiça Federal, postergando, aliás, mais uma vez, o direto enfrentamento dessa questão.

Pode preocupar o fato de que, salvo engano, as perspectivas indicam para um futuro texto constitucional igual ou pior do que o proposto.

6. *A terra na Constituinte*

As perspectivas menos otimistas estão se confirmando, apresentando-se uma Constituinte de cunho conservador, mitigada e auto-imolada em sua soberania e liberdade.

O instituto da propriedade foi e continuará sendo ponto nevrálgico das discussões sobre as questões fundamentais do País.

O que se depreende é que se esmaeceu também o ponto de partida, que era a existência do Plano Nacional de Reforma Agrária. Reconhecia-se que, apesar de sua insuficiência, timidez e recuos, o Plano havia auxiliado na retomada do debate sobre a reforma agrária, parecendo ter comprometido o Governo com metas e definições, ainda que ambíguas, em face da dança dos sentidos a que são submetidas.

O frágil Executivo curvou-se ainda mais diante do perfil indisfarçavelmente conservador do atual Congresso Constituinte. Ao velar a natimorta reforma agrária da Nova República, o atual Congresso Constituinte está possivelmente perdendo oportunidade histórica de viabilizar a pacífica transformação do campo rumo ao desenvolvimento social, ciente, porém, de que poderá recair ainda mais sobre os gerentes contemporâneos do poder o ônus desse fardo.

7. *Tentando concluir*

Em verdade, pouco há para concluir diante dessa realidade que se apresenta neste retrato falado. A análise das informações disponíveis permite ao menos concluir, sem disfarce nem retoque, que o País ainda vive um impasse, mesmo que bem maquiado e administrado.

O presente espelha aparentemente um nebuloso momento: são tempos confusos porque são em verdade claramente elaborados. É o encarceramento social promovido pela filosofia liberal contemporânea aplicada.

A mesma lei que dá armas aos terratenentes para que defendam a terra que de fato nem possuem é complacente com as reivindicações dos sem-terras. Esta lei, que é faca de um só gume, tem tido, muitas vezes, todo o zelo e pressa para sua aplicação pela máquina do Judiciário, quando quem está requerendo é o grande proprietário. Para os despossuídos, as portas da Justiça, quando não se fecham, são morosas e complicadas. Os teoremas jurídicos dificilmente servem aos injustiçados e marginalizados, até porque eles não participam da elaboração das leis que lhes são aplicadas.

Impressiona, também, como o discurso realmente disfarça a realidade, e tem sido o melhor instrumento para adiar confrontos e transformações. A prática mostrou que, se a proposta inicial de reforma agrária, calcada no Estatuto da Terra, era tímida, o PNRA, ficando aquém do próprio Estatuto da Terra, não foi executado em nada do que pode eventualmente ter como substancial. A ação que se observa é quixotesca na tentativa de levar adiante um plano que, a rigor, não conduz a mudança essencial nenhuma.

O Legislativo conservador, somado ao despreparo institucional, mesmo com todo o esforço de poucos e raros profissionais capacitados, tem somado para diminuir a eficácia de algumas ações tomadas pelo atual Governo. O partido político, que é a espinha dorsal da Aliança Democrática, e, por conseguinte, do Governo da Nova República, que já foi salamandra, passa pela síndrome do camaleão.

Uma Constituinte capenga, mutilada, dificilmente responde aos anseios de cidadania do trabalhador e da mulher trabalhadora, às reivindicações das nações indígenas, e ao clamor pela terra.

Cabe, portanto, pelo menos exercitar tais contradições. Cientes de que as coisas realmente são como elas são e não como individualmente queremos que sejam, é preciso aguçar o conflito entre o discurso e prática, cutucar as respostas mal dadas pela gerência contemporânea do poder e melhorar nossa capacidade de indagar e instigar.

Se as perspectivas não são animadoras, o mito da permanente esperança incondicional é tão nefasto e frágil quanto o da desesperança niilista.

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, 30, 32, 35 a 39, 45, 47 a 53, 55 a 95

“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 (10.ª edição — 1986)

Texto consolidado da Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2/72 a 27/85.

Índice temático.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 1/69 a 27/85).

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO” (5.ª edição — 1986)

Texto constitucional vigente (consolidado — Emendas n.ºs 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

Volumes 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polônia, Romênia, Federação Tchecoslovaca.

Volume 2 — Costa Rica, Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique, São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

“ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL” (edição 1986)

Quadro comparativo: Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18-7-85) comparado ao texto constitucional vigente.

Notas.

Índice temático da Constituição vigente.

“REGIMENTOS DAS ASSEMBLÉIAS CONSTITUINTES DO BRASIL” — obra de autoria da Subsecretaria de Arquivo do Senado Federal (edição 1986)

Antecedentes históricos.

Textos dos Regimentos comentados pelos Constituintes.

Índices temáticos e onomásticos.

“LEIS COMPLEMENTARES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (edição 1985) — 3 volumes — com suplemento de atualização de 1987

Leis Complementares n.ºs 1/67 a 54/86.

Textos.

Legislação citada.

Histórico (tramitação legislativa).

Índice temático.

“LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS” (2.ª 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” (4.^a 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 n.º 79, de 1979).

Votação de matéria no Congresso Nacional reunido.

“EXECUÇÃO PENAL” (edição 1985)

Lei n.º 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 n.º 7.210, de 11-7-84.

“CÓDIGO DE MENORES” (2.^a edição — 1984)

Lei n.º 6.697/79. Comparação com a legislação anterior. Anotações (legislação; pareceres; comentários). Histórico da Lei (tramitação legislativa). Informações. Índice.

“SEGURANÇA NACIONAL” (2.^a edição — 1982)

Lei n.º 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 n.º 6.620/78 (tramitação legislativa).

“SEGURANÇA NACIONAL” (edição 1984)

Lei n.º 7.170, de 14-12-83 — texto com índice temático.

Quadro comparativo da Lei n.º 7.170/83 com a Lei n.º 6.620/78.

Anotações.

Histórico (tramitação legislativa) da Lei n.º 7.170/83.

Subsídios para a elaboração da Lei n.º 7.170/83.

“REFORMA ADMINISTRATIVA — ORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL” (4.ª edição — 1984)

Decreto-Lei n.º 200/67 — texto atualizado e anotado.

Legislação alteradora.

Legislação correlata.

“DIREITO DE GREVE” (edição 1986)

Quadro comparativo: Projeto de Lei n.º 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 97 (janeiro/março de 1988) a 100 (outubro/dezembro de 1988).

Preço: Cz\$ 600,00

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