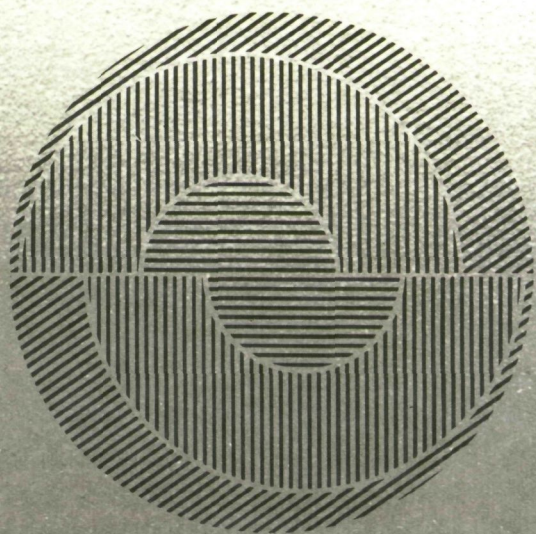


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1990
ANO 27 • NÚMERO 108

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 27 n. 108 outubro/dezembro 1990

**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)

LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL
Diretora da R. Inf. Legisl.
(1964-1988)

Direção:

ANNA MARIA VILLELA

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. 27	n. 108	out./dez. 1990
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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

Encomendas à Subsecretaria de Edições Técnicas

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

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

v. trimestral

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

Diretores: 1964-1988 Leyla Castello Branco Rangel
1988 Anna Maria Villela

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-
cretaria de Edições Técnicas. II. Villela, Anna Maria, dir.



CDD 340.05
CDU 34(05)

SUMÁRIO

COLABORAÇÃO

Direito, Estado e Estado de Direito — <i>Inocência Mártires Coelho</i> . . .	5
As eleições de 1990 — Ministro <i>Sydney Sanches</i>	25
A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras — <i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i>	33
A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	49
Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução — <i>Sylvio Dobrowolski</i>	67
O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional — <i>Paulo Lopo Saraiva</i>	77
Norma constitucional e eficácia (ângulos trabalhistas) — <i>Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena</i>	93
Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas — <i>Odete Medauar</i>	101
Melo ambiente e proteção penal — <i>René Ariel Dotti</i>	127
A Constituição Federal de 1988 e as infrações penais militares — <i>Alvaro Lazzarini</i>	147
Administração na Constituição — <i>Sebastião Baptista Affonso</i>	155
Servidores públicos — regime único — <i>Euripedes Carvalho Pimenta</i>	169
Da exigibilidade de limites de idade e da eleição de critérios de desempate fundados em idade em concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento de cargo ou emprego público — <i>José Leone Cordeiro Leite</i>	183
Princípios básicos da administração pública — <i>Jarbas Maranhão</i> . .	189
Auto-regulação e mercado de opções — <i>Arnoldo Wald</i>	193
Os contratos de adesão e o sancionamento de cláusulas abusivas — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	201
A carta e o crime — <i>N. P. Teixeira dos Santos</i>	207
O direito da personalidade como direito natural geral. Corrente na- turalista clássica — <i>Iduna E. Weinert</i>	221

Pesquisas em seres humanos — <i>Antonio Chaves</i>	229
Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar la vida con dignidad (la eutanasia) — <i>Antonio Beristain</i>	253
Kirchmann e a negação do caráter científico da ciência do direito — <i>Elza Roxane Alvares Saldanha</i>	271
As chamadas prescrições “negativa” e “positiva” no Direito Civil Brasileiro e Português, semelhanças e diferenças — <i>Luiz R. Nufes Padilla</i>	285
A constitucionalização da autonomia universitária — <i>Edivaldo M. Boaventura</i>	297
Um projeto de desenvolvimento sócio-econômico integrado para a Região Oeste do Paraná — <i>Rossini Corrêa e Nelton Friedrich</i> ..	309
PUBLICAÇÕES	
— Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas	325

Direito, Estado e Estado de Direito

O Ministério da Justiça no processo de reconstitucionalização do País

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Professor titular da UnB. Subprocurador-Geral da República. Chefe do Gabinete do Ministro da Justiça

“El Estado de Derecho es uno de los misterios de la ciencia jurídico-política; es, en la esfera de la ciencia del Derecho y del Estado, lo que en la Teología es el misterio del Dios-Hombre, el misterio del Creador de la Naturaleza sometido a la Naturaleza. Dios y Hombre verdadero, dice el Credo; legislador, y, sin embargo, sometido a la ley, afirma la teoría política.” (Luiz Legaz y Lacambra.)

SUMARIO

- I — Colocação do tema.
- II — O direito e a experiência jurídica individual.
- III — O direito como fato social.
- IV — O direito como norma.
- V — O direito como valor.
- VI — Os três modelos de Estado de Direito.
- VII — Características gerais de todo autêntico Estado de Direito.
- VIII — O grande desafio: a “terceira via”.
- IX — O modelo de Estado Democrático de Direito da Constituição do Brasil e papel do Ministério da Justiça no processo de sua “realização”.

Palestra proferida na Escola de Guerra Naval/RJ — 5/6/90.

Instado, certa vez, por um jovem estudante, a conceituar, em poucas palavras, o que seria um *Estado de Direito*, o saudoso professor Roberto Lyra Filho respondeu: é aquele Estado que tem seus fundamentos e seus limites de atuação assentados no direito. Mas, logo em seguida, fez esta advertência ao inquieto interlocutor: por isso, meu jovem, é preciso esclarecer antes, e pelo menos: *o que é direito*, já que a noção de *Estado*, mesmo para o homem comum, é de mais fácil compreensão, até porque hauida em sua própria experiência (GEORGES BURDEAU, *El Estado*. Madrid, Seminarios y Ediciones, 1975, p. 11).

Então, seguindo a sábia advertência daquele velho mestre, em ordem a poder afirmar, afinal, o que entendemos por Estado de Direito, comecemos por analisar a idéia de direito, tomando de empréstimo o esquema tridimensionalista proposto por outro grande mestre, o eminente jurisfilósofo Miguel Reale, um dos nossos maiores pensadores.

Nessa linha de abordagem, na qual se procede à análise do conceito de direito com base na chamada *experiência jurídica*, a primeira impressão que nos dá o direito é de algo feito *para valer*, isto é, de uma ordem ou comando emanados de uma autoridade superior, à qual devemos respeito e obediência. Basta, entretanto, imaginarmos-nos na situação concreta de destinatários desse comando ou dessa ordem, para percebermos a extrema complexidade que envolve o problema da conceituação e da própria validade do direito.

Há, em primeiro lugar, uma pergunta quanto à obrigatoriedade da norma jurídica para todos os membros da coletividade e para cada um dos seus integrantes em particular. Essa pergunta, por sua vez, pode ser desdobrada em muitas outras — que não ocorrem ao leigo nem ao observador menos arguto — tais como indagações sobre a competência do órgão que elaborou aquela norma, a sua estrutura, a sua extensão e o seu alcance.

Ao lado desse grupo de perguntas, que podemos considerar puramente formais, surge um outro elenco de indagações sobre a eficácia das normas jurídicas, sobre a sua aceitação ou rejeição pelo grupo social, em suma, sobre a sua efetiva obediência por aqueles a quem se dirigem os seus comandos ou enunciados.

Finalmente, surge, ainda, uma terceira e mais complexa ordem de indagações, desta feita sobre os títulos éticos dos imperativos jurídicos, sobre a justiça ou injustiça das opções normativas, sobre a legitimidade, enfim, das ordens dirigidas aos membros da coletividade.

Posta assim a questão, podemos afirmar que a essência do direito, em seu modelo permanente, apresenta três aspectos, dimensões ou momentos. Trata-se de uma unidade ontológica, plena e incindível, embora

fracionável idealmente para efeito de análise por todos quantos se dedicarem à sua investigação. Não é somente um fato social, nem tampouco apenas um conjunto de normas que se impõem a todos sob a ameaça de sanções socialmente organizadas. É, também, a realização, no plano social e histórico, de uma tábua de valores, que fundamentam e legitimam essa coercibilidade, numa sociedade de homens livres.

Portanto, para que se fale em direito, na plenitude de seu significado, é preciso que se tenha presente a eficácia de certas normas de comportamento, formalizadas segundo regras preestabelecidas, e legitimadas pela aderência a certos padrões de justiça ditados pela consciência social e histórica da humanidade.

A partir dessa visão unitária e totalizante, podemos encarar o direito debaixo das três perspectivas que põem em evidência as suas dimensões essenciais.

II — O direito e a experiência jurídica individual

Antes dessa abordagem mais aprofundada — e exatamente para tornar mais fácil a sua compreensão — eu gostaria de chamar a atenção de todos e de cada um particularmente, para o fato de que todos nós, embora sem o percebermos, possuímos uma experiência jurídica extremamente rica, para a qual não atentamos apenas e tão-somente porque não nos interessamos pela problemática do direito.

Mas, em que consiste essa nossa *experiência jurídica*? Por que dizemos que todo indivíduo possui a sua experiência jurídica? Por que afirmamos que, de uma forma ou de outra, em grau menor ou maior, todas as pessoas têm alguma noção acerca do fenômeno do direito?

Inicialmente, podemos dizer, sem necessidade de maiores indagações, que é porque o direito corresponde a uma necessidade essencial e indeclinável de convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir *sem um mínimo de ordem, de direção e de solidariedade (Reale)*. Por isso, é comum afirmar-se que as leis surgem onde e quando há necessidade de força para fazer os indivíduos se conformarem com certos padrões (Pierson), de tal maneira que o direito, sob essa perspectiva, não passaria de um conjunto de normas em virtude das quais, num Estado, se exerce a coerção (Ihering).

Por outro lado, existe em cada um de nós um certo sentimento de justiça, que é exacerbado toda a vez que temos a desventura de experimentar a injustiça sob qualquer de suas formas. Qual seria, em última análise, o sentido de expressões, tais como: *Eu estou no meu direito! Eu tenho direito! Isto não está certo! O que é que eu fiz para merecer essa afronta?*; senão a tradução, em linguagem popular, densa de significado, de um profundo sentimento de justiça de que somos todos possuidores.

III — O direito como fato social

Preliminarmente, portanto, o direito se apresenta como um fato ou fenômeno social, que não existe senão na sociedade e não pode sequer ser concebido fora dessa mesma sociedade. Fenômeno de natureza tipicamente relacional, chega a ser confundido até mesmo com as relações que se destina a regular, a ponto de ser conceituado, por alguns, como a própria conduta humana em interferência intersubjetiva (Cossio). Não é outro, aliás, o sentido do vocábulo *ubi societas ibi jus*, com que os romanos colocaram em evidência a socialidade do direito, e que o gênio de Léon Duguit trasladou para a literatura jurídica, afirmando que Robinson Crusoe, isolado na ilha, não tinha direitos. Sem alteridade, isto é, sem outrem com quem estabelecer ou manter relações sociais, não podemos conceber sequer a idéia de direito.

Existe, portanto, em cada comportamento humano, a presença — mesmo indireta — do fenômeno jurídico. O direito está pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relacione com outro homem. O médico, que receita para o paciente, pratica um ato de ciência médica, mas realiza também uma atividade jurídica. É bem possível que nem tenha consciência da juridicidade de sua conduta, mas, ainda assim, estará agindo e atuando no mundo do direito.

Igualmente jurídica é a conduta do servidor público quando despacha um processo, quando assina um officio, quando expede um memorando, quando concede ou nega um benefício previdenciário.

Jurídica é, também, a nossa conduta quando adquirimos uma simples carteira de cigarros, quando entramos num táxi ou quando acenamos para um transporte coletivo, na via pública.

Em todos esses comportamentos, sem que tenhamos consciência disso, existe uma dimensão de juridicidade, porque no mundo social não há condutas alheias ao direito, que a tudo preside, seja para facultar, seja para proibir.

Da mesma forma, este nosso encontro, aqui e agora, está carregado de significação jurídica. Se nos reunirmos pacificamente neste auditório, armados do propósito salutar de promover um intercâmbio de idéias, estamos participando de um simpósio, mas, ao mesmo tempo, estamos realizando, também, um ato jurídico, porque estamos exercendo o direito de reunião, que a Constituição e as leis do País nos asseguram. Mas não se trata, apenas, do exercício de um direito. Como fazemos nossa reunião dentro dos estritos limites que nos são traçados pelas leis do País, a que devemos respeito e obediência, e que são, em última análise, correlatas do direito de reunião, também cumprimos nosso dever. Direito e dever, portanto, participam de todos os nossos atos, informam e enformam todos os nossos comportamentos, desde as relações de ordem familiar, essencialmente privadas, até o desempenho de função pública.

Pois bem, nesta bilateralidade, nesta correlação indissociável entre direitos e deveres, reside um dos traços característicos mais importantes do fenômeno jurídico.

Diferentemente do que ocorre, por exemplo, com as normas morais — a cujos deveres não correspondem outros tantos direitos correlatos —, no mundo do direito a cada faculdade atribuída a um sujeito corresponde um dever que se impõe a outro, de tal maneira que ao direito de um corresponde o dever de outro e vice-versa.

Esses e inúmeros outros exemplos poderiam ser formulados para colocar em evidência o aspecto essencialmente humano do direito, que só tem sentido na medida em que serve de instrumento ordenador da convivência social, já que é impossível e mesmo inconcebível a vida humana fora da sociedade.

Mais não se precisa dizer para acentuar o aspecto social do fenômeno jurídico.

IV — O direito como norma

A esta altura, seria legítimo indagar se a conceituação do direito se esgota apenas com esse tipo de abordagem ou se podemos e devemos aprofundar a nossa análise, para tentar uma conceituação mais completa.

Se nos filiássemos à concepção estritamente sociológica do fenômeno jurídico, que teve grande prestígio nos seus albores, mas que hoje está reduzida em sua pretensão totalizadora, poderíamos nos considerar satisfeitos, proclamando, pura e simplesmente — como o fazem os adeptos desse sociologismo exagerado —, que os fatos jurídicos não passam de espécies dos fatos sociais, porque apresentam, de maneira evidente, todas as características dos demais fatos sociais (Cuvillier).

Todavia, se nos detivermos um pouco mais em seu estudo, verificaremos que os fenômenos jurídicos possuem uma especificidade própria, ou melhor, possuem certas características que lhes são peculiares, e que não se encontram nos demais fatos sociais, apesar de toda a afinidade que possuem com as outras expressões no viver coletivo.

Evidentemente, enquanto produto sócio-cultural, o direito apresenta grande semelhança com as outras formas de expressão cultural, não existindo, sob esse aspecto, nenhuma diferença, por exemplo, entre um sistema jurídico e um sistema religioso, entre as *Institutas* de Justiniano e as *Sinfonias* de Beethoven. Trata-se de uma verdade tão elementar que dispensa maiores comentários.

O de que se trata, entretanto, é de mostrar que mesmo participando do vasto mundo de cultura, daquele mundo que o homem cria, daquele mundo que o homem acrescenta à natureza, as normas jurídicas apresentam caracteres próprios que as distinguem das outras espécies de normas,

seja as de natureza moral, seja as de natureza religiosa, com as quais mantêm relações mais íntimas.

Com efeito — como a sociologia e a antropologia já puseram em evidência — as normas jurídicas, originariamente, estavam mescladas com as demais normas que disciplinavam a convivência social, não havendo diferença entre os preceitos que hoje denominamos jurídicos e os imperativos éticos e religiosos.

Quem examinar o Velho Testamento, por exemplo, não precisará de grande esforço para se deparar com inúmeros preceitos de natureza moral e jurídica convivendo, lado a lado, com os mandamentos tipicamente religiosos.

O *Decálogo*, ao mesmo tempo em que encerra os Mandamentos da Lei de Deus, contém imperativos tipicamente jurídicos, que figuram nos códigos e leis dos sistemas de direito contemporâneos.

Dessa forma, vemos que o direito, a moral e a religião apresentavam-se unidos, compondo um bloco indiferenciado de normas, normas essas representadas pelos *folkways* e *mores*, hábitos e crenças, que se impunham como necessários, armados, inclusive, com sanções de natureza religiosa.

Graças à unidade de cultura, que caracterizava essas sociedades chamadas primitivas, era forte a coesão do grupo, o que dispensava a existência de leis e órgãos especificamente encarregados da sua elaboração e aplicação.

O direito já existia, mas se continha, indiferenciado, no bojo dos preceitos morais e religiosos, porque ainda não se tornara necessária a sua explicitação.

Trata-se de situação semelhante à que vivemos, por exemplo, em nosso meio familiar, onde, mesmo não existindo nem códigos nem leis, no sentido técnico, no sentido jurídico-formal, as relações se desenvolvem segundo padrões conhecidos e compartilhados por todos. No ambiente familiar não há Código Penal nem Código Civil, porque a coesão e a simplicidade do grupo dispensam essa disciplinação jurídica.

Nesse sentido, não é errado afirmar que o direito, tal como nós o conhecemos hoje, formalizado e explicitado, é característico das sociedades complexas.

Mais precisamente, a formalização do direito se tornou indispensável quando os contatos entre grupos de crenças diferentes — contatos que se estabeleceram nas primitivas cidades — provocaram os primeiros conflitos e, com estes, a necessidade de se institucionalizar alguma forma de autoridade pública, para fixar o vínculo de *imperium*, o poder soberano, superior às unidades componentes do organismo social.

Se, por um lado, esse confronto, no ambiente urbano, impôs a necessidade de se estabelecer o núcleo inicial da autoridade pública — de que

resultou, ao termo do processo, a criação do Estado — ao mesmo tempo gerou, também, a necessidade de se criarem normas de conduta tanto quanto possível desvinculadas das crenças de grupos determinados, para que lograssem aceitação pelo maior número.

É sob essa perspectiva que se diz que o direito, tal como nós o conhecemos atualmente, é um *subproduto da situação urbana* (Linton) e um *substitutivo prático da religião* (Lévy). É um subproduto da situação urbana porque se diferenciou no ambiente das primeiras cidades, e é um substitutivo prático da religião porque veio desempenhar a função de controle social que fora desempenhada, eficazmente, pelos *mores* até a sua desagração, provocada pela diversificação das crenças.

Essa separação, melhor dizendo, essa diferenciação das normas jurídicas, no sentido de sua plena autonomia, não representa, todavia, um divórcio completo e definitivo entre o direito, a moral e a religião. Ainda hoje, apesar de todo o longo processo de laicização por que passaram as normas jurídicas, e do seu progressivo afastamento dos padrões estritamente morais, são inúmeros os exemplos de sistemas jurídicos — como o nosso — em que se encontram presentes elementos religiosos e morais, como ingredientes indispensáveis à formalização jurídica.

No preâmbulo da nossa Constituição, por exemplo, o legislador constituinte invoca a proteção a Deus, ao decretar e promulgar o estatuto supremo, dando ao sistema jurídico um *tonus* de religiosidade que se espalha pela legislação ordinária.

No Código Penal, que constitui outro exemplo bem significativo, há todo um capítulo — o dos crimes contra os costumes — cuja objetividade jurídica se embebe de conceitos puramente morais para configurar a materialidade dos delitos e, assim, tornar possível a atualização dos preceitos punitivos.

Quando o legislador define como crime a prática de *ato obsceno*, em lugar aberto ou exposto ao público, o faz tão-somente porque considera indispensável à convivência social um mínimo de moralidade, sem a qual essa mesma convivência estaria comprometida.

Por outro lado, quando incrimina o *vilipêndio ao cadáver ou às suas cinzas* — vejam bem, suas cinzas — traz para dentro do sistema jurídico aquele profundo sentimento de respeito aos mortos, de índole e de inspiração essencialmente religiosa e espiritual.

Pois bem, essa estreita vinculação entre as normas jurídicas e os valores morais e religiosos torna manifesta a necessidade de não isolarmos conceitualmente o fenômeno jurídico, sob pena de nos colocarmos numa perspectiva unilateral e setorizada, que nos ofereceria, apenas, uma dimensão do direito, deformando ou até mesmo impedindo a sua compreensão integral.

Com efeito, se por um lado o direito se apresenta como instrumento de controle social — nós já vimos que ele surgiu, ou melhor, se especia-

lizou, quando as crenças religiosas começaram a se desintegrar, perdendo aquele mínimo de eficácia indispensável à organização social —, por outro lado exerce, também, uma importantíssima função, como instrumento de mudança social.

Essa função renovadora, conforme tivemos oportunidade de enfatizar em outra ocasião, é comumente esquecida ou até mesmo negada pelos críticos do direito, que se limitam a realçar os aspectos conservadores das normas jurídicas, dizendo que o direito nada cria, mas apenas sanciona o existente.

Sem precisar fazer apelo ao caso extremo das transformações revolucionárias operadas pelo direito, de que são exemplos marcantes os sistemas jurídicos norte-americano e francês, nascidos das duas grandes Revoluções do século XVIII, e que tanta repercussão tiveram na América e no Velho Mundo, basta lembrar as profundas reformas econômicas, sociais e políticas que se têm verificado a partir da adoção de modelos jurídicos expeditos e eficazes.

Para não citar mais que um exemplo significativo, basta lembrar que toda a política de desenvolvimento regional, ora em execução na Amazônia e no Nordeste, tem como elemento propulsor a captação de recursos maciços, através dos chamados incentivos fiscais, que nada mais são do que instrumentos jurídicos postos a serviço dessas regiões menos favorecidas.

Graças a essa política de incentivos fiscais — no momento sujeita a críticas e reformulações, para se corrigirem distorções e desvios — o Governo tem conseguido resultados altamente compensadores, elevando, como um todo, a qualidade de vida de milhões de brasileiros.

Em nível constitucional, podemos citar não somente o título da ordem econômica e financeira — que o legislador disciplinou com o propósito declarado de promover a justiça social —, como também os inúmeros dispositivos em que se consagram restrições à propriedade individual, quando o exercício desse direito se torna incompatível com o interesse social.

No campo dos direitos sociais, que nos interessam mais de perto, há todo um elenco de direitos e garantias que a Constituição consagrou com o objetivo expresso de melhorar a condição social dos trabalhadores e da sua família, tais como o salário mínimo, o salário-família, o direito a férias, e todo o elenco de prestações previdenciárias, entre outros da mesma natureza (CF, art. 6.º/11).

V — O direito como valor

Mas, o que é que dá vida aos modelos jurídicos, a ponto de convertê-los nesses importantes instrumentos de mudança social? Que forças transformadoras operam sobre os comandos jurídicos, arrancando ao direito o caráter estático que normalmente possui? Por que seus comandos, arma-

dos de imperatividade socialmente sancionada, são postos a serviço das grandes transformações sociais?

Essa ordem de indagações deixa entrever, precisamente, a mais bela e a mais complexa das dimensões do direito, precisamente a sua dimensão *axiológica*, aquela que nos leva a indagar sobre os valores éticos capazes de fundamentar e legitimar os preceitos jurídicos.

Se é relativamente fácil compreender e analisar o direito enquanto fato social semelhante a todos os outros, se não se exige maior esforço para visualizá-lo como um conjunto de normas cuja validade formal é aferida segundo regras técnicas previamente estabelecidas; se não existe maior dificuldade em estimar o seu grau de eficácia, é extremamente difícil formular um julgamento seguro sobre a justiça ou a injustiça das opções normativas.

A própria multivocidade de sentidos da palavra justiça já se constitui num impasse prévio de difícil, para não dizer de impossível, solução.

Preliminarmente, há de se reconhecer a inevitável distância que existe entre as manifestações sociais e históricas dos valores do justo, que se concretizam nas leis, e o ideal de uma justiça absoluta, que se almeja alcançar.

Trata-se de reconhecer — como dizia, agudamente, o saudoso Roberto Lyra Filho — que existe uma tensão permanente e insuperável entre esses dois pólos, porque o valor absoluto excede sempre o valor obtido.

Por outro lado, deve-se evitar, também, o pecado idealista, que consiste em conceber a justiça como um dado *a priori*, que se deva impor à sua realização social e histórica; porque os valores do justo, como todas as demais pautas axiológicas, não são categorias apodíticas, supra-históricas ou supratemporais, têm que ser permanentemente questionados e incessantemente repensados, num processo aberto e infinito, como aberto e infinito é o próprio espírito humano.

Se a sociedade é o local de emergência de todos os valores, e se ela tem necessidade deles para se revitalizar e progredir, o que se deve ter em conta é a possibilidade histórica de realização desses valores, mesmo sabendo de antemão que é insaciável o apetite axiológico do humano, e que a *formalização temporal do direito positivo jamais exaure os valores* que sugere e revela (Reale).

Trata-se de adotar uma postura realista e serena, para evitar que reivindicações utópicas e imaturas possam comprometer a realização dos valores possíveis, frustrando as aspirações mais legítimas.

Se o direito, como já dissemos em outras ocasiões — e aqui fazemos questão de reafirmar —, enquanto objeto cultural, reflete uma certa concepção do homem e do mundo, integrando-se numa cosmovisão mais ampla, que abrange a totalidade da experiência social e histórica, não pode e não deve ser pensado fora desses parâmetros, sob pena de se tornar irrealizável.

Diversamente, e a despeito de todas as facilidades de comunicação, que transformaram o mundo contemporâneo numa grande *feira de idéias* — como também já tivemos oportunidade de afirmar — o que se deve ter em vista, em termos de realização jurídica, é conseguir um justo equilíbrio entre o desejado e o possível, para que o ideal que se busca não frustre o ideal que se pode efetivamente alcançar.

Nessa perspectiva é que encaramos as conquistas que até aqui alcançamos como o *ótimo dentro do possível*, pois, como todos sabemos, apesar dos esforços que historicamente têm sido feitos pelas sucessivas gerações de brasileiros, que nos antecederam, ainda temos muito a percorrer, para atingir o estágio de desenvolvimento alcançado pelos povos mais adiantados.

Se assim procedermos, isto é, se caminharmos com os pés no chão, vencendo a tentação das soluções demagógicas de efeito aparente, andaremos devagar, é certo, mas com a segurança necessária para não comprometer o projeto ambicioso, que todos alimentamos, de alcançar uma posição de relevo na comunidade das nações, o que só conseguiremos depois de eliminar as nossas desigualdades internas, mercê das quais, em linguagem cheia de simbolismo, GEORGES BURDEAU formulou esta grave indagação: “De que serve o território ser nacional se os corações são apátridas?” (*El Estado*, cit., p. 31).

Posta a questão nestes termos, e tendo em conta a presente quadra da vida nacional — quando se acentuaram as disparidades sociais, como conseqüência da adoção de um modelo econômico que, mesmo tendo desenvolvido globalmente o País, permitiu que se ampliassem as distâncias, nos degraus da pirâmide social —, o maior de todos os desafios vem a ser o de conciliar os antigos e sempre renovados princípios do Estado Liberal de Direito, com aqueles propugnados pelos adeptos do chamado Estado Social de Direito e, mais ainda, pelos arautos do prometido Estado Democrático de Direito, de nítida coloração socialista, em cujos quadrantes se pretende ver superadas o que seriam, para os seus críticos, as insuficiências da moderna democracia social.

VI — *Os três modelos de Estado de Direito*

Para se ter uma idéia, ainda que ligeira, das dimensões desse desafio, impõe-se assinalar, a traços largos embora, as notas mais expressivas desses três modelos de Estado de Direito — o *liberal*, o *social* e o *democrático* —, apontando, afinal, as *características gerais*, que correspondem, como exigências básicas e indispensáveis, a todo autêntico Estado de Direito, independentemente de opções ou preferências ideológicas.

Para proceder a essa tarefa de caracterização e discriminação entre os três modelos de Estado de Direito, convém lembrar — como o faz GARCIA PELAYO (*Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid, Alianza Editorial, 1977) — aquele contexto histórico que serviu de pano de fundo para o próprio nascimento do Estado de Direito.

São desse consagrado jurista espanhol as seguintes expressões:

“Conviene comenzar por recordar que Estado de Derecho es, en su formulación originaria, un concepto polémico orientado contra el Estado absolutista, es decir, contra el Estado poder y, especialmente, contra el Estado policía, que trataba de fomentar el desarrollo general del país y hacer la felicidad de sus súbditos a costa de incómodas intervenciones administrativas en la vida privada y que, como corresponde a un Estado burocrático, no era incompatible con la sujeción de los funcionarios y de los jueces a la legalidad. El Estado de Derecho, en su pristino sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido — pues, como acabamos de decir, el Estado absolutista no excluía la legalidad — sino con una normatividad acorde con la idea de la legitimidad, de la justicia, de los fines y de los valores a los que debía servir el Derecho, en resumen, con una normatividad acorde con la idea del Derecho. El Estado de Derecho significa, así, una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio dándole forma de ley: invirtiendo la famosa fórmula decisionista: *non ratio, sed voluntas facit legem*, podría decirse que para la idea originaria del Estado de Derecho *non voluntas, sed ratio facit legem*. Por consiguiente, si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido y, sobre todo, con una legalidad que no lesione ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar. Después de todo, la idea del Estado de Derecho surge en el seno del iusnaturalismo y en coherencia histórica con una burguesía cuyas razones vitales no son compatibles con cualquier legalidad, ni con excesiva legalidad, sino precisamente con una legalidad destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales que garanticen el libre despliegue de la existencia burguesa.” (Op. cit., p. 52.)

Analisada, historicamente, vê-se que essa concepção liberal atendia às exigências da burguesia recém-instalada no poder, mas levaria, ao limite, à sua própria desagregação, na medida em que se servia, com exclusividade, apenas aos interesses de uma classe social, que, detentora do poder econômico, num primeiro momento, logo se assenhoreou, também, do poder político, fazendo do Estado e das leis simples instrumentos de legitimação da sua ideologia.

Era evidente que, mais cedo ou mais tarde, esse modelo esgotaria as suas possibilidades — o que efetivamente ocorreu —, ensejando mudanças profundas no chamado Estado de Direito liberal burguês, seja de maneira mais ou menos pacífica, na vertente das reformas negociadas, seja de forma violenta, na esteira das revoluções marxistas, como a que ocorreu na Rússia, em 1917.

Resumindo as principais críticas àquele primeiro modelo, bem assim o que de positivo ele continha e que, por isso, possibilitou seu aperfeiçoamento e sua superação, recolhemos em ELIAS DIAZ as seguintes observações:

“El liberalismo clásico, con su fondo de individualismo burgués, constituye insuficiente garantía para esa realización y protección de los derechos y libertades de todos los hombres (y esto ha sido puesto de relieve desde muy diferentes e incluso contrapuestas motivaciones y actitudes ideológicas). En efecto, en la ideología del Estado liberal y en el orden social burgués los *derechos naturales* o derechos humanos se identifican, sobre todo, con los derechos de la burguesía, derechos que sólo de manera formal y parcial se conceden también a los individuos de las clases inferiores. En el sistema económico capitalista que sirve de base a ese orden social se protegen mucho más eficazmente la libertad y la seguridad jurídica (ambas, por otra parte, imprescindibles) que la igualdad y la propiedad — se entiende, la propiedad de todos.

Una ampliación de la zona de aplicabilidad de esos derechos — pero sin alterar sustancialmente los supuestos básicos económicos — se produce con el paso al Estado social de Derecho; constituido éste como intento de superación del individualismo, através del intervencionismo estatal y de la atención preferente a los llamados derechos sociales, lo que pretende es la instauración de una sociedad o Estado del bienestar. Más allá de éste, el proceso dinámico de democratización material y de garantía jurídico-formal de los derechos humanos, la más plena realización de éstos, es lo que, a su vez, justifica, en mi opinión, el paso del sistema neocapitalista del Estado social de Derecho al sistema flexiblemente socialista, del Estado democrático de Derecho.

En cualquier caso, de lo que se trata ahora aquí es de dejar claramente afirmado que, a pesar de todas las insuficiencias del liberalismo en relación con los derechos humanos, constituye, sin embargo, punto válido de arranque para ese proceso de democratización, debiendo considerarse, sin duda, como Estado de Derecho, en función también de esa lucha, sostenida frente al absolutismo, en pro de los derechos y libertades fundamentales del hombre y del ciudadano.” (*Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid. EDICUSA, 1975, pp. 39/40).

Assentadas, assim, as bases do chamado Estado Social de Direito — no qual a expressão *social* significa o propósito de corrigir o individualismo clássico liberal, pela afirmação dos direitos sociais e a conseqüente realização da Justiça Social — verifiquemos, ainda em linhas gerais, quais as insuficiências que esse modelo não conseguiu superar, do que resultou, para os seus críticos, a necessidade da formulação de um outro modelo, *dialecticamente incorporador e superador* das conquistas obtidas pela chamada democracia social.

Fazendo uso, para tal efeito, da *communis opinio*, diremos, em resumo, que, para seus opositores, a insuficiência maior do chamado Estado Social de Direito residiria em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida *democratização econômica e social*, a *economia do gênero humano*, que proclamam os seus entusiastas neocapitalistas.

Por isso, observa o ilustre ELIAS DIAZ, urge superar esse modelo, rumo ao chamado *Estado Democrático de Direito*, em cujo seio se realizaria a — para nós utópica — integração conciliadora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo (*Estado de Derecho*, cit., pp. 127 e seguintes).

Para não correremos o risco de parecer sectários, nem ideologicamente inconscientes, desde logo dizemos que, entre os pensadores contemporâneos, é ELIAS DIAZ figura de primeira linha, pelo que qualquer crítica que se faça às suas idéias e posições há de partir de um aprofundado exame dessas mesmas idéias e posições, pois tudo que escreveu ou falou, pelo menos de nosso conhecimento, não pode ser taxado de superficial ou apressado.

Por isso, transcrevemos, aqui, o que nos parece serem as palavras mais expressivas da sua generosa utopia, sobre o advento do chamado Estado Democrático de Direito, em cujo âmbito seriam atendidas todas as exigências econômicas, políticas e sociais do *homem concreto*, que, até então, conquanto anunciadas ou prometidas, nunca foram efetivamente realizadas.

Assim ELIAS DIAZ descreve e resume a sua visão dessa democracia perfeita:

“El Estado democrático de Derecho aparece en esta perspectiva como superación real del Estado social de Derecho. No quiere ello, sin embargo, decir que éste conduzca *naturalmente* a aquél; al contrario, por lo general aparece más bien como obstáculo para esa superación. Del neocapitalismo no se pasa *naturalmente* al socialismo; del Estado social de Derecho no se pasa *naturalmente* al Estado democrático de Derecho. La superficial y aparente *socialización* que produce el neocapitalismo no coincide con el socialismo, como tampoco la *democratización* que produce por sí mismo la técnica es ya sin más la democracia;

de un nivel a otro (es importante insistir en ello) hay un salto cualitativo y real de primer orden. Y, como decimos, fuerzas importantes de ese primer nivel (neocapitalismo) se constituyen ciertamente como fuerzas interesadas en frenar o impedir la evolución hacia el segundo nivel (socialismo) en que se encuentra el Estado democrático de Derecho.

Junto a esa posible vía evolutiva occidental, se señala que podrá llegarse también al Estado democrático de Derecho desde otras plataformas que no sean el Estado social de Derecho: así, por ejemplo, desde los sistemas llamados de *democracia popular* o *democracia socialista*. Y, en efecto, la evolución que — a pesar de indudables frenazos y retrocesos — puede llegar a imponerse en éstos conduciría, superados monolitismos y dogmatismos que todavía subsisten, hasta posiciones que confirmarían — desde ese punto de vista — la compatibilidad entre socialismo y Estado de Derecho.

De esta forma, y sin querer llegar con esto apresuradamente a *la gran síntesis final* o a cualquier otra forma de *culminación* de la Historia (esto debe quedar bien claro) cabe decir que el Estado democrático de Derecho aparece como la fórmula institucional en que actualmente, y sobre todo para un futuro próximo, puede llegar a concretarse el proceso de convergencia en que pueden ir concurrendo las concepciones actuales de la democracia y del socialismo. El paso del neocapitalismo al socialismo en los países de democracia liberal y, paralelamente, el creciente proceso de despersonalización e institucionalización jurídica del poder en los países de democracia popular, constituyen en síntesis la doble acción para ese proceso de convergencia en que aparece el Estado democrático de Derecho." (*Estado de Derecho*, cit., pp. 131/133.)

.....

"Capitalismo y Estado liberal de Derecho eran compatibles, lo mismo que lo son neocapitalismo y Estado social de Derecho; pero lo eran con una sola condición: la de no hacer ni poder hacer efectivas para todos los hombres, ni siquiera (y esta me parece muy importante) para una considerable mayoría, las referidas exigencias — ley expresión de la voluntad popular, derechos humanos, es decir, derechos propios de todos los hombres, etc. — que se aducían como criterios legitimadores de tal Estado de Derecho. *Con todo, la poca libertad que existe en el mundo se ha conquistado de modo prejerente, no lo olvidemos, en el marco contradictorio de tales Estados.*

El objetivo del Estado democrático de Derecho es justamente el de hacer realidad aquellas exigencias incumplidas: para

ello, lo que se propone como base es la liquidación del sistema neocapitalista y el paso progresivo a un modo de producción socialista (que hoy debe saber armonizar planificación y autogestión para lograr un verdadero control colectivo de la economía)." (*Legalidad — Legitimidad en socialismo democrático*. Madrid, Civitas, 1977, p. 157 — grifos nossos.)

VII — *Características gerais de todo autêntico Estado de Direito*

Abstração feita dessas diferenças de enfoque, e, mesmo, de concepções, que estremam os três modelos de Estado de Direito historicamente conhecidos, há *certos princípios* que o esforço de séculos de luta e reflexão conseguiu sedimentar, em relação aos quais ninguém discute, porque todos os consideram indispensáveis e básicos à caracterização de qualquer autêntico Estado de Direito.

Tais princípios seculares, dotados de um núcleo seguro e fixo, e de valor incontrastável, são assim resumidos pelo mesmo ELIAS DIAZ e por todos quanto se dedicaram ao estudo do tema (*Estado de Derecho*, cit., pp. 29 e 41/42):

- a) império da lei: lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão de poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário;
- c) legalidade da administração: atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; e
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

Enunciados em palavras simples, mas nem por isso de fácil explicação, desses princípios talvez se pudesse dizer o mesmo que CECÍLIA MEIRELLES nos disse sobre o sonho visionário dos Inconfidentes:

"Liberdade — essa palavra
que o sonho humano alimenta:
que não há ninguém que explique,
e ninguém que não entenda."

(*Romanceiro da Inconfidência*)

VIII — *O grande desafio: a "terceira via"*

Contrapostos, assim, os três modelos históricos de Estado de Direito — o *liberal*, o *social* e o *democrático* —, que, em verdade, não se contrapõem, antes se integram e se completam — *dialeticamente*, dir-se-ia que as formas posteriores são *incorporações* e *superações* das antecedentes, na medida em que consolidam e ultrapassam as conquistas dos modelos históricos que as precederam —, constatamos que o grande desafio da hora presente é conceber e desenvolver um *novo modelo*, que, sem abandonar as

realizações anteriores, possibilite a ampliação daquele núcleo fundamental de exigências da criatura humana, em permanente expansão, segundo a sua natural insaciabilidade axiológica, que faz *envelhecerem*, tão logo promulgadas, todas as chamadas “Declarações” de direitos do homem (Maritain).

Por outras palavras, repetimos, o que preconizam os arautos desse novo modelo — o do socialismo democrático —, é abrir uma *terceira via*, que nos permita atingir a meta da conciliação integradora dos valores da liberdade e da igualdade, da democracia e do socialismo.

Sabedor das dificuldades que até mesmo a própria expressão *socialismo democrático* já sugere — as de ordem prática e operacional nem se fala — o mesmo e saudosos ROBERTO LYRA FILHO chega a qualificá-la de *ambígua*, para, logo em seguida, fazer esta agudíssima observação:

“... nós não a empregamos (a expressão *socialismo democrático*) senão com a advertência de que, nela, se procura designar uma *superação*, evitando quer os desvios aburguesados quer os congelamentos ditatoriais; desta maneira é que ela se revigorou, no panorama atual, com a rejeição do *socialismo* bem comportado e *confiável* (que a burguesia absorve) e também dos *socialismos* burocráticos-repressivos de cúpula (que prevalecem nas repúblicas onde o trabalhador não tenha, efetivamente, canais de participação no governo e defesa eficaz contra os burocratas). O *socialismo* democrático, portanto — conclui o saudosos jurista crítico —, vai, hoje, ganhando o sentido da procura duma *alternativa* perante o capitalismo espoliativo e o *socialismo* gorado” (*O Que É Direito*. São Paulo, Brasiliense, 2.^a ed., 1982, p. 98).

Essa é a *terceira via*, que alguns pensadores políticos do nosso século pensam poder abrir ou encontrar, mas que outros sequer procuram, porque, de plano, afirmam que não existe e, por isso, não a podem encontrar.

Entre estes últimos, pela sua importância no cenário político e filosófico do nosso século, merece destaque a figura de NORBERTO BOBBIO, o notável pensador italiano a quem se deve as mais expressivas reflexões sobre o tema da chamada *terceira via*, expostas, entre outras obras, no famoso ensaio *Qual Socialismo?*, para cuja edição brasileira ele redigiu um provocativo prefácio, do qual extraímos esta sugestiva passagem, altamente esclarecedora da momentosa questão:

“Nas eleições de junho de 1975 o Partido Comunista (na Itália), provavelmente em consequência desta nova estratégia, deu um grande salto à frente, a ponto de quase igualar os votos da Democracia Cristã que, nesse meio tempo, tinha sofrido a maior queda da sua história. A situação chegou a ponto de se temer ou esperar, segundo o ponto de vista, que fosse ultrapassada nas eleições políticas seguintes, o que na realidade não aconteceu: o PCI deu, sim, um pequeno passo à frente, mas a DC reconquistou

o terreno perdido, tirando votos, sobretudo, dos dois partidos socialistas.

Frente a um partido de esquerda que não havia nunca repudiado, talvez para se distinguir de outros partidos socialistas, o marxismo-leninismo, era natural no momento em que este partido se apresentava como candidato a partido de governo e quando parecia existirem as condições para que seu desejo se realizasse, que se perguntasse quais fossem suas credenciais para participar, com plenos direitos, da direção de um país apoiado em uma democracia representativa, uma forma de governo que os clássicos do marxismo tinham sempre olhado com suspeita e da qual não tinham nunca querido aceitar a legitimidade, a não ser como meio favorável à ascensão do movimento operário.

Foi assim que o velho debate sobre a relação entre a democracia e socialismo reacendeu-se repentinamente e ardeu por cerca de um ano, em contato com a matéria inflamável da polémica política. Mas, mesmo ocasional, a discussão serviu para estabelecer alguns pontos definitivos sobre o significado e valor da democracia, para fixar os limites insuperáveis entre o acordo e o desacordo, para dissipar falsas certezas, para diminuir persistentes névoas ideológicas — que se tornaram mais densas depois da orgia de projetos irrealizáveis produzidos pelos novos movimentos sociais surgidos da onda de contestação global de 1968 — em torno dos problemas cuja solução é indispensável ao pacífico desenvolvimento da convivência democrática, e sobre os quais é mais fácil embrulhar palavras confusas do que ter idéias claras.” (Op. cit., p. 8.)

Nessa obra, assim como noutras em que abordou o tema, o grande cientista político, do alto de sua posição de senador socialista, na República da Itália, afirmou, peremptoriamente, que a *terceira via não existe* e que o socialismo democrático, por enquanto, é apenas um desafio, porque, até hoje, a história não confirmou e nem permitiu que se tornasse realidade qualquer síntese prática de democracia e socialismo (*As Ideologias e o Poder em Crise*. Brasília, Ed. UnB, 1988, p. 147; *Qual Socialismo?*, cit., p. 77).

Ao contrário — prossegue em sua crítica refinada o mestre de Turim — o que se constata, realisticamente, é que não existe democracia onde o socialismo foi realizado, assim como, onde foram observadas as regras do jogo democrático, o socialismo até agora não chegou, e nem mesmo parece iminente.

Por isso, arremata, o verdadeiro problema, que é o de indicar a estrada a percorrer, para se chegar ao socialismo através da democracia, está apenas começando (*Qual Socialismo?*, cit., pp. 64 e 106).

IX — O modelo de Estado Democrático de Direito da Constituição do Brasil e o papel do Ministério da Justiça no processo de sua “realização” (*)

A Carta Política de 1988 — sugestivamente chamada “Constituição Cidadã”, pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães — embora represente, como não poderia deixar de ser, a Lei Fundamental de um País ainda em vias de desenvolvimento, colocou o Brasil, em termos institucionais, lado a lado com as mais avançadas sociedades políticas do século XX, o que se comprova pelo estudo comparativo de suas disposições com as constantes, entre outras, das Constituições da Itália, da Alemanha Federal, de Portugal e da Espanha, sem prejuízo das peculiaridades de cada uma.

De outra parte, como todas as Constituições do seu tempo e do seu tipo, nossa Carta Política ampliou, significativamente, os chamados direitos do homem e do cidadão, instituindo, junto ao catálogo das liberdades individuais formuladas em 1789, os chamados direitos sociais, assim como os direitos políticos, reunidos, todos, sob o mesmo e expressivo título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Assim decidido, o constituinte brasileiro continuou na linha aberta pelo constitucionalismo do pós-guerra, sobretudo o do 2.º pós-guerra, que, no afã de racionalizar o Poder, se esforça, dramaticamente, para abarcar nas malhas do direito escrito todo o conjunto da vida coletiva, substituindo o histórico pelo jurídico (Mirkin-Guetzévitch).

Embora já esteja formalmente em vigor, esse texto constitucional carece de *realização* (Gomes Canotilho), para que se tornem operativos e juridicamente eficazes os seus preceitos e a sua *normatividade* se converta em *energia normalizadora* (Heller).

Urge, portanto, levar a cabo essa *tarefa realizadora*, da qual participam todos os cidadãos que fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres.

Quem são esses cidadãos? São todos aqueles que, no *espaço da palavra e da ação* (José Eduardo Faria), têm alguma parcela de responsabilidade na tarefa de construção do Estado Democrático de Direito, tal como delineado no artigo de abertura da nova Constituição.

Para tanto, estão legitimados e, mais do que isso, co-responsabilizados, *imediatamente*, os *agentes políticos* das mais altas instâncias da República, porque a eles a Constituição confere a maior soma de poderes e atribuições; *mediatamente*, também são responsáveis pela realização constitucional os demais segmentos da chamada Sociedade Civil, em especial aqueles que já

(*) Este tópico reproduz *proposta de pesquisa* apresentada à UnB — Departamento de Direito, pelo conferencista e por seu colega, o Prof. José Geraldo de Souza Jr. O Ministério da Justiça trabalhará na mesma direção.

se encontram organizados e, por isso, dispõem de maior poder de pressão, para exigir que se explorem todas as *virtualidades* do texto da Constituição, no marco da invenção democrática (Lefort).

Nessa perspectiva, propõe-se o Ministério da Justiça a analisar, em profundidade, a nova Constituição, com ênfase no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, em ordem a identificar, dentre eles, quais são passíveis de concretização imediata, vale dizer, sem necessidade de qualquer mediação dos agentes políticos — especialmente do legislador — e quais dependem dessa mediação para se tornarem operativos, inobstante as normas definidoras de uns e outros — por sua peculiar natureza — sejam consideradas de aplicação imediata ou diretamente aplicáveis (CF, art. 5.º, § 1.º). É que, como se sabe, mesmo as normas declaradas diretamente aplicáveis, em muitos casos dependem de mediação legislativa, seja porque assim o exige, de forma expressa, o próprio texto da Constituição, seja porque tais normas não contêm os elementos mínimos necessários à sua atualização, ou, por outras palavras, não constituam elas, por si mesmas, um todo completo, capaz de ser aplicado de imediato, sem necessidade de suplementação de lei ordinária (STF — MI n.º 103-3/DF).

Feita essa identificação, iremos definir, em relação a todas as normas constitucionais estudadas, quais os procedimentos necessários à sua concretização, assim como as instâncias políticas responsáveis por essa mesma concretização.

Partindo-se do esquema clássico da separação dos Poderes e da distribuição das funções, surgem, como instâncias *imediatamente* responsáveis pela realização da Constituição, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, este com a imprescindível participação do Ministério Público, e, *mediatamente*, os diversos segmentos da chamada Sociedade Civil, especialmente aqueles já organizados, como os partidos políticos e as entidades de classe.

Dentre os procedimentos para essa realização da Constituição temos, em primeiro lugar, a atuação *legislativa*, pela relevância que tem a lei, como instrumento por excelência de atualização constitucional; com igual relevo, embora por forma diversa, e menos livre, temos a atuação *governamental* e a atividade *jurisdicional*, a se desenvolverem no marco normativo traçado tanto pelo constituinte, quanto pelo legislador ordinário, pois existem atos de execução constitucional que se conectam diretamente com a Lei Fundamental (Pablo Pérez Tremps).

Então, *além da lei*, são instrumentos de realização constitucional os atos *executivos* e os *jurisdicionais*, uns e outros necessários e indispensáveis a esse mister.

Nessa linha, o Ministério da Justiça está fazendo um levantamento dos poderes-deveres que a Constituição cometeu aos agentes políticos do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, para, a seguir, indicar o que a Carta Magna “espera” desses agentes, a fim de torná-la efetiva.

Quanto aos agentes da chamada Sociedade Civil, o Ministério pretende motivá-los à plena utilização dos instrumentos constitucionais disponíveis, a começar pela *iniciativa das leis*, que a nova Carta atribui, expressamente, aos cidadãos, e que pode ser exercida com a maior amplitude e com a maior liberdade, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material.

Igualmente, serão explorados os veios abertos com a criação de institutos novos, como o *mandado de segurança coletivo*, o *mandado de injunção* e a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, amplamente utilizáveis por esses novos atores da cena institucional — os cidadãos coletivamente organizados.

Para tanto, procuraremos engajar nesse esforço as Universidades, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seccionais, assim como os Institutos de Advogados Brasileiros, entre outras entidades interessadas, com vistas à produção de estudos e projetos tendentes a *realizar* a Constituição.

Feita essa *radiografia* da nossa Constituição, espera-se poder afirmar, comparando-a com outras leis fundamentais do nosso tempo, que o constituinte de 1988, ainda que não o tenha feito por consciente opção ideológica — no Brasil, algumas notáveis soluções jurídico-políticas, como a do sistema *misto* de controle de constitucionalidade das leis, foram sendo adotadas e aperfeiçoadas meio ao acaso —, acabou por modelar um Estado de Direito do tipo *democrático*, na medida em que, incorporando e superando as conquistas obtidas no marco dos Estados de Direito *liberal* e *social*, veio alargar os espaços até então existentes, sobretudo no âmbito dos chamados direitos sociais.

Se formos capazes de implantar esse modelo, o que só entendemos possível mediante um grande *acordo nacional*, mesmo sem ter que encontrar a *terceira via* — se ela é utópica, não a podemos achar —, mesmo assim, estaremos progredindo na caminhada rumo à efetiva libertação do homem brasileiro, sem ter que lhe impor o intolerável sacrifício de ter que trocar a sua camisa de cidadão por uma túnica de súdito.

Postos nessa encruzilhada, e tendo de escolher, *necessariamente*, um entre os caminhos — “viver é encontrar-se, sempre, efetiva ou potencialmente, numa encruzilhada, tendo de escolher um entre os caminhos”, advertia o sábio Recaséns Siches —, devemos, em primeiro lugar, nos precaver contra a *tentação totalitária* do Leviatã providencialista, desse Estado que, à força de tanto nos proteger, acaba por nos impedir de pensar e de agir livremente; num segundo momento, devemos nos precaver, também, contra a *embriaguez dos aplausos majoritários*, pois a estridência do seu ruído, quase sempre, termina por abafar os protestos das minorias e dos opositores, sem os quais as democracias convertem-se em ditaduras, e o Estado de Direito — liberal, social ou democrático, pouco importa — descamba para o Estado *não* de direito ou *contra* o direito, em suma, para o Estado-polícia, rebarbarizante e autoritário, desumano e cruel.

As eleições de 1990

SYDNEY SANCHES

Ministro do Supremo Tribunal Federal e
Presidente do Tribunal Superior Eleitoral

1. Como sabemos, as eleições marcadas para este ano são regionais, pois se destinam à escolha de Governadores, Vice-Governadores, Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais.

Por isso mesmo, serão dirigidas pelos Juízos Eleitorais e Tribunais Regionais, observado o âmbito das respectivas atribuições administrativas e jurisdicionais. Ao Tribunal Superior Eleitoral compete a supervisão, a orientação, a coordenação, em termos normativos e administrativos. No âmbito jurisdicional tem também sua competência originária e recursal. As questões constitucionais, como decorre do sistema, podem chegar ao Supremo Tribunal Federal.

2. A falta de uma lei que regule o pleito de 1990, elaborada com a antecedência prevista na Constituição (art. 16), o TSE valeu-se, de um modo geral, das normas que baixou em 1986, por haverem regulado eleição da mesma natureza.

Naturalmente, procurou adaptá-las às normas supervenientes da Constituição de 1988.

3. Assim, com a Resolução n.º 16.336, de 22-3-90, fixou o número de membros da Câmara dos Deputados, das Assembléias e Câmaras Legisla-

Pronunciamento do Ministro SYDNEY SANCHES, por ocasião da abertura do "Encontro de Presidentes de Tribunais Eleitorais", a 14 de junho de 1990, em João Pessoa, Paraíba.

tivas para as eleições de 3-10-90, observando a Constituição, o ADCT e o Código Eleitoral.

Considerou, porém, indispensável lei complementar para aumento do número total de Deputados ou da representação por Estado e pelo Distrito Federal, prevista no § 1.º do art. 45 da Constituição. Teve, por isso, de respeitar o mínimo de oito, que opera imediatamente, mas não pôde chegar ao máximo de setenta, ficando, pois, nos sessenta, anteriormente fixados. Entendeu que lhe faltava competência normativa, já que nem o Congresso podia fazê-lo, mesmo em lei ordinária.

Roraima e Amapá, que são Estados novos, terão o número mínimo de deputados: oito. E elegerão três senadores, enquanto os demais Estados só um, já que se trata de renovar apenas 1/3 do Senado, sendo a bancada de cada um de 3.

O Governo do Estado de São Paulo ajuizou ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, afirmando a inconstitucionalidade da omissão do Congresso, por não elaborar a lei complementar. E a inconstitucionalidade por ação do TSE, que manteve o número de Deputados Federais de cada Estado.

Parlamentares paulistas ajuizaram, também, perante o STF mandados de injunção, para que tal número seja elevado.

A questão encontra-se pois, *sub judice*.

4. A 27 de março de 1990, o TSE baixou a Resolução n.º 16.347, com instruções para a escolha e registro dos candidatos a Governador, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital.

Nelas tratou das convenções regionais, da filiação partidária, da escolha dos candidatos, das coligações, fixou regras específicas, quanto aos candidatos a Governador, Vice, Senador e Deputado, regulou o pedido de registro dos candidatos, as impugnações e o respectivo julgamento nos Tribunais Regionais Eleitorais.

Cuidou também do julgamento dos recursos no próprio TSE.

Fixou a colocação dos nomes dos candidatos a Governador e a Vice nas cédulas oficiais.

Tratou da numeração das legendas partidárias e dos candidatos, da substituição destes e ocupou-se de disposições gerais.

Para isso também levou em conta a Constituição Federal de 1988 e toda a legislação anterior com ela compatível.

5. Com a Resolução n.º 16.387, de 3 de abril de 1990, o TSE, atento à legislação pertinente, fixou o Calendário Eleitoral, assinalando todos os marcos do processo, desde 24 de junho, último dia do prazo para realização de convenções regionais, destinadas a deliberar sobre coligações e escolha de candidatos, alistamento e transferência de eleitores, passando pela apuração do contingente de habilitados a votar (obrigatórios e facultativos), pelo período de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, pela organização das mesas receptoras, marcando para 3 de outubro o dia das eleições e para 25 de novembro o 2.º turno das destinadas à escolha de Governador e Vice, quando necessário; 14 de dezembro como último dia do prazo para a divulgação do resultado da eleição proporcional e majoritária e proclamação dos candidatos eleitos; e 16 de dezembro como último dia do prazo para a diplomação.

6. Pela Resolução n.º 16.402, de 17-4-90, o TSE, ainda uma vez atento à legislação pertinente às eleições de 1986 e às normas posteriores da Constituição de 1988, baixou instruções para as eleições de 1990, em capítulos dedicados à propaganda em geral, à propaganda por radiodifusão, às disposições penais e às disposições gerais.

Algumas já haviam sido adotadas nas eleições presidenciais de 1989. Outras resultaram de jurisprudência que se formou na Corte, a respeito de temas suscitados, em face de tal ordenamento.

7. A Resolução n.º 16.401, de 17-4-90, apenas alterou dispositivo da Resolução n.º 16.347, de 27-3-90, que dispusera sobre escolha e registro de candidato às eleições de 3-10-90, tratando de questões relacionadas com prenome, nome, cognome, apelido e respectivo registro.

8. A Resolução n.º 16.514, de 28-5-90, regulou os atos preparatórios das eleições de 3-10-90, cuidando das seções eleitorais, das mesas receptoras, da competência dos respectivos presidentes, mesários e secretários, da fiscalização perante as mesas, do voto secreto, fixou o modelo da cédula oficial, ficando a fixação do respectivo tamanho a cargo dos Tribunais Regionais Eleitorais, pois o número de candidatos às eleições majoritárias não será necessariamente o mesmo, em cada região.

Baixou normas sobre a polícia dos trabalhos eleitorais, sobre a votação propriamente dita, indicando o material respectivo, os lugares de votação, regulando o ato de votar, o início e o encerramento da votação, cuidando também das garantias eleitorais. E renovou norma repressiva da propaganda de "boca de urna".

9. E brevemente cuidará das instruções necessárias à apuração dos resultados do pleito.

10. Tendo tido início o processo eleitoral, o TSE já cogita de suspender respostas às consultas, pois acabam representando prejulgamentos de casos concretos.

É possível que isso seja decidido na próxima semana.

11. Entrementes, o TSE se defronta com problemas de administração propriamente dita de administração normativa, além da decorrente da atividade jurisdicional. Tudo como acontece, de certa forma, em outro nível nos Tribunais Regionais.

12. Uma delas, por exemplo, é o rescaldo, ainda, das eleições municipais de 1988.

13. E, por falar em eleições municipais, é bom lembrar que o TSE, respondendo a consultas, considerou irrealizáveis, no corrente ano de 1990, as eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, em municípios criados e ainda não instalados.

Além de a Constituição exigir que as eleições municipais ocorram em pleito simultâneo realizado em todo o País, a verdade é que também não há lei determinando a realização de eleições nos novos municípios.

E, ademais, seria impraticável essa realização no corrente ano, em que os Juízos e Tribunais Eleitorais estão sobrecarregados com as tarefas que o pleito de 1990 já lhes impõe.

14. Outro problema complexo, que vem suscitando polêmica, diz respeito à aplicação, ou não, da Lei de Inelegibilidades no corrente ano, em face do disposto no art. 16 da Constituição que só permite aplicação de lei de alteração do processo eleitoral um ano após sua promulgação.

É que a lei em questão (LC n.º 64) só foi publicada a 18 de maio de 1990, menos de um ano antes; portanto, das eleições de 3 de outubro.

Mesmo assim, o TSE, em resposta a consultas, tem entendido que a lei, em princípio, pode ser aplicada no corrente ano.

É que a LC n.º 5, de 1970, que regulava as inelegibilidades, foi, ao menos em parte, revogada pela EC n.º 26/85, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte. E a Constituição de 1988 deu tratamento diferenciado às inelegibilidades, apontando algumas e remetendo à Lei Complementar a fixação de outras.

Diante do vazio legislativo sobre inelegibilidades, a Lei Complementar n.º 64/90 teria vindo suprir a lacuna e cumprir a norma constitucional do art. 14, § 9.º, que não dispensa normas de inelegibilidades para eleição alguma.

Por outro lado, a lei em questão não regula apenas inelegibilidades para o pleito de 1990, mas todas as eleições a serem realizadas no País, tendo, pois, caráter genérico e permanente. Não temporário, nem casuístico.

Acrescento que o Tribunal só respondeu consultas sobre a aplicabilidade da lei, mas, obviamente, se reservou o direito de dizer em cada caso, conforme suas peculiaridades, qual a lei reguladora da inelegibilidade.

O tema suscita controvérsia e provavelmente chegará ao Supremo Tribunal Federal, pelas vias próprias.

15. Outra matéria que vem, igualmente, provocando divergência diz respeito à autonomia dos partidos políticos, prevista no art. 17, § 1.º, da CF, e a seu registro, na forma da lei civil, prevista no § 2.º

Tem-se sustentado que, com tais normas, ficou revogada toda a legislação reguladora do registro provisório e definitivo dos partidos políticos, de filiação partidária, etc.

Tem o TSE entendido que continuam elas em vigor, pois não se mostram incompatíveis com a Constituição.

16. Valendo-se, aliás, de antigas normas sobre partidos habilitados, o TSE tem exigido que os partidos com registro definitivo ou provisório, componham suas Comissões Diretoras Municipais Provisórias, em pelo menos 20% dos municípios do Estado, sem o que ali não poderão indicar candidatos nem formar coligações.

17. Aliás, já se tem notícia de projeto de lei aprovado no Senado Federal — mas não ainda na Câmara dos Deputados — segundo o qual os partidos, com representação no Congresso Nacional, terão seu registro provisório prorrogado. Resta saber se os já extintos serão beneficiados. E se a norma pode ser aplicada no corrente ano.

18. *A esta altura, já obtiveram registro definitivo 17 partidos. Outros 24 têm registro provisório ainda em vigor. Alguns (doze) terão vencido o prazo para registro definitivo no corrente mês e nos meses que se seguem, até às vésperas da eleição de 3-10-90.* São notórias as dificuldades que os Tribunais Regionais Eleitorais terão para bem distribuir o tempo aos partidos no horário de propaganda gratuita no rádio e na TV. O TSE apenas fixou os princípios, pois não convinha ir mais longe.

19. Como é sabido, o voto em trânsito foi descartado pelo entendimento unânime dos Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, que coincidiu com o dos Ministros do TSE.

As inúmeras dificuldades apontadas, relacionadas com a formação de seções, seleção de pessoal qualificado, despesas e grande possibilidade de fraude, pesaram, sobremaneira, na formação desse entendimento.

20. A antecipação do 2.º turno para 15 de novembro, não pode ocorrer, em face das ponderáveis objeções de dois Estados da Federação, diante de suas enormes distâncias e dificuldades de transporte e comunicação.

21. Outra questão que ainda suscitará dissídio doutrinário e jurisprudencial diz respeito à necessidade, ou não, de afastamento dos que tenham exercido função de direção, administração, representação em empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público, na área de comunicação social, ou ainda participações ou apresentações habituais, com ou sem vínculo contratual, na programação de ditas empresas, assim como em fundações mantidas pela União, Estado, Distrito Federal, Território ou Município.

Sobretudo diante da norma da LC n.º 64/90, que impunha a necessidade de tal afastamento, quatro meses antes do pleito, vetada, porém, pelo Exm.º Sr. Presidente da República. Veto ainda não apreciado pelo Congresso Nacional.

Diante, ainda, da necessidade de uma lei de inelegibilidades, nos moldes do § 9.º do art. 14 da CF, e daquela outra do art. 16, que não permite alteração do processo eleitoral a não ser um ano antes da eleição.

22. Dificuldade surge, também, com a interpretação de normas legislativas proibitivas de nomeação, contratação e demissão de funcionários e empregados públicos, mas meramente temporárias e já exauridas em sua eficácia.

O TSE entendeu faltar-lhe competência para baixar normas proibitivas dessa ordem, dirigidas à Administração Pública em geral. Considerou, porém, vigente, ainda, a esse respeito, a Lei Etelvino Lins, de 1974, que, todavia, só vedou nomeações, contratações etc., no âmbito estadual ou municipal, não cogitando, assim, do federal. E por outro lado não tratou de demissões.

E há normas, já do corrente ano, sobre demissões no âmbito federal.

Tramita, igualmente, no Congresso Nacional um projeto de lei, proibitivo de nomeações, contratações e demissões no período pré e pós-eleitoral.

23. Está o TSE, ainda, às voltas com inúmeras solicitações de requisições de funcionários para prestarem serviço eleitoral. Sobretudo diante do temor de serem colocados em disponibilidade, noutras áreas, conforme medidas governamentais que anunciam.

24. Certos setores do funcionalismo federal e até estadual ou municipal vêm insistindo junto ao TSE, para que se viabilize, por algum instrumento,

o aproveitamento de tais servidores em cargos permanentes da Justiça Eleitoral. O TSE, obviamente, só fará o que lhe parecer constitucional e legal.

25. À falta de lei autorizadora e de um decreto que a regulamentasse, não pôde o TSE, por falta de competência normativa tributária, atender reclamo da ABERT — Associação Brasileira das Empresas de Rádio e Televisão, que visava ao ressarcimento de seus prejuízos com o horário gratuito de propaganda eleitoral, mediante compensação fiscal.

26. As disponibilidades orçamentárias do TSE estão esgotadas.

Sua atuação vai depender, doravante, assim como de toda a Justiça Eleitoral, de verbas suplementares, maxime para a própria realização das eleições do pleito de 1990 e sua apuração.

Para isso a Presidência do TSE, depois de obter informes dos Tribunais Regionais, teve audiência com o Exm.º Sr. Presidente da República. A redução do *quantum* pleiteado está na dependência de a administração pública remanejar computadores de grande porte para o TSE, ou encaixá-los na próxima previsão orçamentária.

27. Para aquisição de prédios, obras de adaptação para os trabalhos de informática, manutenção das dependências atualmente ocupadas, as dificuldades serão ainda maiores no corrente ano.

28. A isso ainda se somarão outras dificuldades, como, por exemplo, as relacionadas com a considerável redução da frota oficial de veículos do Poder Executivo e Legislativo — e também Judiciário — que já não poderão ser aproveitados a serviço da Justiça Eleitoral.

E também a greve da magistratura de um dos Estados, que poderá até inviabilizar o pleito naquela unidade federativa.

Tenho mantido contato com as autoridades competentes, com a preocupação de solucionar o impasse pelas vias normais do relacionamento entre Poderes, sem quebra do respeito à Constituição e às leis. E, por ora, sem medidas drásticas.

29. Ainda assim, o TSE tem encontrado tempo e disposição para, por exemplo: indicar suas metas e prioridades orçamentárias; adaptar suas instruções à Lei n.º 8.037, de 25-5-90, que alterou os arts. 176 e 177 do Código Eleitoral, quanto ao modo de computar os votos, quando há desencontros na indicação de nomes e números dos candidatos ou suas legendas; fixar o novo modelo de folha de votação; fazer repetidos alertas aos eleitores para se alistarem ou providenciarem transferência de domicílio até 24 de junho; estudar proposta da Procuradoria Geral Eleitoral, que pretende exigir, dos Partidos Políticos, prestação mensal de contas ao TSE — e não

apenas depois das eleições; facilitar, na medida do possível, o acesso às informações do Tribunal para localização de parentes e familiares; enfrentar, com resignação, as críticas de partidos que timbram em não cumprir as exigências da legislação eleitoral só porque se sentem privilegiados pelo ideário e pelo programa que pregam; elaborar anteprojeto de lei que altera o *quantum* da gratificação de todos os Juizes Eleitorais do Brasil, o qual, aliás, já se encontra aprovado e só não foi encaminhado porque surgiu reivindicação dos funcionários efetivos e requisitados, com idêntica pretensão, e cujo não-atendimento pode sacrificar, com paralisações previsíveis, o serviço eleitoral; atualizar o regimento interno, com minucioso anteprojeto, que brevemente será discutido.

30. A tudo isso se some que o TSE, como acontece com os Regionais, tem composição tal que todos os seus Juizes estão vinculados a outra atividade funcional ou profissional.

Três de seus Ministros integram também o Supremo Tribunal Federal, sem se afastar da Corte e da distribuição de processos.

Um deles, além disso, é o relator do anteprojeto do Estatuto da Magistratura, que está em avançada elaboração.

Dois outros Ministros integram o já assoberbado Superior Tribunal de Justiça, igualmente sem se afastar.

E outros dois exercem ainda a advocacia, nas áreas compatíveis.

31. Acrescentam-se, mais, as necessidades de representação e as de atendimento à imprensa, que se mostra a cada dia mais interessada na divulgação de notícias relacionadas com o Judiciário, de um modo geral, e com a Justiça Eleitoral, de um modo particular, o que é bom para o povo e para a instituição.

32. Todas essas atribuições e tarefas têm, porém, sido levadas a bom termo, graças à inestimável colaboração do funcionalismo da casa, aos Tribunais Regionais Eleitorais, aos Juizes e servidores da Justiça Eleitoral, que não medem esforços, para que sua imagem se mostre transparente e confiável, como justa condutora do processo que visa à apuração da vontade popular, na indicação dos nomes que devem dirigir os destinos da pátria comum, em todos os níveis e segmentos.

33. Levar a missão da Justiça Eleitoral a bom termo e merecer a confiança popular antes, durante e depois da execução da tarefa, é algo que nos fascina a todos e nos inspira a prosseguir, com os olhos voltados para a felicidade de todo o povo brasileiro e para consolidação da democracia que tão bem soube conquistar.

A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO
Professor Titular de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito da USP

S U M A R I O

- I — *Introdução*
- II — *As emergências econômicas na experiência estrangeira.*
- III — *A experiência brasileira anterior à Constituição vigente.*
- IV — *A Constituição em vigor.*
- V — *Um "estado de sítio" econômico?*

I. *Introdução*

1. Toda e qualquer tentativa de limitar o poder, a fim de, impedindo-lhe os abusos, assegurar a liberdade e outros direitos fundamentais, esbarra sempre num problema: a organização limitativa do poder própria para momentos de normalidade é inadequada para os períodos de grave crise (1).

Isto, na verdade, já foi visto pelos romanos. De fato, no período republicano, em que existia uma divisão do poder entre cônsules, Senado e povo (que participava do governo nos *comitia*), tal organização limitativa do poder logo se revelou incapaz de superar as graves crises decorrentes, seja da guerra com inimigo estrangeiro, seja da insurreição provocada internamente por facção descontente.

Entretanto, aperceberam-se bem cedo os romanos de que a superação de tais crises, caso não se fizesse sob um sistema disciplinado pelo direito, que desse poderes maiores à autoridade incumbida de restabelecer, ou manter, a ordem constitucional, mas ao mesmo tempo lhe impusesse alguns limites mínimos, levaria ao perecimento da própria ordem constitucional que se almejava salvar. Isto é, conduziria à tirania.

Procurando a solução, veio o direito republicano a prever a instituição da ditadura. A sua decretação, de que participavam os cônsules e o Se-

(1) V. meu *O Estado de Sítio*. São Paulo, 1963, pp. 11 e segs.

nado e era ratificada pelo povo, redundava na concentração do poder nas mãos de um só, o ditador, cuja regra de conduta era *salus reipublicae suprema lex esto*, o qual, por um período de tempo limitado (no máximo, seis meses), podia tomar todas as providências que a situação exigia, salvo revogar as leis.

A ditadura romana é, na verdade, o primeiro sistema de emergência inventado na História com o fito de preservar as instituições estabelecidas. Constitui, portanto, antecedente dos sistemas que prevêm as Constituições modernas para a preservação da ordem institucional, quando é esta gravemente ameaçada: lei marcial, poderes de emergência (Constituição Francesa de 1958, art. 16), estado de sítio, etc.

2. Até este século XX, porém, as graves crises com que se preocupava o Estado eram essencialmente políticas. Reduziam-se a duas hipóteses: comoção intestina grave, invasão, ou ameaça, resultante de guerra externa. Tendo em mira essas duas eventualidades é que o direito constitucional projetou, como ainda hoje projeta, os seus "sistemas de emergência". Nas Constituições vigentes, segundo aponta o direito comparado, não se prevêm mecanismos extraordinários senão para debelar as crises do tipo acima assinalado.

II. *As emergências econômicas na experiência estrangeira*

A) *Em caso de guerra*

3. Na verdade, foi ao ensejo da Primeira Guerra Mundial que os Estados europeus se aperceberam de que a superação de graves crises, como a guerra, reclamava medidas sistemáticas no plano econômico-financeiro (e não meras providências episódicas como requisição de alimentos e outras que já se admitiam como decorrência do estado de sítio, ou sistema equivalente). Isto, porém, principalmente dentro de uma perspectiva de mobilização econômica, que a guerra total tornava imperativa.

Tal ocorreu em países beligerantes, como a Grã-Bretanha, a Alemanha, a Áustria, a Itália, mas também em países neutros como a Suíça⁽²⁾. Fez-se, de modo geral, pela atribuição, por via de lei, de "plenos poderes" ao Governo⁽³⁾.

Entretanto, na França, onde era vivo o princípio da indelegabilidade do poder delegado pela Constituição a qualquer dos Poderes, não ocorreu essa atribuição de plenos poderes. O Governo, todavia, não tergiversou em editar o que DUGUIT denominou de "regulamentos de necessidade" ("leis" editadas com fundamento no poder regulamentar do Executivo, sub-

(2) V. Paul Leroy, *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Paris, Lib. Générale de Droit e de Jurisprudence, 1966, pp. 70 e segs.

(3) Suíça, Lei de 31 de julho de 1914; Grã-Bretanha, *Defense of the Realm Act*, de 8 de agosto de 1914; Alemanha, Lei de 4 de agosto de 1914; Austria, Lei de 10 de julho de 1917; Itália, Lei de 22 de maio de 1916.

medidas à ratificação convalidatória por parte do Parlamento) (4). Neste contexto, veio a difundir-se a tese de que haveria um “estado de necessidade” em direito constitucional (5).

Por uma lei, todavia, de 10 de fevereiro de 1918, o gabinete presidido por Clémenceau recebeu uma delegação para regular o suprimento de alimentos (6).

Nos Estados Unidos, igualmente a guerra provocou delegações de poder em favor do Executivo. A principal foi estabelecida pelo *Lever Act*, de 10 de agosto de 1917, o qual habilitou o Presidente a, diretamente ou por meio de autarquias (*agencies*) que estabelecesse, regular a “importação, manufatura, armazenamento, mineração e distribuição de bens necessários à vida”. Para este fim, poderia requisitar alimentos, combustível, etc.; poderia comprar, armazenar e vender determinados alimentos; fixar e garantir preço mínimo para o trigo; tabelar o carvão; assumir a operação de indústrias, minas, oleodutos, etc. (7).

4. Situação semelhante se registra por ocasião da Segunda Guerra Mundial. Quer dizer, recorreu-se de novo à outorga de “plenos poderes”.

É o que assinala LEROY, a propósito da Suíça, da Grã-Bretanha, etc. (8).

E a própria França cedeu à prática, adotada que tinha sido, em julho de 1938, lei sobre a organização da nação em tempo de guerra, cujo art. 36 importava na concessão ao Governo de plenos poderes. De fato, ela o autorizava a tomar, em tempo de guerra, “as medidas impostas pelas exigências da Defesa Nacional”, por meio de decreto.

Nos Estados Unidos, a máquina intervencionista estatal, montada no *New Deal* (como se verá adiante), serviu de instrumento para a mobilização econômica do país. É de se acrescentar, porém, que o Executivo se auto-habilitou com plenos poderes, por meio, primeiro, da proclamação de uma “emergência nacional limitada”, em 8 de setembro de 1939, e de um estado de emergência “ilimitado”, a 27 de maio de 1941, reiterado em 7 de dezembro do mesmo ano, após o ataque a Pearl Harbour. Na verdade, o Congresso aceitou essa situação e consagrou-a nas amplas delegações de poderes contidas nos chamados *First e Second War Powers Acts*, de 18 de dezembro de 1941 e 27 de março de 1942, respectivamente, delegações essas que

(4) *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris: Lib. Générale, 3ª ed., 1930, pp. 752 e segs.

(5) V. Geneviève Camus, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris: Lib. Générale, 1965.

(6) Ob. cit., loc. cit. (Suíça, lei de agosto de 1939, Grã-Bretanha, *Emergency Powers (Defence) Act*, votado pelo Parlamento em 24 de agosto de 1939).

(7) Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, Nova Iorque: Harcourt, Brace & World, 1ª ed., 1948, 2ª (a consultada), 1963, p. 243.

(8) Leroy, ob. cit., p. 120.

já tinham precedente no *Lend-Lease Act*, de 11 de março de 1941, bem como no *Emergency Price Control Act*, de 30 de janeiro de 1942⁽⁹⁾.

B) Em tempo de paz

5. Foi, todavia, logo após o final da Primeira Guerra Mundial, que o mundo se conscientizou da gravidade das crises econômico-financeiras, mesmo desvinculadas da guerra e até da comoção intestina (que evidentemente essas crises podem propiciar). Por isso, CLINTON ROSSITER registra um terceiro tipo de crise a reclamar uma resposta extraordinária: a econômica⁽¹⁰⁾.

6. A Alemanha, sob a Constituição de 1919, usou, em tempo de paz, dos instrumentos de emergência para superar grave crise econômica. Isto ocorreu, pela primeira vez, em 12 de outubro de 1922, quando, invocando o art. 48 da Constituição⁽¹¹⁾, o Presidente da República editou normas proibindo a especulação com divisas estrangeiras. E assim iniciou uma série de medidas emergenciais destinadas a combater a inflação e outros problemas econômico-financeiros, tomadas em 1923/1924⁽¹²⁾. De fato, os poderes de emergência serviram de fundamento, por exemplo, para que, entre 13 de outubro e 2 de novembro de 1923, fossem promulgadas trinta e seis "ordenações" (decretos-leis), abrangentes de todo o campo econômico, inclusive para o saneamento do marco e a reorganização do sistema tributário federal, mas também estendendo-se à simplificação dos serviços sociais do *Reich*, ao aprimoramento do sistema de saúde, etc.⁽¹³⁾.

(9) Rossiter, ob. cit., pp. 266 e segs. Deve-se observar, no entanto, que o Congresso guardou sua independência, nem sempre seguindo a vontade presidencial. Assim, rejeitou vetos presidenciais (por exemplo, ao *War Labor Disputes Act* de junho de 1943), derrubou norma que limitava os salários a \$25.000, depois das deduções tributárias, etc.

(10) Id., p. 8.

(11) Assim dispunha o art. 48 da Constituição de Weimar, na alínea 2:

"Quando a segurança e a ordem públicas estiverem gravemente perturbadas ou ameaçadas, o Presidente da República poderá tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem públicas, se necessário com o auxílio da força armada. Para esta finalidade, ele pode suspender, no todo, ou em parte, os direitos fundamentais estabelecidos pelos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153."

Tais direitos fundamentais eram a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência, a liberdade de opinião, a liberdade de reunião e a propriedade privada.

E a alínea 3 acrescentava:

"Todas estas medidas devem ser imediatamente comunicadas pelo Presidente da República ao Reichstag. Elas deverão ser revogadas se o Reichstag o solicitar."

(12) V. Michel Fromont, "Le problème de l'état de crise", *Revue du Droit Public*, Paris: Lib. Générale, 1969 p. 201.

(13) Rossiter, ob. cit., pp. 41 e segs.

Novamente, em 1930, voltou o art. 48 a servir de base para medidas no plano econômico, instituidoras do que ROSSITER chamou de "ditadura econômica" (14). De fato, entre 16 de julho de 1930 até 30 de janeiro de 1933, quando Adolfo Hitler ascendeu ao poder, o art. 48, afora suas aplicações para debelar manifestações agudas da discórdia civil que se aposara da Alemanha, foi freqüentemente utilizado no campo econômico-financeiro. Foi, por exemplo, invocado pelo Chanceler Bruening, em 16 de julho de 1930, para promulgar o orçamento que havia sido rejeitado pelo *Reichtag*. Mais tarde, foi utilizado para a promulgação de medidas de combate à depressão, aí incluídas medidas relativas a finanças, impostos, tarifas alfandegárias, mas também referentes ao comércio, às empresas tanto públicas quanto privadas ameaçadas de insolvência. Sem olvidar-se as de estímulo à agricultura, as relativas ao arbitramento de conflitos entre empregados e empregadores. E também para medidas de reforma da organização governamental e judiciária.

7. No início de 1924, era grave a situação financeira da França, estando o franco a sofrer uma violenta queda de valor.

Depois de solicitar infrutiferamente medidas legislativas que cabia ao Parlamento adotar, o Gabinete Poincaré, alegando que o Legislativo estava preocupado demais com "suas paixões políticas e preocupações eleitorais" (15), solicitou uma delegação do poder de legislar, para cortar despesas governamentais, aumentar impostos, etc. E obteve a aprovação de lei que estabelecia essa delegação, em 22 de março, pelo prazo de quatro meses (16).

Estava aberto o precedente, a partir do qual novas delegações ocorreram.

Assim, por uma lei de 3 de agosto de 1926, o gabinete recebeu delegação para efetivar reformas administrativas e realizar ajustes nas tarifas alfandegárias "no interesse da economia nacional". Em 28 de fevereiro de 1934 nova delegação ocorreu para a tomada de medidas contra a especulação; em 8 de junho de 1935, para prevenir a especulação e defender o franco; em junho de 1937, estando no poder o *Front Populaire*, para desvalorizar o franco, aumentar tributos e estabelecer o controle cambial; logo após, já derrubado o Gabinete Blum, para promover a recuperação econômica, estabelecer o controle de preços, impor o equilíbrio orçamentário, preservar as reservas em ouro do Banco de França, etc.

E outras delegações, com o objetivo de recuperação econômica e financeira do país, se deram em abril de 1938, outubro do mesmo ano, afora as que visavam à defesa do país, em face da iminência da guerra.

8. Foi, contudo, a Grã-Bretanha a primeira a prever uma legislação aplicável às situações de crise resultantes de greve.

(14) Ob. cit., pp. 51 e segs.

(15) "Ses passions politiques et ses préoccupations électorales".

(16) Rossiter, ob. cit., pp. 120 e segs.

Estabeleceu o *Emergency Powers Act*, de 1920, a possibilidade de proclamar-se um “estado de emergência” quando ocorresse, por força da conduta de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, uma “interferência no suprimento ou na distribuição de alimentos, água, combustível, eletricidade, ou nos meios de locomoção, que privasse a comunidade, ou substancial parcela desta, do essencial para a vida” (*essentials of life*) (17).

Foi ele aplicado quando da grande greve dos mineiros de carvão em 1921; também em 1924 ao eclodirem sérias greves em vários setores da indústria; e por ocasião da greve geral de 1926.

Por sua vez, a grande depressão dos anos 30 tornou freqüente a delegação de poderes ao Governo para a tomada de medidas econômico-financeiras. Assim, em 1931, para a defesa da moeda e abandono do padrão-ouro; ainda nesse ano para a redução “drástica” de despesas nos campos da educação, saúde, seguro-desemprego, polícia e obras públicas, bem como para a diminuição da remuneração dos servidores públicos. Mais tarde, para medidas protecionistas, em favor da agricultura, e outros setores, com a proibição, ou ao menos a restrição, de importações, etc.

9. O *New Deal* de Roosevelt foi, sem dúvida, a mais ousada tentativa de debelar pela intervenção do Estado a depressão econômica dos anos 30.

Logo após sua posse em 4 de março de 1933, tomou Roosevelt medidas de impacto. Proclamou, em 6 de março, uma “emergência nacional”, e, invocando como base norma do *Trading with the Enemy Act*, de 6 de outubro de 1917, decretou um feriado bancário, proibiu a exportação de ouro e prata, bem como transações com moeda estrangeira.

Depois, obteve do Congresso a aprovação de numerosa legislação de intervenção da economia: o *Emergency Banking Act*, de 9 de março; o *Economy Act*, de 20 de março, o *Unemployment Relief Act*, de 31 de março; o *Agricultural Adjustment Act*, de 12 de maio, mesma data do *inflation amendment*, do *Emergency Farm Mortgage Act* e do *Federal Emergency Relief Act*; o *Home Owners Loan Act*, de 13 de junho; o *Farm Credit Act*, de 16 de junho; o *Emergency Railroad Transportation Act*, da mesma data; e o abrangente *National Industrial Recovery Act*, também de 16 de junho, sempre de 1933 (18).

Estas leis importavam em ampla delegação de poderes ao Presidente, ou a agências do Executivo. Tiveram, por isso, a sua constitucionalidade contestada, em razão de violarem o princípio, decorrente da separação dos poderes, *delegata potestas delegari non potest*.

Tal inconstitucionalidade foi, em numerosos casos, decretada pela Corte Suprema (oito vezes entre 1935 e 1936) (19). Disto decorreu entrar ela em choque com o Presidente, choque este que apenas se solucionou quando,

(17) Id., pp. 172 e segs.

(18) Leroy, ob. cit., p. 51.

(19) Rossiter, ob. cit., pp. 255 e segs.

por força de aposentadorias, pôde aquele nomear para a Corte ministros de convicções intervencionistas.

Na verdade, veio a Corte Suprema a admitir, depois de 1936, uma distinção entre “abdicação” do poder de legislar e “delegação” desse poder. A diferença estaria na inexistência, no primeiro caso, de padrões, *standards*, que guiassem e limitassem a atuação das agências regulatórias criadas pelas leis impugnadas, o que configuraria irremissível inconstitucionalidade, e a existência de tais padrões, de que resultaria constitucional a atribuição de poderes a essas instituições, ou à própria administração centralizada⁽²⁰⁾. Com isto cessou o apontado conflito.

C) A banalização dos poderes econômicos emergenciais na experiência estrangeira posterior a 1945

10. Assinala um autor francês, ROBERT SAVY, que, após a Segunda Guerra Mundial, chegou-se a uma “banalização” dos poderes econômicos emergenciais⁽²¹⁾.

De fato, na França, desde 1945, pode-se dizer que goza o gabinete de uma habilitação permanente para intervir sobre preços, controlar as importações e exportações, as relações financeiras com o estrangeiro, regular o crédito e o mercado financeiro, dispor sobre o emprego, a concorrência, o consumo de energia etc.⁽²²⁾. Isto, evidentemente, dispensa o recurso a poderes extraordinários.

E ajunta que essa situação não é restrita à França mas, “sob formas e graus diversos”, encontra-se nos países do Mercado Comum e do mundo inteiro.

Aponta, ademais, que “as intervenções são freqüentemente discricionárias” e escapam a qualquer controle. De fato, “o controle jurisdicional tem muita dificuldade para se adaptar ao intervencionismo econômico”⁽²³⁾.

Observe-se, por outro lado, que as reformas econômico-financeiras feitas na Alemanha Ocidental, em 1948, não encontraram a barreira de uma Constituição. De fato, foram elas adotadas antes da promulgação da

(20) V. Edward S. Corwin, *The President — office and powers*, Nova Iorque: New York University Press, 4ª ed., 1957, p. 130, onde se lê:

“É geralmente aceito que a máxima de que a legislatura não pode delegar seus poderes significa que a legislatura não pode abdicar de seus poderes”.

V. também Bernard Schwartz, *Direito Constitucional Americano*, trad. port., Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 350 e segs. Igualmente, o meu *Do Processo Legislativo*, São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1984, nº 96.

(21) Robert Savy, “Les pouvoirs économiques exceptionnels”, em *Pouvoirs* nº 10, *Les Pouvoirs de crise*, 1979, p. 83.

(22) Art. cit., pp. 84 e segs.

(23) Id., p. 85.

Lei Fundamental da República Federal Alemã, em 23 de maio de 1949 (24).

Essas reformas, vale recordar, primeiro estabeleceram uma conversão do *Reichsmark* para uma nova moeda o *Deutsche Mark*, à base de dez por um com o congelamento da metade do produto da conversão (18 de junho de 1948). Depois, numa segunda etapa (12 de outubro de 1948), setenta por cento da importância congelada foram simplesmente extintos; dez por cento continuaram retidos para investimento compulsório; e os remanescentes vinte por cento foram liberados.

III. *A experiência brasileira anterior à Constituição vigente*

11. Vale, de início, registrar que, no Brasil, o Estado jamais deixou de influir ativamente no plano econômico. Isto de 1822 a nossos dias.

Sem dúvida, a Carta de 1824 implicava num sistema econômico liberal. Inclusive, expressamente repudiava o sistema corporativo no art. 179, n.º 25, (25) e afirmava a plena liberdade de trabalho, indústria e comércio nesse mesmo artigo, n.º 24 (26).

O atraso da economia nacional, entretanto, não dava condições para a liberalização da economia, que era essencialmente agrária e baseada no trabalho escravo.

Justamente, aponta RAYMUNDO FAORO que, no período imperial, houve um “neomercantilismo, dourado pela doutrina liberal”. E observa: “O empresário quer a indústria, mas solicita a proteção alfandegária e o crédito público. Duas etapas constituem o ideal do empresário: na cúpula, o amparo estatal; no nível da empresa, a livre iniciativa” (27). E, descrevendo a intervenção do Estado na economia, observa: “A intervenção do governo não se circunscreve às finanças e ao crédito. Ao contrário, desse centro ela se irradia sobre todas as atividades, comerciais, industriais e de melhoramentos públicos” (28).

(24) Em 25 de maio de 1947, em curso a “guerra fria”, foi criada na bizona anglo-americana um Conselho Econômico alemão. Em 9 de fevereiro de 1948, foi promulgada a Carta de Frankfurt, com base na qual se estabeleceu na bizona referida um “governo” econômico alemão, compreendendo um Executivo e um Legislativo, ao qual, depois, se submeteu também a zona de ocupação francesa. Foi este que adotou as reformas de 1948. Cf. Alfred Grosser, *La démocratie de Bonn — 1949-1957*, Paris: A. Colin, 1958, pp. 21 e segs.

(25) “Ficam abolidas as corporações de ofício, seus juizes, escrivães e mestres”.

(26) “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e a saúde dos cidadãos”.

(27) *Os donos do poder*, Porto Alegre: Globo, 2ª ed., 1973, p. 433.

(28) *Id.*, p. 434.

Não é por outra razão que o Manifesto Republicano de 1870 denunciava estar “a liberdade econômica suprimida por uma legislação restritiva” (29).

Com o advento da República, atenuou-se um pouco essa ingerência econômica do Estado, que, no plano federal, circunscreveu sua atuação aos planos do câmbio e das tarifas alfandegárias, de modo geral. Atuação esta essencialmente ditada por motivos financeiros.

Registre-se que RUI BARBOSA, no Governo provisório, tentou uma política de industrialização, que não vingou, inclusive por não haver sido, na época, compreendida (30). Ademais, uma economia liberal era, sem dúvida, pressuposta pela Constituição, como se sabe inspirada no exemplo norte-americano.

Contudo, foi na primeira República que se iniciaram, por iniciativa dos Estados, as políticas visando à defesa dos preços, ou à valorização destes, em relação a determinados produtos de grande importância para a economia nacional: é o caso do café (31). Ou apenas para economia dos próprios Estados: é o caso da erva-mate (32).

A) Em tempo de guerra

12. A Primeira Guerra Mundial provocou no Brasil uma importante experiência de controle de preços. Visava ela, sobretudo, o comércio de gêneros de primeira necessidade.

Assim, o Decreto n.º 13.069, de 12 de junho de 1918, instituiu o Comissariado da Alimentação Pública. Foi seguido pelo Decreto n.º 13.167, de 19 de agosto de 1918, que fixou os preços de varejo dos gêneros de primeira necessidade. Tais decretos foram editados com fundamento no poder administrativo de polícia (33).

(29) Cf. Paulo Bonavides e R. A. Amaral Vieira, *Textos políticos da História do Brasil*, Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, s/d, p. 540.

(30) Cf. Alberto Venâncio Filho, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Rio de Janeiro: F. G. V., 1968, p. 28.

(31) Cumpre registrar que a política de “valorização” do café foi iniciada pelos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, os quais, por proposta do primeiro, firmaram em 26 de fevereiro de 1908, o convênio de Taubaté. Data de 1921 a primeira intervenção do Governo Federal nesse campo. Apenas em 1932, pelo Decreto n.º 4.543, é que este criou o Instituto de Defesa Permanente do Café.

(32) Em fins de 1927, tomou o Estado de Santa Catarina e, em 1928, o do Paraná medidas de valorização de erva-mate, sendo que este último Estado criou, pela Lei n.º 559, de 24 de abril de 1928, um Instituto de Propaganda e Defesa da Erva-Mate.

(33) Cf. Venâncio Filho, ob. cit., pp. 225 e segs. V. José Cretella Júnior, *Direito Administrativo no Brasil*, vol. IV, *Poder de Polícia*, São Paulo: Rev. Tribunais, 1961, p. 324.

E, logo depois, a Lei n.º 3.533, de 3 de setembro de 1918, veio permitir a requisição de mercadorias necessárias ao abastecimento da população.

13. Por ocasião da Segunda Guerra Mundial, a economia brasileira já sofria uma ampla e profunda intervenção por parte do Estado, decorrente especialmente das normas estabelecidas em razão da crise iniciada em 1929 (v. infra). Todavia, não escapou de medidas emergenciais derivadas da necessidade de combater os reflexos do conflito.

Assim, depois de suspensa a vigência de vários artigos da Carta de 1937 pelo Decreto-Lei n.º 10.358, de 31 de agosto de 1942, foi editado o Decreto-Lei n.º 4.750, de 28 de dezembro de 1942, a chamada "*Lei*" de *Mobilização Econômica*.

Por este decreto-lei, "foram mobilizados a serviço do Brasil todas as utilidades e recursos econômicos existentes no território nacional, qualquer que fosse a sua origem, caráter, propriedade ou vínculo de subordinação, sendo designado pelo Presidente da República um Coordenador da Mobilização Econômica que lhe era diretamente subordinado" (84).

Entre as competências deste Coordenador, estavam as de "fixar os preços máximos, mínimos e básicos, ou os limites de preços pelos quais as mercadorias ou matérias-primas deviam ser vendidas, ou os serviços deviam ser cobrados", etc. Podia ele, igualmente, "requisitar mercadorias ou serviços, promovendo a distribuição daquelas pelo custo de produção, ou retendo-as para a formação de estoques, e promovendo a aquisição, empréstimo ou locação de materiais ou equipamentos necessários à instalação de novas indústrias ou a manutenção ou expansão de outras" (85).

B) *Em tempo de paz*

14. A grande crise econômica iniciada em 1929 atingiu gravemente o Brasil. Certamente está entre os fatores que influenciaram a eclosão do movimento de 1930 e seu triunfo. Assim, não é de surpreender que o Governo provisório presidido por Getúlio Vargas se tenha empenhado na luta contra os seus efeitos, mormente sobre a agricultura nacional. Longa seria a exposição das medidas então adotadas para a defesa dos produtos nacionais de exportação, como o café, o açúcar, etc., inclusive com a criação de autarquias destinadas à sua defesa e valorização.

Vale salientar, porém, um rol de medidas emergenciais que se tornaram conhecidas como as "*Leis*" de *Reajustamento Econômico* (86).

Assim, em 7 de abril de 1933, foi promulgado o Decreto n.º 22.626, conhecido como "lei contra a usura", o qual, entre outras disposições, fixava os juros dos empréstimos garantidos por propriedades agrícolas em 8%,

(84) Venâncio Filho, ob. cit., pp. 228 e segs.

(85) Id., ibid.

(86) Id., p. 114.

os destinados a negócios agrícolas em 6%, além de estabelecer uma moratória de dez anos para o pagamento das dívidas vencidas de agricultores, que seriam amortizadas em prestações anuais.

Entretanto, este benefício era assegurado apenas às dívidas que estivessem garantidas integralmente. Em conseqüência, ficavam excluídos do benefício os agricultores mais necessitados de proteção. Isto levou à edição do Decreto n.º 23.533, de 1.º de dezembro de 1933, conhecido como "*Lei do Reajustamento Econômico*". Foi ele seguido por outros que o completaram: Decretos (n.ºs 23.981, 24.056, 24.203, todos de 1934) e finalmente pelo Decreto n.º 24.233, de 12 de maio de 1934, que consolidou as disposições anteriores.

Tal legislação estabelecia, entre outras medidas, "a redução de 50% dos débitos dos agricultores, contraídos antes de 30 de junho de 1933, quando tivessem garantia real"; indenizações sob a forma de apólices para os credores; e, enfim, um órgão especial para a execução das disposições dessa regulamentação, a Câmara de Reajustamento Econômico, composta de três membros, todos nomeados pelo Presidente da República. As decisões deste órgão eram terminativas, sendo insuscetíveis de reexame pelo Judiciário (37).

15. As medidas acima referidas não provocaram, de modo geral, manifestações significativas do Judiciário.

Na verdade, como a maior parte delas foi tomada em períodos de Governo arbitrário (1930/34, 1937/1945), nem havia viabilidade na sua contestação.

Entretanto, sob a Constituição de 1934, levantou-se perante o Supremo Tribunal Federal, em mandado de segurança, a questão da fixação de preços para a aquisição de sacas de café. Esses preços haviam sido fixados pelo Departamento Nacional de Café, com base no Decreto n.º 22.121/32 e foram contestados por produtores. Entendeu, então, por maioria, o Supremo Tribunal Federal, em 9 de dezembro de 1936, sendo relator o Min. Laudo de Camargo, que "não pode, no entanto, ser esse preço fixado *ad libitum* do Departamento, mas sim com prévio acordo do produtor; a decisão que obriga a alienação compulsória ao preço fixado é confisco, ou expropriação; na primeira hipótese é contrária à Constituição e na segunda deve o produtor receber justa indenização". Em conseqüência, foi concedido o mandado de segurança para garantir o direito de propriedade violado (38).

O advento do Estado Novo, porém, cortou o seguimento dessa posição judicial.

16. Por outro lado, já sob a Constituição de 1946, discutiu-se a licitude de tabelamento de preços feito pelo Executivo em decorrência de delegação legislativa (assim considerado o Decreto-Lei n.º 9.125, de 4 de abril de 1946). Em *habeas corpus* relatado pelo Min. Castro Nunes, entendeu o Su-

(37) *Id.*, *ibid.*

(38) *Id.*, p. 87.

premo Tribunal Federal, em 21 de julho de 1948, que “a proibição da delegação de poderes não é absoluta; deve ceder quando houver necessidade de assegurar a execução de outro preceito constitucional”. Em conseqüência, não reconheceu a inconstitucionalidade.

Tal orientação foi mantida em numerosas decisões posteriores tomadas já sob o império da Lei n.º 1.522, de 26 de dezembro de 1951, que autorizava o Executivo a intervir no domínio econômico para assegurar a distribuição dos produtos necessários ao consumo popular (39).

Por outro lado, sob a Constituição de 1946, o art. 146 era invocado como fundamento para uma larga atuação interventiva do Estado no plano econômico. Com efeito, esse artigo é expressamente referido no preâmbulo da Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962 (que autoriza o tabelamento de preços, o racionamento de bens e serviços nos casos de guerra, calamidade ou necessidade pública, a disciplina da produção, distribuição e consumo de matérias-primas, etc.). A esta — recorde-se — seguiu-se a de n.º 5, de 26 de setembro do mesmo ano (que criou a Superintendência Nacional de Abastecimento — Sunab), destinada a aplicar a legislação de intervenção no domínio econômico.

Tal entendimento era sufragado pela doutrina. PONTES DE MIRANDA, ao analisar o referido art. 146, aceita, sem sequer discutir a questão, que ele autoriza a fixação de preços, o controle do abastecimento, etc. (40).

17. A Constituição de 1967 instituiu o decreto-lei, com o qual podia o Presidente da República editar normas com força de lei, “em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa”, em matéria de “segurança nacional” e “finanças públicas”. Tal decreto-lei produziria efeitos desde a sua promulgação e, se não fosse rejeitado pelo Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias de seu recebimento, estaria definitivamente aprovado (art. 58).

A Emenda n.º 1/69 o manteve no art. 55, acrescentando outra matéria a seu campo (41).

Criava-se desse modo um instrumento, pelo qual o Presidente da República, chefe do Poder Executivo, se tornava também legislador. E, na verdade, a experiência mostra que, no período 1967/1988, o decreto-lei foi, conquanto abusivamente, o método “normal” de legiferação.

Foi por meio dele que se encetaram numerosas medidas econômicas e, sobretudo, os *Planos Funaro e Bresser* (42).

Tais planos visavam a uma profunda reforma econômica e financeira, buscando deter a inflação, sanear as finanças públicas, fortalecer a moeda

(39) Id., pp. 234 e segs.

(40) *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro. Borsol, 3ª ed., 1960, tomo V, pp. 467 e segs. (particularmente, p. 472).

(41) Estendeu-lhe também ao campo da “criação de cargos públicos e fixação de vencimentos”.

(42) Respectivamente, Decretos-Leis n.os 2.283, de 28 de fevereiro de 1986, e 2.335, de 12 de junho de 1987.

criando-se até uma nova: o Cruzado (pelo primeiro dos planos mencionados) e sustar a inflação. Com o nítido caráter de resposta a uma grave crise econômica, envolveram medidas de constitucionalidade duvidosa, tomadas não só mas também devido a empecilhos que as normas constitucionais então vigentes opunham a esses planos de intento saneador.

IV. A Constituição em vigor

18. Na Lei Magna promulgada em 5 de outubro de 1988, inexistiu, como nas anteriores, a previsão de normas emergenciais de caráter econômico-financeiro.

Prevê-se, sim, a possibilidade de empréstimo compulsório “para atender às despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência” (art. 148, I), assim como a da instituição, pela União, de impostos extraordinários no caso de guerra externa, ou sua iminência (art. 154, II), o que aliás era admitido no direito anterior (43).

Por sua vez, substituiu ela o decreto-lei pelas “medidas provisórias”. Com base no art. 62 da Constituição, o Presidente da República pode, “em caso de relevância e urgência”, estabelecer normas “com força de lei”. Estas são imediatamente eficazes. Deverão, todavia, ser aprovadas, dentro em trinta dias, pelo Congresso Nacional, sob pena de perderem essa eficácia (44). Pela experiência que já se tem, são elas o modo “normal” de legiferação nesta novíssima República, inclusive com a admissão de sua reiteração, quando, decorrido o prazo de trinta dias para a sua conversão em lei, o seu texto não foi rejeitado pelo Congresso Nacional (45).

Como se vê, não há limitação quanto às matérias que podem ser reguladas por meio das medidas provisórias, ao contrário do que ocorria com o decreto-lei (46).

Tais medidas provisórias constituíram o meio pelo qual se implantou o chamado *Plano Verão* (47), no qual se criou o Cruzado Novo, e agora, recentemente, o *Plano Collor* (48).

Exatamente este último plano, dado o fato de que suas normas atingiram profundamente o direito de propriedade, a garantia de justicialidade

(43) Emenda nº 1/69, art. 22.

(44) V. sobre as medidas provisórias meu artigo sobre “As medidas provisórias com força de lei”, em *Repertório IOB de Jurisprudência*, primeira quinzena de março de 1989, nº 5/89, pp. 89 e segs.

(45) A hipótese de reiteração de medida provisória rejeitada parece superada em face da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em 7 de junho pp.

(46) Certamente há matérias sobre as quais não cabem medidas provisórias (as de competência privativa do Congresso Nacional, de cada uma de suas Casas, etc.). E outras como as enumeradas no art. 68 como indelegáveis por parte do Congresso Nacional.

(47) Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989.

(48) Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, essencialmente.

etc., tem provocado dúvidas quanto à sua constitucionalidade, embora não se discuta a necessidade de medidas drásticas para o reequilíbrio econômico-financeiro do País. Seria certamente melhor, para a eficiência das medidas e para a preservação da ordem jurídica, mormente do império da Constituição, que houvesse, no Brasil, um sistema prefixado de ações de resposta a crises econômico-financeiras, como há, em relação à comoção interna grave e à guerra, o estado de sítio.

V. Um "estado de sítio" econômico?

19. O exame sumário acima feito demonstra claramente a importância e a frequência das crises econômico-financeiras nos Estados contemporâneos. Quanto ao Brasil, vive-se o ápice de um quarto plano de combate drástico a uma crise que persiste, mais aguda, menos aguda, há muitos anos.

A gravidade de tais crises também está cabalmente reconhecida, inclusive na doutrina estrangeira. Ela não é menor do que a decorrente das comoções intestinas, ou da ameaça destas, que enseja o estado de sítio. Na verdade, elas são, muitas vezes, fatores propiciadores, quando não provocadores, dessas comoções internas.

Reclama a sua solução, dada exatamente essa extrema gravidade, medidas radicais que não são compatíveis com a normalidade constitucional. Daí as entorses à Constituição, justificadas, mal e mal, por teses como a do estado de necessidade.

Não é, portanto, excessivo, nem despropositado, compará-las às crises que justificam situações e providências emergenciais.

20. Pode-se dizer que a previsão de um "estado de sítio econômico", para empregar a analogia feita pelo Prof. Celso Lafer, seria a resposta adequada a tais crises, num Estado de Direito.

Neste, o próprio combate às anormalidades deve sujeitar-se a normas preordenadas, excepcionais é certo, mas condicionadas a determinadas exigências formais e limitadas no seu alcance. Somente assim se haverá de evitar o arbítrio, que é o inimigo por excelência do Estado de Direito (49).

(49) Segue-se nisto o conselho de Maquiavel nos *Comentário sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, Livro I, Cap. 34, no qual ele observa, depois de analisar a ditadura romana que "numa república onde não há tal sistema e onde todas as formalidades legais são respeitadas, a queda do Estado é certa, a não ser que se busque a salvação no desrespeito àquelas formalidades. Seria desejável que nunca ocorressem circunstâncias que exigissem remédios extraordinários, pois não há dúvida de que, embora as vias extralegais sejam úteis, o seu exemplo é sempre perigoso. Começa-se por atingir as instituições existentes com o propósito de servir o Estado e logo se usa esse pretexto para perdê-lo. Assim, uma república não será perfeita se a sua legislação não tiver previsto todos os acidentes que podem ocorrer, com os respectivos remédios" (trad. port., Brasília: Ed. da UnB, 1979, p. 118).

Ademais, a constitucionalização de tal estado de emergência evitaria que as medidas de saneamento ou recuperação econômica sofressem, nos países de constituição rígida, com controle de constitucionalidade eficaz, as dificuldades acarretadas pela declaração de inconstitucionalidade de algumas delas. Isto, por exemplo, ocorreu nos Estados Unidos durante o *New Deal*, segundo se apontou.

21. Caberia, pois, prever na Constituição que, em situações de grave crise econômica ou financeira, seria possível a aplicação de determinadas medidas de emergência. Isto se daria no quadro de um *estado de crise econômica*.

A declaração de tal estado seria feita em lei de iniciativa do Presidente da República. Excepcionalmente, poderia ser decretada pelo Chefe de Estado, mas submetida necessariamente à aprovação pelo Congresso Nacional. Em ambos os casos, deveria constar do ato o prazo durante o qual caberiam as medidas emergenciais.

Caberia ao Presidente da República designar, e eventualmente destituir, o executor dessas medidas, o qual, findo o estado de crise econômica, responderia pelos atos que praticasse de modo abusivo.

22. Durante o estado de crise econômica, poderiam ser editadas normas com força de lei (decretos-leis ou medidas provisórias), as quais apenas vigorariam durante o período da emergência⁽⁵⁰⁾. Estas normas poderiam, no curso da própria emergência, ser revogadas pelo Legislativo. Só continuariam em vigor após finda a emergência se convertidas em lei pelo Congresso Nacional.

Admitiria esse estado de crise fossem tomadas as medidas extraordinárias que a Constituição previsse, no plano tributário, no plano do crédito público, no plano administrativo.

Direitos fundamentais poderiam sofrer restrições quanto a seu exercício ou garantias. Assim, poderia ser suspenso ou limitado o exercício do direito de greve, como poderiam ser impostas limitações ao direito de propriedade (ao direito de usar e dispor de bens especialmente móveis), estabelecidas requisições de bens, propiciadas desapropriações com indenização fixada na base de outros critérios que não o do "justo" valor.

Poderiam ser reduzidos alugueres, juros, rendas, mas também salários.

Admitir-se-iam restrições à liberdade de contratar, com tabelamento de preços (dentro de limites que não refletissem confisco). Proibir-se-iam demissões sem causa legalmente admitida etc.

(50) A meu ver, fora de circunstâncias manifestamente excepcionais, como as graves crises: guerra, insurreição, crise econômico-financeira, descabem "medidas provisórias", ou "decretos-leis", ou regras legislativas pelo Executivo, seja qual for o nome que tenham exceto as "leis delegadas", pois neste caso haverá a prévia autorização do Legislativo.

Neste rol exemplificativo estão, sem dúvida, medidas drásticas. São as que habitualmente são tomadas. Entretanto, haveria na Constituição os padrões e limites a serem observados. Com esta prefixação, estariam mais bem preservados os direitos individuais e haveria um mínimo de segurança jurídica.

Não seria fora de propósito que se previssessem duas modalidades de estado de crise econômica, uma atenuada, outra qualificada. Isto permitiria uma diferenciação quanto às medidas possíveis num e noutro casos.

23. Evidentemente, o estado de crise econômica não afastaria o controle político por parte do Congresso Nacional. A este caberiam poderes investigatórios acrescidos.

Também não se excluiria o controle dos aspectos jurídicos, e particularmente dos aspectos constitucionais, das medidas tomadas, por parte do Judiciário. Certamente não se toleraria a supressão do recurso a esse Poder, nem a suspensão de liminares ou cautelares, entretanto, seria útil que se admitisse uma avocação das questões litigiosas pelo Supremo Tribunal Federal, a pedido do executor das medidas emergenciais. Com isto, evitar-se-ia que decisões de instâncias inferiores pudessem perturbar a aplicação da emergência, sendo mais tarde corrigidas por sua ilegalidade quando fosse tarde demais. Por outro lado, impedir-se-ia que normas inconstitucionais, ou ilegais, ficassem por muito e muito tempo sem correção judicial.

24. Evidentemente, adotar-se-ia a regra de ouro: cessada a emergência, cessa a eficácia das medidas tomadas durante ela.

25. Cumpre, ao concluir, enfatizar, inspirado em *ROSSITER* ⁽⁵¹⁾, alguns pontos:

1. Nenhum poder, nenhuma autoridade, deverá ser autorizado a decretar o estado de crise econômica sem o crivo de outro, ou outra.

2. Não se autorizará a instauração desse estado emergencial sem a fixação de seu termo *ad quem*.

3. As medidas tomadas durante o estado de crise não deverão permanecer, restabelecida a normalidade. Quanto a medidas com força de lei, será indispensável a sua conversão pelo Congresso Nacional.

4. A emergência não importará irresponsabilidade em favor de seu executor, ou subordinados.

5. Jamais poderá ser alterada a Constituição durante o estado de crise.

Com essas limitações, afora as anteriormente apontadas, o estado de crise econômica poderá servir à estabilidade do regime, não à sua deturpação, ou subversão.

(51) Ob. cit., pp. 297 e segs.

A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O quadro.* 3. *O método.* 4. *O aspecto juspolítico.* 5. *O aspecto juspositivo processual.* 6. *O aspecto juspositivo substantivo.* 7. *Conclusões.*

1. *Introdução*

Diante da amplitude do tema, convém ressaltar as características que queremos imprimir a esta exposição.

A primeira característica é negativa: o que ela não pretende ser. Não é uma abordagem econômica, muito menos se indulgindo a emitir qualquer juízo de valor sobre méritos ou deméritos do Plano Brasil Novo nem, com maior razão, a adiantar um prognóstico sobre seu êxito ou fracasso.

Pessoalmente faço até votos, como brasileiro e patriota, para que o plano alcance pleno êxito, ainda porque, pelo pouco que me é dado conhecer de Economia, estamos lidando com uma ciência que não está regida por regras inexoráveis e, portanto, de causas previsíveis, mas, ao contrário, por leis culturais, que a aproximam muito mais das ciências do espírito do que das ciências da natureza, para usar a classificação de DILTHEY, não obstante o amplo uso das matemáticas, enquanto metodologia instrumental. Procura-se descrever exatamente, portanto, o que nunca é exato.

Exposição feita no seminário "O Direito Econômico e o Plano Brasil Novo", no Instituto dos Advogados Brasileiros, no dia 29 de maio de 1990.

A segunda característica, agora por exclusão, é o que pretendemos que seja esta exposição: um discurso jurídico e, até certo ponto, juspolítico, na medida indispensável para que se tenha uma percepção realista do fenômeno constitucional.

A terceira característica é a fidelidade ao tema: a reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos, evitando, a todo momento, desbordarmos para quaisquer outros aspectos do Plano Brasil Novo sob os diversos enfoques que comportaria.

Por tudo isso, é necessário, desde logo, deixar nítido o quadro e o método de trabalho.

2. O quadro

A Medida Provisória n.º 168, de 15 de março de 1990, e a Lei n.º 8.024, de 12 de abril de 1990, que instituíram o cruzeiro e dispuseram sobre a conversão da antiga na nova moeda nacional, têm instigado juristas, políticos, economistas, burocratas e até leigos a se pronunciarem sobre sua compatibilidade constitucional.

Inegavelmente, a surpresa, a originalidade e a drasticidade das medidas editadas pelo Governo Federal, que tomou posse em 15 de março deste ano, teriam que provocar vivas reações, muito principalmente por parte dos que tinham seu patrimônio constituído basicamente por moeda e crédito em moeda.

E não eram poucos os que se encontravam nessa situação, pois um dos aspectos mais perversos de qualquer processo altamente inflacionário, combinado com os enganosos remédios da correção monetária e das altas taxas de juros, é a corrida para liquidar o patrimônio. Passa a ser muito mais vantajoso amealhar dinheiro e crédito em dinheiro em instituições financeiras que aplicá-los nos ativos habitualmente mais rentáveis em tempos de normalidade econômica, como imóveis, ações, bens de capital e investimentos de risco em geral.

Com isso, é claro, a economia do País passou a gravitar em torno de papéis, aviltando o trabalho e a iniciativa econômica produtivos. Proprietários de bens de raiz, industriais, comerciantes liquidavam imóveis, máquinas, estoques, enfim, tudo o que podiam, para aplicar maciçamente no *over*, no *open*, nas cadernetas, nos CDB etc., engrossando a ciranda financeira que, dia a dia, suportava a euforia nervosa dos falsos ganhos.

Nervosa, porque não seria necessário ser versado em Economia ou História para adivinhar, um pouco além dos números mirabolantes com que se anestesiavam os investidores, o colapso que fatalmente adviria.

À hiperinflação seguir-se-ia a destruição da economia, o caos e a convulsão social — esses novos Cavaleiros do Apocalipse que a ninguém servem senão aos indefectíveis radicais de esquerda e de direita, que ainda

teiam em vociferar neste fim de século, que marca o que DANIEL BELL denominou de fim da era das ideologias.

Diante de um desafio tão tremendo, a resposta, que não podia ser tibia ou tímida, foi realmente drástica; mas, se assim não fosse, teria sido mais um dos “choques” e “planos” desacreditados, com os quais o ex-Presidente se habituara a testar a competência (ou incompetência) dos seus sucessivos Ministros da Fazenda.

Uma catadupa de medidas provisórias, o nosso velho conhecido decreto-lei, com roupagens parlamentaristas italianas, surpreendeu e empolgou, durante alguns dias, os corações e mentes do País. Entre elas, essa, de n.º 168, que instituía o cruzeiro e dispunha sobre a liquidez dos atos ativos financeiros, entre outras providências: a mais impactante, a mais importante, a suscitar debates de todo tipo, inclusive jurídicos — o coração do Plano Brasil Novo.

A reforma monetária já era velha conhecida, quase uma rotina, sempre que a moeda passava a ostentar um renque de zeros, confundindo as leituras e engorgitando computadores e máquinas calculadoras. Aié aí, tudo bem. A celeuma surgia com a *retenção dos ativos líquidos* em poder das instituições financeiras, que acompanhava e caracterizava essa última reforma monetária.

Não que essa retenção lhe fosse essencial, enquanto processo de substituição de uma moeda corrente nacional antiga por uma nova, mas porque, como se considerou, a reforma monetária seria o suporte ideal de uma redução de liquidez em magnitude jamais experimentada antes em qualquer país, nem mesmo na Alemanha do pós-guerra, onde os teóricos do Plano foram haurir inspiração.

Assim, a reforma monetária seria o veículo perfeito para uma reforma econômica, retirando a moeda do centro da vida econômica para reentronejar os tradicionais *fatores de produção*. Com isso, a moeda deveria voltar a ser o resultado da produção de riquezas, pelo trabalho, pela livre iniciativa, pela competição, pela eficiência, pelo lucro e pela reinversão, e não apenas uma reprodutora privilegiada de novas moedas para quem já as possuía além de suas necessidades habituais.

A riqueza que a moeda produz são juros. Mas essa riqueza “não enriquece um País, pois não satisfaz as necessidades humanas”. A principal reforma, já se vê, não é a monetária nem mesmo a econômica, mas a atitudinal. Se um País fosse rico pela quantidade de moeda que emite, por certo todos os nossos problemas nacionais teriam sido solucionados há muito tempo.

O curioso em tudo isso é que ninguém se lembrava de que as distorções e os erros, com os quais convivíamos nos tempos das cirandas financeiras, e as decisões governamentais que as geravam, eram terríveis vio-

lações constitucionais. Começemos pelos princípios fundamentais: a abdicação da soberania monetária viola o art. 1.º, I, da Constituição de 1988; o comprometimento, produzido pelo aviltamento inflacionário sobre os salários, vencimentos e ganhos justos, limitava o exercício da cidadania, violando o art. 1.º, II, da Constituição, e comprometia a dignidade da pessoa humana, protegida pelo art. 1.º, III, da Constituição; a ciranda financeira subvertia os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, violando aqui o art. 1.º, IV, da Constituição, e, finalmente, a justa indignação popular propiciava o campo fértil para a exploração do radicalismo político, em antítese ao princípio do art. 1.º, IV, da Constituição.

Nada mais inconstitucional, portanto, que a inflação.

Não obstante, a ciranda financeira não era atacada por muitos dos que agora apontam inconstitucionalidades na retenção dos ativos líquidos. Isso é, no mínimo, curioso e, para o observador atento, índice de confiabilidade negativo.

Este é o quadro sobre o qual devemos examinar sem preconceitos, sem remorsos e sem paixões, a natureza jurídica desses dois elementos cruciais do Plano Brasil Novo: a reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos.

3. O método

O caminho para estudar a reforma monetária e seu instrumental desdobra-se, para nossa análise, em três patamares investigatórios, em face da Constituição: o *juspolítico*, o *juspolítico processual* e o *juspositivo substantivo*.

Com a abordagem *juspolítica* pretendemos examinar os aspectos da legitimidade da reforma monetária, tanto à vista desse quadro debuxado quanto à luz dos princípios e técnicas constitucionais aplicáveis, em especial, quanto ao delicado problema da eficiência política em face do Direito.

Com a abordagem *juspositiva processual*, examinaremos os aspectos de legalidade da reforma monetária em face do princípio genérico do devido processo da lei e das normas constitucionais específicas que definem os processos utilizados.

Com a abordagem *juspositiva substantiva*, por fim, chegaremos ao cerne da questão da constitucionalidade da reforma monetária e de seus instrumentos, examinando-lhes o conteúdo e o seu exercício *in concreto*.

Em suma: na abordagem *juspolítica* estaremos indagando o *por que*; na *juspositiva formal*, o *como*; e, na *juspositiva substantiva*, o *quê*.

Esses três aspectos serão fundidos, a final, no momento de tecer algumas considerações à guisa de conclusão sobre a correta interpretação constitucional do Direito Econômico.

4. O aspecto juspolítico

Difícil seria, senão quase impossível, abordar, como aqui pretendemos, uma reforma monetária tão complexa e profunda, como a que foi introduzida pela legislação de 15 de março de 1990, no plano da legitimidade, sem recairmos no subjetivismo e no campo das preferências valorativas individuais.

Esse reconhecimento, ainda assim, não é de todo retórico. Consciente de que não posso agradar a todos, disponho-me, pelo menos, a merecer esse respeito, que nos devemos reciprocamente, os homens de ciência, pela *coerência*. Com efeito, disponho-me a deixar bem claros os valores que me orientam para atravessar esta *selva selvaggia*, ainda porque, sem tê-los presentes e bem nítidos, é impossível fazer-se Direito Político.

Começa pela própria expressão *legitimidade*, que para nós, depois de um caminho secular de equívocidades, em que já esteve conotada ao bem comum, ao sobrenatural, à vontade do príncipe ou a alguma ideologia redentora, nada mais é que aquilo que MAX WEBER denominou, com o poder de síntese dos gênios, de “consenso sobre a validade”.

Adotado, como o adotamos, este conceito de legitimidade, parece um fato indiscutível que a reforma monetária granjeou um vívido consenso sobre sua validade, principalmente de parte dos segmentos mais humildes da população, que, não se beneficiando dos ganhos ilusórios da ciranda de papéis, só conheciam a face real e desumana da inflação.

Mas é aqui que surge a primeira questão juspolítica a ser considerada: Não obstante, é suficiente a legitimidade? E, para sermos mais exatos, que legitimidade é bastante: a *originária*, que é a unção democrática do Governo; a *corrente*, que diz respeito à eficácia das medidas; ou a *finalística*, mais exigente, que é sua eficiência, em termos de atendimento concreto do interesse público visado?

Temos, para nós, que a legitimidade como atendimento aos interesses públicos é condição suficiente para um Estado Democrático, mas não o é para um Estado Democrático de Direito. É que, no Estado de Direito, o atendimento às normas é insubstituível e se posta no mesmo pé de igualdade que o atendimento aos interesses públicos. O Estado Democrático de Direito, como está no art. 1.º da Constituição, não prescinde, portanto, nem de legitimidade nem da legalidade.

Em outros termos, no ato político, o respeito à lei é tão importante quanto a satisfação do consenso sobre sua validade.

Isso significa que mesmo o ato legítimo, se não for legal, é inconstitucional. Um aspecto, sempre examinado em conexão ao outro, pois uma Constituição não é nem um ideário político nem um código normativo: é um *diploma juspolítico* — são ambos, ou, na expressão sintética de GEORGES BURDEAU, que tanto me fascina pela precisão, é um “estatuto do poder”. Poder que é parte político, parte jurídico em sua expressão, e parte fato, parte norma em sua essência.

Mas, levando às últimas conseqüências esse problema, como fica, enfim, a eficiência finalística do ato político? Qual o tratamento que se deve dar à dimensão teleológica da legitimidade? Se, por hipótese, a reforma monetária realmente atender ao que se propôs, erradicando a inflação e devolvendo ao País a sua moeda segura e estável, propiciando nova crença nos valores do trabalho e da livre iniciativa, *quid iuris*? Seria, então, superfluidade ou mero preconceito profissional falar-se em legalidade?

Enfaticamente, parece-me que não. A eficiência não bastaria. O êxito não basta. Entendo que se não existir o respaldo na normatividade instituída na Constituição, eficiência e êxito, mesmo os mais retumbantes e acabados, não justificam a violação do princípio da legalidade.

Explico-me: o respeito à norma legal deve ser sempre considerado como um interesse público inviolável a ser atendido. Esse atendimento é, da mesma forma, uma dimensão de eficiência: a *eficiência jurídica*, que se espera do sistema do Estado de Direito.

O Estado que é ineficiente para sustentar sua ordem jurídica, não é capaz de garantir coisa alguma, nem mesmo um êxito de fato, acaso alcançado ao arrepio de suas normas.

A essa posição, como sabemos, se opõe a tese do *estado de necessidade*, convindo aqui lembrá-la para marcar a antítese.

Segundo seus defensores, o iminente e gravíssimo perigo público, que é capaz de pôr em risco os valores fundamentais da sociedade e ela própria *justificaria* a exceção à legalidade. É um conceito que eleva, indiscriminadamente, MARIO e SYLLA à ditadura; HITLER, à chancelaria do Reich; e PINOCHET, FIDEL ou CEAUCESCU à tirania autocrática. Todos se consideram providencialmente chamados para salvar a Pátria em estado de necessidade público.

A falácia dessa tese está em que o estado de necessidade é, ele próprio, um *instituto jurídico*. Ele se caracteriza e pode ser invocado, apenas, *sob considerações jurídicas* e seus efeitos são, também, *aqueles e somente aqueles que o direito lhe atribuir*.

O estado de necessidade não é a anomia, muito pelo contrário, é a utilização do direito para compensar o rigor do próprio direito.

Em suma: o Estado de Direito *contém* o estado de necessidade e não o contrário.

Nessas condições e para concluir este item, a legitimidade é uma qualidade que deve estar presente nas decisões políticas, como essas que produziram a reforma monetária e bloqueio de ativos líquidos, mas sempre ao lado da legalidade, integrando-a e vivificando-a, pois esta qualidade, aparentemente formal, é, em última análise, a garantia única da própria legitimidade.

5. *Aspecto juspositivo processual*

Concentrados, agora, sobre a legalidade, vejamos então como podemos considerá-la. De um lado, o atendimento às normas do *como fazer* — a *legalidade formal* — ou seja, a nível constitucional, o aspecto juspositivo processual e, de outro, que deixaremos para examinar a seguir, o atendimento às normas do *que fazer* — a *legalidade material* — ou seja, a nível constitucional, o aspecto juspositivo substantivo.

Em síntese, a legalidade formal vem a ser a observância das normas que disciplinam a emissão da vontade do Estado; quando edita suas leis, quando as aplica no atendimento ao interesse público concreto ou quando as aplica no atendimento desse outro interesse público concreto especialíssimo, que é a solução dos conflitos de interesses. A norma que disciplina o processo segundo o qual o agente público deve atuar se dirige, portanto, aos operadores estatais do direito.

Cumpra aos operadores do direito, agora de modo geral, terem presentes essas normas porque é através de sua observância que se garantirá a dos princípios substantivos que nelas se contém.

É por isso que o respeito ao devido processo da lei tornou-se pedra fundamental do Estado de Direito, como a expressão genérica da imperiosa submissão do agir à lei.

Posta-se a meio caminho entre o próprio Estado de Direito e o Estado Democrático para realizá-los integrada e integralmente, pois é com a observância das regras formais de como proceder que se pode garantir que os métodos democráticos de consulta popular estão sendo praticados.

E logo, reafirme-se, é da observância das regras formais que nasce a confiança de que o conteúdo substantivo das regras jurídicas também será respeitado.

E, finalmente, a forma é indispensável para que a legalidade da substância seja apreciada em sede de controle administrativo, parlamentar ou judiciário.

Há que se partir, portanto, do princípio do art. 5.º, LIV, da Constituição — “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” — para se definir se a *medida provisória* teria sido o *processo legal* juridicamente adequado para proceder-se à reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos, tal como instituídas.

Ora, dois são os requisitos constitucionais do emprego da medida provisória, segundo o art. 62 da Carta Magna: a *relevância* e a *urgência*.

São ambos *conceitos jurídicos indeterminados*, que devem ser preenchidos pelo agente, seja o legislador, seja, às vezes, o administrador, em seus respectivos atos, legislativo e administrativo. São inconfundíveis, como se sabe, com a discricionariedade, pois enquanto esta atende várias opções

juridicamente válidas, os conceitos jurídicos indeterminados não acertam mais que uma definição válida em cada caso.

Não obstante, tanto quanto o exercício da discricionariedade, a decisão definitiva de um conceito jurídico indeterminado *in casu*, é passível de controle.

No caso da medida provisória, os requisitos concretos de relevância e urgência podem ser apreciados em sede de controle parlamentar, como *prius* para sua conversão em lei, e em sede de controle judiciário, em termos de constitucionalidade.

Mas ambos os controles perdem sua razão de ser quando a medida é convertida em lei. Mesmo que não houvesse relevância e urgência, se o Poder Legislativo, acolhendo e convertendo a medida provisória, a torna lei, automaticamente sana o vício. A conversão legislativa, entendo, retrotraí em sua eficácia à entrada em vigor da medida convertida. Isso porque, se o art. 62, parágrafo único, da Constituição, autoriza a lei conversora a disciplinar as relações pretéritas decorrentes da medida provisória, com maior razão, ela serve para revestir essas relações pretéritas, estabelecidas na vigência da medida provisória, um ato cautelar do Poder Executivo, da *eficácia definitiva*, que só o ato legislativo pode atribuir, na atual sistemática do processo legislativo constitucional.

Quanto ao Poder Judiciário, poderá apreciar, na vigência da medida provisória, os requisitos de relevância e urgência — que são condições do emprego desse *poder legislativo cautelar* do Presidente da República. Convertidas ou não, desaparece a atuação cautelar; se convertida, a nova lei não pode mais ser apreciada quanto ao pressuposto cautelar, que para ela já não mais é exigido; se não convertida, tampouco pode ser apreciada quanto a esse pressuposto pois, perdendo eficácia, compete ao Legislativo e não ao Judiciário disciplinar as relações pretéritas que dela decorreram.

Poder-se-ia argumentar que no caso das medidas provisórias estaríamos diante de um procedimento legislativo que, como os demais, não admite sanção do vício de origem. Como, por exemplo, no caso de um Chefe do Poder Executivo sancionar uma lei em que o Legislativo usurpou sua competência exclusiva de iniciativa.

A distinção está toda na *eficácia peculiar* da medida provisória: ela é, por certo, uma fase do procedimento legislativo que culmina com a lei de conversão, mas, *distintamente do que ocorre nos demais procedimentos legislativos, ela tem eficácia plena enquanto norma jurídica embora sujeita a termo resolutivo*.

No seu período de vigência *ela é lei (lato sensu)* e, por isso, pode ser apreciada *autonomamente*. O juízo de relevância e urgência pode ser então apreciado tanto pelo Legislativo, no processo de conversão, quanto pelo Judiciário, uma vez que ela já está produzindo efeitos.

Terminada a vigência ou *cessará sua eficácia* desde a sua edição (art. 62, parágrafo único) ou será o Congresso que atribuirá eficácia plena, e aí, *sem nenhum condicionamento a relevância ou urgência*. Em conseqüência, precluiu o questionamento desses requisitos que *somente podem ser exigidos para a medida provisória e enquanto ela viger, e não para a lei*.

Seria acadêmico, portanto, a essa altura, reabrir-se a discussão formal centrada sob os pressupostos de relevância e de urgência da Medida Provisória n.º 168/90, uma vez que a Lei n.º 8.024/90 a aprovou.

Ainda assim, parece-me indiscutível que à *época* estavam presentes esses requisitos, pois se tratava de uma reforma monetária acompanhada de medidas que se tornariam totalmente *inócuas* se outro fosse o processo legislativo empregado.

Não nos parece, todavia, que, sob as mesmas considerações, se justifique o emprego da medida provisória para introduzir legislação que, ao revés, não demanda urgência alguma, embora possa ser relevante, mas, ao contrário, exige uma reflexão até mais cuidadosa. Tal é o caso, para exemplificar, das Medidas Provisórias relativas ao patrimônio da União (n.ºs 153 e 156), à definição de típicos gerais (n.ºs 153 e 156), ao sistema tributário (n.ºs 158, 161, 162 e 167) e ao regime do servidor público (n.ºs 159 e 163).

Uma vez convertidas, entendo sanados os possíveis vícios de origem, pois o Congresso não está adstrito às cláusulas de relevância e urgência para legislar.

Outro problema distinto — e não menos importante — sob o aspecto juspositivo processual, está nos *limites materiais* da medida provisória, tal como vem sendo entendido pela recente doutrina que aborda esse instituto. Alinhamo-nos entre os que entendem que o âmbito de uso da medida provisória, sendo um tipo de delegação constitucional do poder de legislar, tal como a lei delegada o é, precisamente porque se caracteriza pelo uso do poder cautelar presidencial, deve ser considerado sob interpretação restritiva, ainda porque essa delegação não resulta da expressa manifestação do Congresso, mas é apenas implícita e, por isso, provisória.

Assim, a medida provisória não nos parece caber em *todas* as hipóteses em que também não caibam as leis delegadas: os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar (art. 68, § 1.º), a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros (art. 68, I), a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais (art. 68, II) e planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (art. 68, III).

Mas mesmo sob essa interpretação restritiva, de que compartilho, a Medida Provisória n.º 168/90 não apresenta qualquer eiva de inconstitucionalidade, pois *legislar sobre moeda e crédito* não se compreende em

nenhuma das hipóteses mencionadas, em que haveria impedimento para uso da medida provisória com força de lei.

Não obstante, a lição há de ser recolhida por juristas e políticos. Deve ficar, para posterior consideração, a nível da revisão constitucional de 1993, a reavaliação da própria instituição da medida provisória. Quiçá este instituto, que nasceu sob o signo do exagero e do abuso, se tenha revelado ainda pior do que aquele que se pretendia banir — o decreto-lei. Talvez fosse possível retornar-se a um decreto-lei de sabor liberal: comedido, limitado a certos temas de índole tipicamente administrativa, mas permitindo um amplo tempo de estudo para que o Congresso Nacional não se veja na incômoda contingência de examinar às carreiras medidas que, embora provisórias, geram situações de fato e de direito de difícil reparação se não forem convertidas.

Mas essas considerações, *de lege ferenda*, devem parar aqui para que possamos voltar ao tema e, agora, de cheio, sobre o conteúdo jurídico da reforma monetária.

6. O aspecto juspositivo substantivo

Chegamos então ao exame da constitucionalidade da reforma monetária e de seus instrumentos, quanto a seu conteúdo.

Iniciemos por destacar esse conteúdo:

1.º — Instituiu-se o cruzeiro como moeda nacional (art. 1.º). (*)

2.º — Instituiu-se um procedimento de conversão da antiga na nova moeda (art. 5.º).

3.º — Distinguiu-se, para efeito de conversão, a moeda, propriamente dita, do crédito em moeda (arts. 6.º e 7.º).

4.º — Estabeleceu-se que os ativos não convertidos seriam transferidos ao Banco Central, em contas individualizadas, em nome da instituição financeira depositante (art. 9.º).

5.º — Distinguiram-se, para efeito de conversão, os recursos monetários públicos e privados (arts. 11 e 13).

Em suma, o conteúdo jurídico dominante da Medida Provisória n.º 168/90 e Lei n.º 8.024/90, é uma *reforma do sistema monetário nacional* a que se conjugou uma *alteração da política de crédito*.

Ambos os conteúdos, o monetário e o creditício, estão previstos no elenco da competência legislativa da União, como se pode ler no art. 22, incisos VI e VII, da Constituição da República.

(*) As remissões se referem, indiferentemente, ao articulado da Medida Provisória n.º 168/90 ou da Lei n.º 8.024/90.

No exercício dessa competência, a União instituiu, pelas normas em exame, o *cruzeiro*, como nova moeda nacional, e disciplinou um processo de *conversão*, distinguindo o *ativo em moeda* e o *ativo em crédito em moeda*.

Quanto à instituição do cruzeiro, em substituição à moeda nacional anteriormente em circulação, o cruzado novo, não consta ter surgido qualquer dúvida quanto à sua constitucionalidade. A criação da moeda, com efeito, é competência exclusiva do Estado brasileiro, como de resto, de qualquer Estado contemporâneo, como expressão de sua própria soberania. No sentido mais amplo e próprio, trata-se da instituição de sua *ordem monetária*, uma parte da ordem jurídica, como demonstrou irretorquivelmente LETÁCIO JANSEN (*A Norma Monetária*, Forense, Rio, 1988, p. 13), com suas conseqüências: “a aplicação da moeda (vale dizer, a atribuição do valor ao ato jurídico) é, ao mesmo tempo, a produção da moeda (mas não a emissão, como se verá depois), do mesmo modo que a aplicação do Direito é, simultaneamente, a produção do Direito” (*op. cit.*, p. 15), tudo segundo a metodologia Kelseniana (HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, Ed. Armenio Amado Ed., Coimbra, 4.^a ed., 1976, p. 325, *apud, op. cit.*).

Ora, a moeda, na clássica lição de TÚLIO ASCARELLI, cumprindo sua dupla função básica, de *instrumento* de troca e de *mensurador* de valor, tem o seu valor determinado livremente pelo Estado (“*ciascuno Stato è libero di determinare la propria valuta*”, verbete *moneta*, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, V. III, p. III, p. 1.213).

No exercício desse poder de dispor soberanamente sobre sua moeda, o Estado tanto pode atribuir-lhe *curso legal*, isso é, poder ser aceita como meio liberatório de pagamento, como *curso forçado*, determinando-lhe a inconvertibilidade. Neste caso, fica o Estado dispensado de substituí-la por qualquer outro bem.

Essa distinção é crucial, pois o sistema de curso legal (*cours légal, legal tender* ou *Zahlungsmittel*), admitindo a convertibilidade, vincula a moeda a um outro bem qualquer, como ouro, prata etc., ao passo que o sistema de curso forçado (*cours forcé, Zwangkurs*), partindo da inconvertibilidade, torna a aceitação obrigatória a *única possível* sob uma determinada ordem jurídica.

Resulta bem clara, portanto, a expressão de soberania do Estado ao instituir sua ordem monetária de curso forçado. Em decorrência a natureza jurídica *sui generis* da moeda, como *um bem que não tem outro valor senão aquele que o Estado soberanamente lhe atribui*.

Fica subentendido, é claro, que hoje o veículo material, seja metal ou papel, tem um *valor intrínseco* desprezível, importando apenas o seu valor nominal, daí o nominalismo monetário.

A atribuição do valor à moeda ocorre, teoricamente, sempre que o Estado o deseje, e não apenas na sua instituição. Até mesmo a cada dia,

se for o caso, surge através de atos jurídicos, sendo que o mais comum é o que fixa a relação cambial entre a moeda nacional e a dos demais países (competência da União, *ex-vi* do art. 22, VII, da Constituição).

Ora, quando da substituição de um sistema monetário por outro, é imprescindível que o Estado faça a determinação de valor da nova moeda em relação à antiga; isso é, *estabeleça os critérios de conversão de uma na outra*.

No exercício dessa competência, o Estado pode se valer de vários critérios, como o de *padrão*, o de *liquidez* e o de *tempo*.

Pelo *critério de padrão*, o Estado estabelecerá a *razão* de conversão de uma moeda em outra: *paritária*, se a cada unidade da antiga moeda corresponder uma da nova; *não-paritária*, se a proporção for qualquer outra, com a conseqüente valorização ou desvalorização da nova moeda em relação à antiga.

Pelo *critério de liquidez*, o Estado estabelecerá o *âmbito* de incidência da conversão, podendo distinguir a moeda, propriamente dita, do crédito em moeda. No primeiro caso, converte-se a moeda em poder do público; no segundo, converte-se a moeda em poder dos estabelecimentos financeiros.

Pelo *critério de tempo*, o Estado estabelecerá o *momento* da conversão de uma moeda em outra. Será *automático*, se a conversão da antiga na nova moeda se der no próprio ato de criação do novo padrão monetário, e *diferido*, se a conversão, total ou parcialmente, se protrair no tempo.

A opção por qualquer dessas alternativas ou por suas combinações, repita-se, é *expressão da soberania estatal* — é a *soberania monetária*, implícita no *dominium eminens* do Estado sobre todos os bens sujeitos à sua ordem jurídica.

Fixar, portanto, padrão, liquidez e tempo, é um poder implícito da União de dispor sobre sua ordem monetária, ao substituir um sistema antigo por um novo, contido no art. 22, VI, da Constituição da República.

Ora, em 15 de março de 1990, com o objetivo de reduzir a liquidez dos ativos, os critérios de conversão adotados foram:

- 1.º — quanto ao padrão — o de *paridade*;
- 2.º — quanto à liquidez — o de *distinção entre moeda e crédito em moeda*;
- 3.º — quanto ao tempo — *automático*, para a moeda e parte dos créditos em moeda, e o *diferido* para parte dos créditos em moeda em poder dos estabelecimentos financeiros.

Como se verifica, a reforma da ordem monetária obedeceu rigorosamente à competência constitucional da União para adotar soberanamente

o sistema monetário que for de interesse nacional, decidindo-o por lei, através de seus Poderes Executivo e Legislativo.

Não obstante, algumas objeções têm sido levantadas quanto à constitucionalidade substantiva dessa legislação.

São, em resumo, três tipos de alegações:

1.º — De que teria ocorrido um *confisco*, violador da garantia da propriedade (art. 5.º, XXII).

2.º — De que teria sido imposto um *empréstimo compulsório*, em flagrante violação do devido processo de sua instituição (art. 148).

3.º — De que teria havido uma *intervenção atípica na ordem econômica*, sem a necessária previsão constitucional, violando o princípio da excepcionalidade dessa atividade estatal (arts. 1.º, IV; 170; 173 e 174).

Examinemos cada hipótese.

O *confisco*, no caso, decorreria de uma perda patrimonial produzida no curso do processo de conversão diferida.

Desde logo, que *perda* seria essa, se está previsto que, ao cabo do prazo de dezoito meses, a conversão haverá de ser *total*, acrescidas, as importâncias liberadas, dos juros e correção monetária incidentes no período?

Prejuízo de fato, redução do patrimônio dos depositantes e investidores, poderá haver ou não, mas só ao cabo desse prazo poderá ser aferido.

Mas mesmo que viesse a registrar-se alguma perda, ainda assim estaríamos diante de hipótese de mero prejuízo de fato, pois *ter-se-ia dado* à moeda uma função social com os imprescindíveis requisitos de generalidade.

Por outro lado, não se pode alegar que a perda de propriedade decorreria da desvalorização da nova moeda, pois *garantiu-se a paridade*, tanto para a parte automaticamente convertida como para a de conversão diferida.

Mas mesmo que não houvesse paridade, ainda assim, ninguém tem *direito subjetivo* à manutenção do valor da moeda nacional que detenha, ainda porque o direito de propriedade da moeda não é absoluto, submetendo-se à cláusula da função social.

A moeda, além disso, como foi dito, é um bem *sui generis*; não pertence ao particular da mesma maneira que os outros bens de seu patrimônio privado. Ninguém é “proprietário” de moeda corrente da mesma forma que ninguém é “proprietário” de uma lei. Em ambos os casos, lei

e moeda contém uma vontade geral e abstrata do Estado, permanentemente sujeita a redefinição. Em ambos os casos, porém, pode haver um benefício geral, patrimonialmente aferível, tanto quanto pode haver uma perda geral.

Como não pode ser apropriada, no sentido comum, mas apenas detida, seus detentores não têm qualquer direito à manutenção de seu valor relativo e correspondente poder liberatório. Esse valor flutuará, portanto, segundo as conveniências do Estado, ao definir a função social que quer dar à moeda, enquanto bem.

Está claro que decisões de ordem monetária sempre repercutem sobre a ordem patrimonial e econômica, mas se isso ocorre, valorizando ou desvalorizando o patrimônio privado, estamos diante de mera matéria de fato, tanto quanto uma limitação administrativa qualquer, que defina *in casu* a função social de certa espécie de propriedade poderia fazê-lo.

Aliás, essa afirmação de ocorrência de perda patrimonial, mesmo que fosse juridicamente válida, no momento seria meramente hipotética, de vez que somente dentro do prazo de dezoito meses há de se poder apreciar cabalmente os efeitos econômicos globais do Plano Brasil Novo, com a possibilidade, inclusive, de registrar-se um ganho patrimonial para todos os que estavam, há pouco, arriscados de até tudo perder na voragem hiperinflacionária.

A hipótese de *empréstimo compulsório* decorreria da perda temporária da disponibilidade dos ativos líquidos em poder dos estabelecimentos financeiros. Isso configuraria o típico do artigo 148, da Constituição.

Ora, o empréstimo compulsório apresenta características constitucionais bem definidas:

- transferência de disponibilidade de recursos do público para o Estado;
- compulsoriedade dessa transferência (*ius impositivum*);
- temporariedade da transferência;
- motivos específicos para instituí-la (incisos I e II);
- ingresso dos recursos transferidos no orçamento da União;
- dispêndio, previamente definido e vinculado, desses recursos (parágrafo único).

Ora, no caso da Medida Provisória n.º 168/90 e Lei n.º 8.204/90,

- *não há transferência da disponibilidade*. O público *perde temporariamente* a disponibilidade de seus ativos, mas o Estado, por sua vez, tampouco deles pode dispor, como ocorreria se fora um empréstimo compulsório;

- a transferência não se vincula a qualquer dos motivos do art. 148;
- os recursos não ingressam no orçamento da União;
- os recursos retidos não são dispendidos.

Como se vê, tudo o que há em comum em ambos, é apenas, a *compulsoriedade* e a *temporiedade*...

Examinados, cuidadosamente, os elementos da Medida Provisória n.º 168/90 e de sua lei de conversão, observe-se que estamos muito mais próximos de um *depósito* compulsório que de um *empréstimo* compulsório. Aliás, o *depósito compulsório* é instituído já amplamente utilizado nas relações entre as instituições de crédito e o Banco Central, como forma de reduzir a liquidez no mercado.

Finalmente, a *intervenção atípica na ordem econômica* partiria do argumento da excepcionalidade dessa intervenção, somente admitida nos estritos casos previstos constitucionalmente.

Para configurar-se essa intervenção, os ativos deveriam ser considerados enquanto *fatores de produção* empenhados no processo econômico.

Não nos parece, absolutamente, que isso ocorra. A moeda, enquanto ativo líquido, não tem destinação econômica definida. Ela é o mais fungível dos bens e, assim, pode ser aplicada a qualquer destinação econômica ou não-econômica; vale dizer: enquanto moeda, ela não tem destinação econômica definida.

Enquanto moeda ou crédito em moeda, os ativos líquidos não terão, portanto, a proteção da ordem econômica. A moeda é um elemento de troca universal que *possibilita* a atividade econômica, agindo como *instrumento* de troca e não é o *objeto* da troca.

Assim sendo, o manejo jurídico da moeda pelo Estado não está sujeito às regras do Capítulo I, do Título VII, da Constituição, que trata da *atividade econômica*, mas às regras específicas do Capítulo IV, do mesmo Título VII, que trata do Sistema Financeiro Nacional.

O equívoco está em confundir o econômico com o monetário — na economia, o Estado atua excepcionalmente; sobre a moeda, o Estado atua exclusivamente.

A economia é um produto da sociedade, que o Estado deve monitorar para evitar os abusos e fomentar, para que se desenvolva. A moeda é um produto do Estado, que cabe a ele definir e fixar soberanamente, para uso da sociedade.

Como se depreende, de todo o exposto, a suspensão da disponibilidade dos ativos representados por *créditos em moeda*, caracteriza plenamente uma *requisição civil*, constitucionalmente justificada pelo *iminente perigo*

do caos econômico e social que adviria da hiperinflação que já se anunciava (art. 2.º, III, da Constituição).

Nem se alegue que a requisição civil não pode alcançar os créditos em moeda, sob o pretexto de que a atual Constituição reduziu a dois, os fundamentos do empréstimo compulsório (art. 148, I e II), eliminando a hipótese de “absorção temporária de poder aquisitivo”, que existia no art. 15, III, do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/66).

Esse raciocínio tem vários vícios lógicos: primeiro, porque confunde *requisição*, instrumento administrativo, com *empréstimo compulsório*, instrumento tributário. São figuras distintas e com diversas finalidades, embora possam coincidir em certos aspectos, não devem ser confundidas.

O segundo, e mais grave, vício lógico, está em interpretar a nova ordem constitucional à luz da antiga. O desaparecimento de uma *hipótese legal* de empréstimo compulsório, pois ela sequer estava na antiga Carta, não tem nenhuma repercussão sobre o entendimento que se deve ter de uma instituição da nova ordem constitucional.

Além de serem institutos diversos e de hierarquia normativa diferentes, não há como sustentar que o desaparecimento de um possa levar a uma interpretação ab-rogativa do outro.

Segundo esse curioso e perigoso entendimento, o art. 22, III, da Constituição em vigor, autorizaria a requisição de qualquer bem — salvo de crédito em moeda! E isso, porque desapareceu um inciso de um artigo de uma lei complementar relativa a *outro* instituto, que guardava alguma semelhança quanto a seu objetivo... O que há de estranho? Afinal, o mesmo objetivo público pode ser perseguido por normas jurídicas de diferentes ramos.

Não nos derivemos dos rumos da hermenêutica tradicional: as normas constitucionais só são excepcionadas por outra norma de igual hierarquia. Não pode haver interpretação ab-rogativa da norma constitucional, como essa que se quer encaixar a martelo para afastar a hipótese de requisição.

Outra observação que a esta altura se impõe é a que diz respeito à *execução* administrativa da reforma monetária. Enquanto a lei deve ser *geral*, aplicando-se a todos e a todas as situações por igual, e graças a isso é constitucionalmente válida, em obediência ao princípio isonômico (art. 5.º, *caput*), tem-se observado que a execução administrativa tem refúgio à generalidade e feito distinções que a lei não fez. Qualquer lei pode ser mal aplicada e a administração pública tem uma antiga e lamentável tradição de “legislar” por regulamentos e portarias. Esta exposição não vai, portanto, ao ponto de considerar constitucionais os manejos casuísticos da conversão diferida dos créditos em moeda — as chamadas “torneirinhas”, na linguagem comum.

Absolutamente não: a nosso sentir, o art. 18, da Lei n.º 8.024/90, que originariamente delegou ao Executivo alterar os prazos e limites de conversão, não pode ser entendido como uma autorização para discriminar mas, isto sim, para introduzir alterações também *gerais*, sem distinguir condições ou situações que a lei não distinguiu, pois *ubi lex non distinguet, nemo distinguere potest*.

7. Conclusões

Duas ordens de conclusões podem ser retiradas. Uma, quanto à natureza jurídica dos institutos versados, entendidos na sistemática da ordem constitucional. Outra, quanto às qualidades da interpretação constitucional adequada aos fenômenos monetários.

É absolutamente imprescindível que se procure a precisão quanto à natureza jurídica dos institutos que se pretende examinar, pois só assim pode-se enquadrá-los na sistemática constitucional.

Como se pode observar, as supostas inconstitucionalidades, em todas as hipóteses argumentativas apresentadas e debatidas, decorreram sempre de uma percepção marcadamente setorial e limitada, quando não tecnicamente preconceituosa, dos institutos examinados.

Na hipótese do confisco, prevalece, com evidência, a *visão privatística*, quase romanista, preocupada com a salvaguarda à *outrance* do direito de propriedade, mesmo sabendo que esse direito perde toda a expressão no caos e na convulsão social que acompanha a hiperinflação. E, por considerar a moeda ainda na velha concepção metalista e do curso legal, deixam de entendê-la em sua função social econômica... Embora o artigo 5.º, XXIII, da Constituição, ressalve que a propriedade atenderá a sua função social, a leitura privatística pára no inciso anterior.

Na segunda hipótese, do empréstimo compulsório, prevalece a *visão tributarista*. Aqui, tudo se reduz à aplicação do poder impositivo do Estado: se foi bem ou mal aplicado. Como se o Estado só pudesse alcançar a propriedade privada através das variedades tributárias... A retórica é sempre a mesma: encontrar "semelhanças" entre institutos de direito administrativo com institutos de direito tributário, para, através delas aplicar, obliquamente, os princípios gerais do Capítulo I do Título VI.

Na terceira hipótese, a visão jus-econômica, deslocando tudo para os processos de criação, circulação, distribuição e consumo das riquezas, trata a moeda como *mercadoria* e a submete às proteções dos princípios gerais do Capítulo I do Título VII, da Constituição. A falácia, como se viu, está no fato de que a moeda não é mercadoria mas uma *lei* — o produto da *vontade do Estado* que a impõe como instrumento liberatório indisponível, pois este é o sentido do curso forçado.

Mesmo combinados, esses veios interpretativos estariam longe de esgotar as possibilidades oferecidas na Constituição, como fundamentação da reforma monetária com retenção de ativos líquidos.

A raiz do equívoco está na insistência no setorial: não estamos diante de matéria tributária, nem de matéria civil, nem tampouco, de intervenção no domínio econômico.

A real natureza jurídica dos fenômenos examinados é *monetária* e, assim, seu fundamento constitucional e os princípios que lhe são aplicáveis não são encontrados nos Títulos VI e VII da Constituição, mas no Título III (Art. 22, III, VI e VII).

Para que se possa afirmar a existência ou não de violação constitucional de uma reforma monetária e do regime de conversão adotado, é preciso partir de *conceitos monetários* e de *institutos monetários constitucionais*.

São, portanto, erros de percepção e de enquadramento sistemático, que conduzem às hipóteses de inconstitucionalidade.

Mas, a par disso, em abono a esse discurso de sentido monetário, é preciso destacar que o Direito Constitucional demanda a consideração de *princípios exegéticos próprios* que conferem superioridade técnica à interpretação. Foram tais princípios que tivemos em mente, buscando essa superioridade dos resultados.

Primeiramente, a *superioridade sistemática* da interpretação de sentido monetário, porque sua adoção não prejudica qualquer apreciação *a posteriori* de conseqüências patrimoniais das medidas monetárias mas, corretamente, *impede que se prejulgue*, agora, a existência de danos patrimoniais, quando tudo indica que até poderá ocorrer o contrário.

Segundo, a *superioridade teleológica* da interpretação de sentido monetário, porque sua adoção está coberta aqui, sim, pela legitimidade política. Mesmo que as interpretações, colocadas apenas em termos de legalidade, fossem equivalentes, a *legitimidade* seria um justo critério definitivo, pois nela se contém a justificação política da medida e todo o Plano Brasil Novo.

Terceiro, a *superioridade axiológica* da interpretação de sentido monetário, pois não superpõe a interesse individual ao interesse público, no caso até coincidente com o interesse difuso, em promover-se o saneamento da moeda e, em conseqüência, de toda a economia nacional, à beira de um colapso. Não se trata aqui, também, apenas de uma opção entre o legal e o ilegal, entre o legítimo e o ilegítimo, mas, em última análise, entre o lícito e o ilícito, entre a insegurança do Brasil velho e a esperança do Brasil novo (e aqui, me excluo do coro das inevitáveis cassandras).

Nenhum ramo do Direito, por certo, é mais sensível ao fato político que o Direito Constitucional.

A exegese de uma Constituição difere, assim, da interpretação de uma norma legal ordinária. Esta, se faz à luz da Constituição, enquanto aquela, à luz da História. Esta, se faz sob princípios jurídicos, enquanto aquela, com sensibilidade política.

Novas funções e estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988: uma introdução

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e professor licenciado da Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — Especificação do tema e de sua abordagem. 2.1 — A técnica da separação dos poderes e a função do Poder Judiciário. 2.2 — O estudo de algumas novidades funcionais e estruturais do Poder Judiciário na Constituição de 1988. 3 — Funções políticas do Poder Judiciário. 3.1 — A declaração da inconstitucionalidade da lei em tese. 3.2 — A inconstitucionalidade por omissão. 3.3 — O mandado de injunção. 4 — Alterações estruturais no Poder Judiciário. 4.1 — Bipartição do Supremo Tribunal Federal. 4.2 — O Superior Tribunal de Justiça. 4.3 — A substituição do Tribunal Federal de Recursos. 4.4 — Os Juizados Especiais. 5 — O controle do Poder Judiciário. 5.1 — O Conselho Nacional de Justiça. 5.2 — A necessidade de um órgão de controle da sociedade sobre o Poder Judiciário. 6 — Conclusão. 7 — Bibliografia.

1. Introdução

A Constituição de 1988, além das muitas novidades por ela introduzidas, atribuiu funções ao Poder Judiciário, que não se enquadram, exatamente, na sistemática da clássica teoria da separação dos poderes estatais.

Por decorrência, o Constituinte promoveu alterações estruturais no Poder Judiciário, ligadas, também, à necessidade de conferir melhor capacidade operativa aos órgãos da Justiça. Embora oferecidos projetos, deixou a Lei Maior de prever um aparelho de controle da sociedade sobre esse ramo da organização do Estado, a par de deixá-lo ainda sujeito ao alvitre do Presidente da República, que conservou a faculdade de nomear magistrados.

Essa problemática tem sido examinada sem o enfoque reforçado sobre a natureza política das funções judiciais de início referidas, com certeza, porque é comum afirmarem os Juizes que suas tarefas são exclusivamente jurídicas, sem maior liberdade criadora.

Parece válido debruçar-se sobre o assunto, mormente por vincular-se à efetiva concretização da ordem constitucional, de responsabilidade também do Poder Judiciário. Este trabalho, sem maiores pretensões, visa levantar elementos preliminares para debate a ser retomado no futuro.

2. Especificação do tema e de sua abordagem

2.1 A técnica da separação dos poderes e a função do Poder Judiciário

A técnica de separação de poderes, como fórmula constitucional para construir uma estrutura capaz de promover a limitação do poder estatal, parte da idéia de se criarem órgãos distintos, que, de forma autônoma e harmônica, exerçam as diferentes funções do Estado.

Enquanto o *poder político* é uma energia suscitada por uma sociedade, para governá-la e conduzi-la à realização de seus objetivos, os *Poderes* — Legislativo, Executivo e Judiciário, na clássica tripartição — cumprem, cada um, parcelas funcionais dessa forma energética. Cada um exerce a sua *função*, quer dizer, a tarefa, a operação ou atividade que lhe é própria, devendo, por isso mesmo, realizar *funções* determinadas, ou seja, efetuar uma série de fins de várias naturezas, indispensáveis ao governo da sociedade.

A concepção do constitucionalismo liberal sobre a função jurisdicional, específica do Poder Judiciário, é de que a ele compete aplicar, a casos concretos de conflitos entre particulares ou entre estes e o Estado, as normas jurídicas formuladas pelo Poder Legislativo. Tratar-se-ia de atividade técnico-jurídica, sem conotação propriamente política, porquanto limitada por marcos bem definidos, em consonância às regras postas no ordenamento *jurídico*.

No entanto, a necessidade de preservar a supremacia da Constituição sobre o restante da legislação obriga o Poder Judiciário a aplicar, em litígio trazido à sua apreciação, a norma constitucional, sempre que a regra de nível hierárquico inferior invocada no caso seja contrária a preceito da Lei Maior. Aqui há uma atividade *política*, no sentido de que o Judiciário pode tomar decisões com ampla discricionariedade, de acordo, tão-só, aos princípios da Constituição, de regra muito genéricos.

Essa conotação política apresenta-se mais demarcada com a institucionalização do controle da constitucionalidade das leis em tese, pelo Poder Judiciário. Realiza-se independente da existência de um litígio em concreto e a decisão respectiva, em lugar da sentença comum, aplicável apenas para as partes em conflito, se dirige a todos os cidadãos.

No Estado contemporâneo, que não é mero garante da liberdade, mas tem por atribuição concretizar a justiça social, busca-se reorientar as tarefas dos poderes, em ordem a obter sua atuação concreta, para melhor aproximação das metas ligadas à consecução do maior bem-estar dos cidadãos. Como esses objetivos estatais vêm delineados na Constituição, a busca de sua efetiva realização é assunto de responsabilidade de cada um dos poderes, embora o específico caráter político, dentro do significado antes referido.

2.2 *O estudo de algumas novidades funcionais e estruturais do Poder Judiciário na Constituição de 1988*

O exame da Constituição vigente, quanto ao acréscimo de funções de cunho político ao Poder Judiciário, constituir-se-á em aspecto a ser desenvolvido na presente exposição. Não se cuidará de *funções políticas* sob o prisma dos resultados da atividade (p.e., controle dos outros poderes, legitimação do exercício da violência pelo Estado, reforço do consenso etc.), mas, tão-só, do modo como é realizada a operação, isto é, sem limites estritos prefixados ao conteúdo da decisão a ser tomada.

A par disso, a descrição das mais importantes alterações na *estrutura*, compreendida como a forma que se integram os componentes do Poder Judiciário, também será vista. Relaciona-se esse com o anterior, pela maior especialização atribuída ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de Corte Constitucional, embora não exclusiva, e ainda pela previsão de novos órgãos judiciários com a finalidade de se obter melhor desempenho, mais rapidez, na atuação jurisdicional.

Abordar-se-á, por fim, de modo sumário, o problema do controle do Poder Judiciário, para o que não vingou a proposta de um Conselho Nacional de Justiça. Sugerir-se-á, nesse ponto, órgão capaz de servir a essa finalidade e concomitantemente assegurar a independência da autoridade judiciária, constituindo proposta para a futura revisão da Lei Maior.

3. *Funções políticas do Poder Judiciário*

3.1 *A declaração da inconstitucionalidade da lei, em tese*

No sentido da abordagem deste trabalho, assinalava-se com a característica de marcadamente política, a declaração, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A espécie persiste na atual Lei Maior, como se vê nos seus artigos 102, I, a, e 103, e se resume na verificação de que a norma legislativa *hostilizou preceito constitucional proibitivo da edição de regra contraditória à Constituição ou a seus princípios*. A conseqüência do reconhecimento da inconstitucionalidade é a nulidade da norma inconstitucional.

Para emitir o provimento judicial respectivo, aplicável a todos os cidadãos, como já assinalado, o Tribunal se guia pelos padrões latos inscritos na Carta Magna, decidindo, portanto, de modo político.

3.2 A inconstitucionalidade por omissão

A Constituição, além dos preceitos negativos ou proibitivos acima referidos, possui outros, de natureza diametralmente oposta, que determinam aos poderes constituídos a realização de práticas positivas indispensáveis para vivenciar o texto constitucional.

Identificam-se entre elas as normas cujo significado jurídico deve ser explicitado na legislação infraconstitucional, como, a propósito do direito de greve, dispõe o art. 9.º, parágrafo 1.º da Lei Maior, nos termos seguintes:

“A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.”

Incluem-se na categoria as denominadas “normas programáticas”, definidoras de diretrizes endereçadas à sociedade e aos poderes políticos, para que adotem as medidas de qualquer natureza (política, legislativa, administrativa, econômica, etc.) indispensáveis à sua concreta execução. Serve de exemplo a regra do artigo 194, *caput*, do texto de 1988, assim concebido:

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Enquanto as normas constitucionais negativas são violadas por meio de atos comissivos dos Poderes constituídos, as de conteúdo positivo são transgredidas pela omissão das providências necessárias para tornar em realidade o mandamento constitucional.

Anteriormente à Carta em vigor, nenhum meio jurisdicional existia para contrastar o descumprimento de tais imposições constitucionais, levando alguns a tê-las como simples recomendações políticas, sem maior significado efetivo.

Como na atualidade, o conceito de Constituição é o de um plano de atividades voltadas à realização de certos valores em um grupo social — no caso brasileiro, a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, inciso I) —, devendo impor-se como norma básica das relações sociais, limite e diretiva da atuação dos poderes estatais, semelhante lacuna necessitava de ser preenchida, a fim de evitar a descaracterização da Lei Maior, tornando-a, pelo descumprimento de seus objetivos, em mero catálogo de boas intenções.

O constituinte pátrio, à vista dos precedentes da Constituição da Iugoslávia, de 31 de janeiro de 1974 (artigo 377), e da Constituição por-

tuguesa de 1976 (artigos 297 e 283 da Revisão de setembro de 1982) conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de declarar “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Proferida decisão em tal sentido, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (Constituição, artigo 103, parágrafo 2.º).

Pela leitura do texto constitucional, percebe-se a importância política de uma decisão dessa natureza, emanada do mais alto Tribunal do País. Trata-se do reconhecimento pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, em forma solene e após o necessário processo legal, de que preceito da Constituição foi descumprido pelo Poder instituído para realizá-lo.

A natureza política dessa função do Supremo Tribunal Federal ressalta, no entanto, não apenas por se tratar de provimento judicial em tema constitucional, mas por ser resultante de apreciação dos aspectos conveniência e oportunidade, quanto à adoção das medidas para tornar efetiva a norma da Constituição. Essa indagação é fundamental, principalmente com respeito às normas programáticas, em relação às quais pode existir escassez de meios, capazes de impedir a concreção do plano constitucional. A Corte precisará de se ater quanto a tais elementos e examinar todas as circunstâncias passíveis de justificar, ou não, a omissão. A politicidade da decisão é, indubitavelmente, em grau muito elevado, e evidencia o novo lugar traçado para o Poder Judiciário, pela Carta de 1988.

3.3 O mandado de injunção

Aparentado com o instituto anterior, com a mesma finalidade de assegurar a efetiva aplicação das normas constitucionais, o mandado de injunção é novidade cujos traços constam do artigo 5.º, inciso LXXI, da Lei Maior, nos termos a seguir:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviolável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Cuida-se de remédio constitucional a ser exercitado, não apenas perante o Supremo Tribunal Federal, para o qual o artigo 102, I, g, da Carta vigente explicita a competência, mas também junto a outros tribunais e juízes, como deflui da dicção do artigo 105, I, h, do Estatuto Constitucional:

“Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar, originariamente:
(...)

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade

federal, da administração direta ou indireta, *excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (grifei).*”

Para seu cabimento, será necessário encontrar reunidos os seguintes pressupostos:

a) um direito, uma liberdade, ou uma prerrogativa indicados no transcrito artigo 5.º, LXXI;

b) a concreta inviabilidade do exercício desse direito, liberdade ou prerrogativa;

c) que essa inviabilidade resulte da falta de norma regulamentadora, indispensável para o mencionado exercício.

É, portanto, caso de omissão normativa, referente à regulamentação de preceito constitucional não aplicável por si próprio. Diferentemente da hipótese da inconstitucionalidade por omissão, cabível em tese, o mandado de injunção exige, pelo menos, um prejudicado em concreto, em razão da falta de norma, que, de fato, impeça o gozo do direito, da liberdade ou da prerrogativa mencionados.

No mandado de injunção, a decisão judicial terá de criar as condições para o desfrute do direito, da liberdade ou da prerrogativa amparados pela Constituição. Como a causa impeditiva é a falta de norma regulamentadora, necessária será a sua criação pela sentença concessiva da *injunção*. Se este vocábulo, consoante os dicionários, corresponde ao ato de *injungir*, que significa impor uma determinada obrigação ou ordenar formalmente alguma coisa, seja para autorizar ou para proibir uma certa conduta ou mesmo uma omissão, a decisão que venha a conceder o mandado de injunção tem de consistir em traçar o quadro, as condições, os pressupostos (quer dizer: o modelo, a norma), dentro de que o interessado ou grupo deles poderão exercer o seu direito, a sua liberdade ou a sua prerrogativa.

Para construir essa norma, o órgão judiciário tomará por base os parâmetros constitucionais respectivos, que são, como já assinalado, muito abertos, e cuja concretização depende da referência aos valores abrigados na Carta Magna. Cuida-se de decisão eminentemente política, em face da ampla liberdade na formação dos seus termos. Ainda aqui, a atual Constituição deferiu função de natureza política ao Poder Judiciário.

Vale ilustrar o tema com dois exemplos.

O primeiro, relacionado com o direito de greve e a regra já transcrita do artigo 9.º, parágrafo 1.º, da Carta em análise. A minguada de disposição sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, nos serviços ou atividades essenciais, caberia a empregados de setor dessa espé-

cie invocar o art. 5.º, inciso LXXI, da Constituição, e postular a regulamentação, pelo Juiz, através do mandado de injunção, de greve a ser por eles deflagrada.

Outra hipótese se liga ao direito social de “assistência aos desamparados” (Constituição, artigo 6.º) assim especificado no inciso V do artigo 203 do texto constitucional:

“A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Na ausência de norma regulamentadora desse dispositivo que venha a esclarecer, por exemplo, quem deve ser considerado como idoso e o modo de comprovar a impossibilidade de manutenção própria ou por meio da família, qualquer interessado poderia postular mandado de injunção para o gozo imediato desse direito.

A evidente liberdade do órgão judiciário, na formulação das normas concretas cabíveis nesses exemplos, sublinha a natureza política da sua tarefa.

4. Alterações estruturais no Poder Judiciário

4.1 Bipartição do Supremo Tribunal Federal

Em vista de conhecidas deficiências no funcionamento do Poder Judiciário, o constituinte promoveu algumas alterações em sua estrutura, com a finalidade de lhe permitir maior eficiência, inclusive quanto às funções ligadas ao cumprimento da Constituição.

Assim, o Supremo Tribunal Federal foi bipartido, resultando um órgão com o mesmo nome e ao qual cabe, “precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, *caput*). Constitui-se, desse modo, em Corte Constitucional, embora não exclusiva, por se permitir o controle da constitucionalidade das leis, em concreto, a quaisquer juizes ou tribunais.

O Supremo Tribunal possui competência exclusiva para a verificação da constitucionalidade em tese, inclusive nas hipóteses de omissão.

4.2 O Superior Tribunal de Justiça

A atribuição de unificar a interpretação do direito federal infraconstitucional transitou do antigo Supremo Tribunal Federal, para o novo órgão, denominado de Superior Tribunal de Justiça.

Além dessa competência, esse Tribunal detém outras, cujo exame não cabe nos limites estreitos do presente estudo. Vale, todavia, referir aquela concernente ao mandado de injunção, “quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal”,

excetuadas as hipóteses cabíveis na competência de outros órgãos do Poder Judiciário (Constituição, artigo 105, I, h).

4.3 *A substituição do Tribunal Federal de Recursos*

Em lugar do Tribunal Federal de Recursos, como órgão recursal da Justiça Federal, avassalado por excessivo volume de trabalho, foram criados os Tribunais Regionais Federais (Constituição, artigos 106/108), como fórmula de rapidificar a prestação jurisdicional no setor.

De acordo ao previsto nas Disposições Constitucionais Transitórias, em seis meses após a promulgação da Lei Magna, deveriam ser instalados cinco Tribunais Regionais, com sedes em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife.

O exato cumprimento do dispositivo permite augurar possam esses Tribunais, em breve prazo, dar maior velocidade aos processos sob sua responsabilidade.

4.4 *Os juizados especiais*

Com atribuição de competência para causas cíveis de menor complexidade e processos criminais relativos a infrações penais de menor potencial ofensivo, foram permitidos, pelo artigo 98, inciso I, da Lei Maior, juizados especiais, a serem providos por juízes togados ou juízes togados e leigos.

É providência para desburocratizar a Justiça e aproximá-la do povo, com a participação de juízes leigos, nos seus julgamentos.

5. *O controle do Poder Judiciário*

5.1 *O Conselho Nacional de Justiça*

Como qualquer Poder constitucionalmente regulado, o Poder Judiciário deve estar sob o controle da sociedade a que serve. O assunto é polêmico por se vincular com a necessária independência dos magistrados. Proposta oferecida à Constituinte, de um Conselho como órgão de controle externo, não foi aprovada. A propósito, assim escreveu CAL GARCIA:

“Como uma excrescência no capítulo do Poder Judiciário, a partir da Comissão de Sistematização havia a previsão de um Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle administrativo e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público. Remetida à lei complementar a definição da organização e funcionamento do aludido Conselho.

O Substitutivo n.º 2 previa tal Conselho como órgão de controle externo. É claro que a revolta na magistratura contra

tão excrescente, quanto indébita, violação da independência do Poder Judiciário se fez sentir, a ponto de a expressão “controle externo” ter sido retirada, e a composição e o funcionamento remetidos à lei complementar, por deliberação da Comissão de Sistematização. Como órgão de controle externo, ou não, era evidente o absurdo colimado.

De plano registre-se a má-fé com que o dispositivo foi redigido. Não buscava diretamente atingir o desempenho dos juízes, mas do *Poder Judiciário*. Referia-se, até, a “desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário.” (GARCIA, 1989: 134.)

E mais adiante prossegue:

“A simples retirada da expressão “externo” pouco alteraria o quadro, pois a função do órgão espúrio continuava como a de verificar o desempenho funcional dos juízes e membros do Ministério Público. Acredita-se que a simples troca de palavras não eliminaria o caráter maléfico do citado órgão sobre duas instituições que devem ser preservadas a bem da democracia e da justiça.” (GARCIA, 1989: 136).

5.2 *A necessidade de um órgão de controle da sociedade sobre o Poder Judiciário*

Apesar de ser indispensável a preservação da independência dos juízes, pois sem ela não mais interpretariam leis, mas acatariam ordens ou sugestões, em prejuízo dos demais membros da sociedade (CHAMMARD, 1985:49), o caráter político das funções judiciais antes examinadas recomenda a criação de algum órgão da sociedade, capaz de exercer algum controle sobre o Poder Judiciário.

No entanto, tal instrumento não deve se resumir em punir magistrados preguiçosos ou desonestos, sendo indispensável que sirva de efetivo garante da independência da magistratura. Caber-lhe-ia defendê-la, afastando intromissões indébitas dos outros Poderes estatais e de quem mais pudesse afetá-la. Por isso, as indicações de pessoas para comporem tribunais e a avaliação do mérito de juízes para promoções, seria de sua competência, afastando-se o sistema atual concentrador dessa faculdade nas mãos do chefe do Poder Executivo.

Para afastar a criação de espírito de corpo entre os membros do Poder Judiciário, o órgão controlador e defensor teria composição mista e seus membros mandato renovável a cada quatro anos. Nele teriam assento: o Presidente da República, representantes eleitos pelo Poder Legislativo, delegados da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público, professor de faculdades de direito e magistrados eleitos por seus colegas. A fim de evitar que a entidade pudesse servir de instrumento de pres-

são sobre os juízes, deveria ser resguardada a paridade entre os componentes oriundos da magistratura e os demais.

Com isso, seria possível melhorar o controle social sobre o Poder Judiciário e dar-lhe efetiva garantia de independência.

6. Conclusão

A Constituição aumentou o campo das funções políticas do Poder Judiciário ao entregar-lhe tarefas ligadas à efetiva concretização dos preceitos constitucionais, institucionalizando a declaração de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Em vista dessas novas atribuições e para conferir maior capacidade de trabalho ao Poder Judiciário, o contribuinte bipartiu o antigo Supremo Tribunal Federal, manteve órgão desse nome como Corte Constitucional Suprema e criou outro Tribunal encarregado de ser o intérprete máximo do direito federal. Substituiu, ainda, o Tribunal Federal de Recursos pelos Tribunais Regionais de Recursos e permitiu que fossem criados juizados especiais, nos casos do artigo 98, I.

Por suas importantes funções de natureza política, o Poder Judiciário deve estar submetido ao controle da sociedade, mediante um órgão de composição mista, com representantes dos Poderes Políticos, de entidades sociais e da magistratura, o qual teria como atribuição fundamental assegurar, de forma efetiva, a independência dos membros do Poder Judiciário.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 2ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 1972. 627 p.

———, *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1980. 361 p.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Trad. de Cascais Franco. Póvoa de Varzim, Europa-América, s.d. 202 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Coimbra, Almedina, 1980. 602 p.

CHAMMARD, Georges Boyer. *Les magistrats*. Paris, PUF., 1985. 128 p.

GARCIA, José Carlos Cal. *Linhas Mestras da Constituição de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1989. 226 p.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1979. 619 p.

POULANTZAS, Nicos, org. *O Estado em Crise*. Trad. de Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro, Graal, 1977. 338 p.

SÁCHICA, Luis Carlos. *El Control de Constitucionalidad*. 2ª ed. Bogotá, Temis, 1980. 193 p.

VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 9ª ed. s.l., Giuffrè, 1979, 604 p.

O mandado de injunção, os direitos sociais e a justiça constitucional

PAULO LOPO SARAIVA

Professor de Direito Constitucional na UFRN,
Doutor em Direito Constitucional pela PUC
São Paulo

SUMÁRIO

- I — *Introdução.*
 - II — *O mandado de injunção da Constituição brasileira de 1988.*
 - III — *Processo constitucional.*
 - IV — *A justiça constitucional no Brasil e no Direito Comparado.*
 - V — *Conclusão.*
- Bibliografia*

I — *Introdução*

A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, abriu novas e importantes perspectivas no campo dos direitos e garantias constitucionais.

Afeitos a um processo individualístico, que ainda marca a nossa vida jurídica, os constituintes de 1987/88 introduziram conquistas inovadoras, que, se bem implementadas, contribuirão para o exercício da cidadania, no Brasil.

Dentre os novos institutos, destacamos o mandado de injunção, como instrumento coibitivo da inércia legislativa, nas várias esferas do poder.

Tese aprovada, por unanimidade, no XV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Natal — RN, outubro de 1989.

Todos sabemos que a teoria da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, no Ocidente, foi obra da engenhosidade dos autores italianos.

As sociedades capitalistas, impossibilitadas de concretizar os direitos sociais, no plano sócio-econômico, apelaram para o ordenamento jurídico, buscando nele aquilo que não puderam encontrar na estrutura dos reais fatores do poder.

Esse esquema transacional constituiu-se no *modus faciendi* da nova concepção das normas constitucionais, no que respeita à sua efetivação.

Nasceram daí as já conhecidas normas programáticas, verdadeiros obstáculos ao efetivo cumprimento dos textos constitucionais, mormente aqueles que manifestam os direitos coletivos.

A Constituição Federal, em vigor, não fugiu a essa regra liberal — burguesa de normatização, produto, como foi, de um amplo acordo político, que reuniu — *ipso tempore* — lideranças ou pseudolideranças do índio ao cardeal.

O mandado de injunção, de conseguinte, é consectário das normas programáticas, que é quase a única razão de sua existência.

Mas, como veremos, ao longo deste trabalho, não basta enunciar institutos constitucionais, para defesa dos direitos; é preciso muito mais: faz-se mister a sua densificação, como afirma GOMES CANOTILHO, do contrário, serão letra morta ou fazem parte integrante daquela Constituição a que se referiu LASSALE: uma folha de papel.

Faremos a análise do mandado de injunção no ordenamento constitucional brasileiro, demonstrando a necessidade do reconhecimento de um processo constitucional, bem assim da implantação de uma justiça constitucional.

II — O mandado de injunção na Constituição brasileira de 1988

A pioneira sugestão sobre esse instituto, apresentada, no limiar das atividades constituintes, em 27 de março de 1987, é de autoria do saudoso Senador VIRGÍLIO TÁVORA e seu filho Deputado CARLOS VIRGÍLIO e estava assim grafada:

“Sugestão n.º 155-4

Inclua-se no Capítulo dos Direitos e Garantias Constitucionais:

Art. Sempre que se caracterizar inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á “mandado de injunção”, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança.”

O autor da proposta, na sua justificativa, lembra que apresentara outra sugestão complementar, para ser inserida nas Disposições Gerais e Transitórias, qual seja:

“A na edição de ato ou normas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, visando a implementar esta Constituição, implica inconstitucionalidade por omissão.”

E conclui:

“A essa previsão normativa nós aditamos a presente sugestão de norma constitucional que tem por escopo efetivá-la.”

Vê-se, claramente, que a proposta do senador cearense era simples, como simples ele sempre foi e objetivava coibir a inconstitucionalidade por omissão, pela via de uma ação constitucional denominada “mandado de injunção”.

Ainda, em 1982, quando defendemos tese de doutorado na PUC-SP, que depois se transformou em livro publicado, em 1983, pela Editora Forense, sob título *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, analisando, de modo pioneiro, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão (*op. cit.*, págs. 77/84), sugerimos, como conclusão dessa tese, aprovada pela banca examinadora da PUC-SP, a criação do mandado de garantia social, para eficácia dos *jus laborandi* e *jus habitandi*.

Como assessor parlamentar acompanhamos todo o processo constituinte, colaborando na elaboração do texto, através de assessoramento a parlamentares de diversas regiões do País.

Surpreendemo-nos ao constatar que a Assembléia Nacional Constituinte ficou muito aquém da nossa tese sobre o *mandado de garantia social*.

Confortamo-nos, no entanto, ao ver consagrado no arcabouço da Carta Magna o mandado de injunção, como instrumento capaz de provocar, quando necessário, o implemento da norma constitucional.

Outro aspecto que merece comentários é a denominação do instituto: mandado de injunção.

Sempre resistimos ao termo “injunção”, pois sabíamos que sua adoção conduziria os comentaristas para o direito anglo-saxônico.

Segundo podemos confirmar, na Assessoria do Senado, em que foram elaboradas as sugestões iniciais do mandado de injunção, a palavra “injunção” surge por cópia, pura e simples, da nomenclatura contida no direito anglo-americano, portanto, sem nenhuma cientificidade.

Destarte, é lícito afirmar que a palavra injunção, pleonástica, sem a menor dúvida, surge na nova Constituição por aquilo que chamamos de “acidente vocabular”.

Fomos contrários, sempre, a essa adjetivação. Formulamos emendas corretivas, substituindo “injunção” por “concretização”, por achar que esta última palavra é mais inteligível e, por conseguinte, mais consentânea com o nosso processo de comunicação popular.

Debalde foram os nossos esforços, de vez que o Relator-Geral houve por bem (ou mal) não aceitar a modificação vernacular, alegando que a palavra “injunção” já se consagrara no processo constituinte.

Como estava previsto, há muitos autores desavisados gastando “seu inglês” com o mandado de injunção, quando, na verdade, a ação injuntiva brasileira nada tem de ligação com o *writ of injunction*. Nem na origem. Nem no conteúdo. Nem na forma. Nem no nome. Repetimos: a palavra “injunção” é “um acidente vocabular”.

O Senador RUY BACELAR, representante da Bahia, referindo-se ao significado da expressão “mandado de injunção”, afirma:

“Mandado de injunção” seria, pois, expressão pleonástica. Apesar da evidência, preferiu-se manter a expressão, criando-se uma nova garantia, ao invés de ampliar a abrangência do “mandado de segurança.”

Outras denominações foram, também, afastadas. Surgiu, assim, o “mandado de injunção”, visando a conferir eficácia aos direitos consagrados na Constituição. E arremata:

“O certo é que o “mandado de injunção” surge, no direito brasileiro, com feições próprias que o distinguem de todas as outras garantias, seja no direito pátrio, seja em outras legislações” (*O Mandado de Injunção*, Senado Federal, Brasília, 1988, pág. 11).

De outra parte, a Assessoria Legislativa do Senado Federal, que teve acentuada participação na formulação dessa garantia, tentou retirar do texto a palavra “injunção”, o que não mais conseguiu.

O juiz do Tribunal Regional Federal, da 1.^a Região, ADHEMAR FERREIRA MACIEL, acerca da matéria é categórico:

“Como acabamos de demonstrar, o mandado de injunção, pelo menos, historicamente, foi buscado no direito constitucional português. Nosso mandado de segurança, este sim, foi indiretamente inspirado nos *writs of injunction* e *mandamus* norte-americanos, os quais serviram de modelo ao juízo de amparo mexicano. E o juízo de amparo, por sua vez, foi objeto de estudo por parte de nossos constituintes de 1934, quando da criação do mandado de segurança” (*Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão*, *Revista de Informação Legislativa* — Senado Federal, n.º 101, pág. 132)

É de se lamentar que, por erro de vernáculo, tenhamos que aturar os analistas do direito anglo-saxônico, quando, deveras, o nosso mandado de injunção tem origem lusitana (inconstitucionalidade por omissão) e jamais imiscuiu-se com qualquer instituto inglês, americano, alemão ou de outra nacionalidade que não a portuguesa.

A teimosia e a incultura constitucional conduzem, inevitavelmente, a esse tipo de despautério.

O mandado de injunção, consagrado pelo art. 5.º, LXXI (o algarismo romano é para dificultar), é instituto brasileiro.

II — A — O mandado de injunção — aplicabilidade e eficácia

O art. 5.º, inciso LXXI, da CF, dispõe:

“Art. 5.º, LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

O exame do dispositivo constitucional remete-nos à conscientização do que seja o núcleo dessa norma: a omissão legislativa.

Toda vez que essa omissão torne inexecutável o direito inserto na Constituição, impõe-se a ordem para complementação do texto, por meio do mandado de injunção.

Perguntar-se-á: mas que são direitos e liberdades constitucionais? Que são prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania?

Essas premissas terão de ser nitidamente identificadas, sob pena de inaplicabilidade do avançado instituto.

A nosso ver, a primeira conceituação deve voltar-se para o elenco dos “direitos fundamentais”.

Sem a consciência do que sejam esses direitos, no ordenamento jurídico, parece difícil um encaminhamento correto do problema.

Para nós, os direitos fundamentais são aqueles que manifestam as condições básicas da pessoa humana. São eles: *o direito à vida, à liberdade, à igualdade, ao emprego, ao salário, à moradia condigna, à participação política.*

Os direitos fundamentais contêm os direitos individuais, políticos e sociais.

Ora, se o mandado de injunção trata dos direitos e liberdades constitucionais e, ainda, do exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, abarca, por conseguinte, todo o contexto jurídico-constitucional.

Constata-se, de logo, que a enunciação do instituto é mais abstrativa que concreta, mais teórica que prática, mais literária que cotidiana.

OCTAVIO PAZ, citado por Adhemar Ferreira Maciel, assevera:

“A revolução norte-americana fundou uma nação; a francesa renovou a sociedade; as revoluções da América Latina fracassaram em um dos seus objetivos centrais: a modernização política, social e econômica.”

E conclui o já aludido magistrado:

“Na América Latina, de um modo geral, os movimentos “adotaram” e “não adaptaram” os programas alheios. Quase tudo fica no papel.” (*Op. cit.* pág. 116).

E lembrando Pontes de Miranda, proclama o membro do tribunal regional federal, acima mencionado:

“A primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. Com a antipatia não se interpreta, ataca-se. “Assim, os juizes, para que também cumpram o papel que a Constituição nova lhes dá e o povo muito deles espera, têm de agir como autênticos integrantes de um “poder”, isto é, têm que agir com independência, com a única preocupação de propiciar a estabilidade social. Se nós, juizes, não nos conscientizarmos de nossa importância, corremos o risco de fracassar e, em decorrência, deitar a perder o que se acha na Constituição à espera de fecundação e vida.” (*Op. cit.*, pág. 117.)

Os constituintes, propositalmente ou não, confundiram a inconstitucionalidade por omissão com o mandado de injunção, quando esse, na versão original, seria o remédio para coibir aquele tipo de inconstitucionalidade.

Essa confusão aumenta, mais ainda, quando sabemos que existe a “arguição de descumprimento de preceito fundamental” (parágrafo único do art. 102-CF) e a garantia de imediatidade na aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (§ 1.º do art. 5.º, CF).

Como se não bastasse tudo isso, a norma do art. 5.º, LXXI, não definiu o rito processual do mandado de injunção, o que provocou o entendimento de alguns doutrinadores de que haveria necessidade da edição de lei para processamento do instituto.

Todas essas manobras jurídico-legais atestam o ínfimo grau de praticidade de que eram portadores os constituintes de 1987/88, muitos dos quais verdadeiros “sonâmbulos”, pois aprovaram o que depois desconhecem.

II — B — O mandado de injunção é de aplicação imediata

Enganam-se os que defendem a tese de que há necessidade de uma legislação ordinária para a implementação injuntiva.

Em verdade, o erro técnico jurídico-constitucional dos constituintes brasileiros não deverá causar prejuízo a milhões de pessoas.

Com pesar, dizemos que “a Constituição Coragem” dos discursos retóricos, terminou, por má interpretação de suas regras, vitimando três trabalhadores em Volta Redonda, no ano passado.

No final do processo, os constituintes abandonaram a sábia redação do senador gaúcho José Paulo Bisol, relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, assim posta:

Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do Mandado de Segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania (grifos propositais).

CELSO BASTOS, em trabalho sobre o tema, indica a existência de três correntes doutrinárias interpretativas dessa norma constitucional. Observa o constitucionalista de São Paulo:

“A primeira entende que o juiz deverá expedir uma recomendação para a autoridade competente — do Poder Legislativo ou Executivo para que elabore a legislação regulamentadora. A segunda afirma que o Juiz deve estabelecer o modo como o direito deve ser exercido e ordenar o seu cumprimento. E, a última, diz que o Juiz deve resolver o caso concreto.”

A maioria dos constitucionalistas pátrios advoga a idéia de que o mandado injuntivo tem aplicação imediata, de vez que foi essa a *mens constitutionis*.

Oportuna e conveniente é a lição de J.J. CALMON DE PASSOS, no seu já clássico *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção — Habeas Data — Constituição e Processo*, Editora Forense, que assim se manifesta sobre a matéria em foco:

Todas essas prescrições, por força do mandamento inscrito no § 1.º, do art. 5.º da CF (tecnicamente mal situado), são de aplicação imediata, o que equivale a dizer aptas a constituírem, concretamente, situações pessoais configuradoras de direitos subjetivos, públicos ou privados. (Op. cit., pág. 108). (Grifos nossos)

E mais, à frente, elucida esta questão:

Deve-se atentar, contudo, para uma particularidade da maior relevância. A Constituição de 1988 não inaugura, a partir do nada, uma ordem jurídica para o Brasil. Havia uma ordem jurídica,

que sobreviveu à Constituição de 1988, apenas devendo a ela se amoldar, no que se mostrar incompatível. Assim sendo, toda a legislação ordinária e complementar, vigente em 5 de outubro de 1988, permanece válida e vigente, devendo incidir nas situações concretas, para discipliná-las, se não incompatíveis com a Carta Magna. Por conseguinte, muito preceito constitucional dispõe, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, de normas disciplinadoras de sua aplicação, que devem ser invocadas para resolução dos litígios que, se forem configurados, inclusive se faz viável a aplicação analógica de dispositivos vigentes para disciplinar situações novas que comportem a equiparação. (Op. cit., pp. 109/110) (grifos nossos).

De fato, não adiantaria instituir um remédio constitucional, capaz de dar efetividade à norma, se esse não tivesse pronta concretização.

II — C — A inconstitucionalidade por omissão

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, consagrou a inconstitucionalidade por omissão (§ 2.º, do art. 103-CF).

Essa figura, como afirma Jorge Miranda, não é nova, nem na teoria constitucional, nem no direito comparado.

Apareceu nas Constituições liberais do século XIX e tem sido utilizada sobejamente nas Constituições programáticas do século XX.

Esse tipo de inconstitucionalidade vincula-se às normas de caráter programático.

Após a Revolução comunista de 1917, as estruturas jurídico-constitucionais passaram por mudanças profundas, de forma e conteúdo.

As Constituições de índole socialista iniciaram um modo novo de normatização dos direitos sociais.

Além da simples enunciação, conferiram-lhes meios de concretização.

As Constituições capitalistas, *verbi gratia* — a da Itália, inauguraram a gradação para aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, através da doutrina, o que implicou no surgimento das chamadas normas programáticas, ou seja, aquelas normas que não têm eficácia imediata e necessitam de outras para sua total implementação.

No caso brasileiro, essa novidade constitucional apareceu com o advento da Constituição de 1934, pois foi a partir dela que houve a inserção de um capítulo sobre a ordem econômica e social, no texto da Lei Maior.

O conceito de inconstitucionalidade por omissão, entre nós, ainda está confuso. Há dois institutos constitucionais para o trato desse assunto: a própria inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Somente a doutrina e a jurisprudência clarificarão, ao longo do tempo, essas duas realidades.

No campo prático, podemos adiantar algumas idéias.

Em princípio, a inconstitucionalidade por omissão está prevista pelo § 2.º do art. 103 da Constituição Federal.

Tal dispositivo refere-se à inconstitucionalidade na esfera judicial e administrativa. Na esfera judicial, prevê a apreciação da inconstitucionalidade por omissão, *em tese*, como ocorre com a inconstitucionalidade por ação.

O art. 103 (*caput*) elenca os autores desse tipo de ação: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa; o Governador do Estado; o Procurador-Geral da República (antes ele era exclusivo); o Conselho Federal da OAB; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A competência é precedente e originária do Supremo Tribunal Federal, à vista de tratar-se de regulamentação da norma constitucional de responsabilidade do Congresso Nacional. Mas essa competência haverá de verticalizar-se nos outros ramos do Poder Judiciário.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal julga o mandado de injunção nas hipóteses da letra "q", do inciso I, do art. 102, da CF e do § 2º, do art. 103, da CF.

Como dissemos no livro *As garantias constitucionais dos direitos sociais no Brasil*, quando, pioneiramente, abordamos esse tema, no Brasil, a inconstitucionalidade por omissão origina-se modernamente da Constituição portuguesa de 1976, revisada em 1983 e 1989. É um instituto que marca o progresso do direito constitucional contemporâneo.

Para sua aplicabilidade, eficácia e vigência, muito há que se esperar da Magistratura nacional, pois só ela, através de decisões judiciosas, por vezes corajosas e progressistas, vivificará a prescrição constitucional, para cuja clarividência muito ainda se terá que fazer.

II — D — Cabimento do mandado de injunção

Um dos pontos mais polêmicos com referência ao mandado de injunção é o do seu cabimento.

Como dissemos, alhures, há três institutos, no ordenamento constitucional brasileiro para tratar da omissão ou inércia legislativa.

O mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (parágrafo único do art. 102 da CF).

Anote-se, por oportuno e conveniente, a disposição do § 1.º do art. 5.º da CF, que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Os limites deste trabalho não permitem um estudo comparativo aprofundado dos três institutos.

Reter-nos-emos na análise da implementação do mandado injuntivo como instrumento individual de exigência da regulamentação das normas que viabilizam o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Com efeito, a diferença básica entre o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão cifra-se em que esta é exercitada por meio de uma ação direta perante, em princípio, o Supremo Tribunal Federal (art. 103-CF), portanto, no âmbito do controle direto da constitucionalidade das leis; e aquele é remédio jurídico-constitucional, acionável pelo indivíduo ou pelo grupo, para tornar viável norma que garanta direito fundamental, constitucional e legal.

Se é amplo o campo do sujeito ativo, também deve sê-lo o do sujeito passivo.

Nesta linha de raciocínio, entendemos que tem cabimento o mandado de injunção contra órgãos da administração direta e indireta e até de pessoas de direito privado, como a Caixa Econômica Federal, a PETROBRÁS, o Banco do Brasil etc, desde que se enquadrem no modelo previsto pela Constituição, ou seja, dependa dessas pessoas a regulamentação de norma que possibilite o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas enunciados pela Carta Magna.

III — O processo constitucional

O exame das novas garantias constitucionais conduz-nos ao trinômio: direitos fundamentais, processo constitucional e justiça constitucional.

A experiência do direito comparado tem comprovado que, sem um processo constitucional, vivenciado perante uma injustiça constitucional, é impossível a concretização dos instrumentos garantidores dos direitos e ações constitucionais, *verbi gratia*, os direitos sociais (arts. 6.º e 7.º-CF).

Por esta razão, decidimos analisar, embora sinteticamente, a necessidade de instituição, entre nós, do processo constitucional, na linha progressista em que é utilizado na Europa, Estados Unidos da América e em outros países.

GONZALES DELEITO, no seu livro *Tribunales constitucionales, organización y funcionamiento*, Editora Tecno, Madrid, 1980, conceitua o direito processual constitucional como o ramo do direito processual que estuda e regula as questões derivadas da inconstitucionalidade das leis,

das violações e dos conflitos propriamente constitucionais entre os altos poderes do Estado, entre estes e as comunidades autônomas, ou entre estas (*op. cit.*, pág. 11).

Lembra o professor espanhol que, segundo Alcalá-Zamora, Hans Kelsen é o fundador deste ramo processual.

De outro ponto, como Kelsen disse, a justiça é o exercício do poder. E, em todo exercício de poder, há sempre uma atividade ou função política, o que, sem dúvida, não faltaria ao processo que interpreta e aplica os princípios e normas constitucionais.

GOMES CANOTILHO, da Universidade de Coimbra, um dos mais eficientes estudiosos deste tema, preleciona.

“Qualquer que seja a “ética processual” subjacente ao atendimento do DIREITO AO PROCEDIMENTO no âmbito dos direitos fundamentais, poderemos partir, pragmaticamente, da relevância da dimensão procedimental, se colocarmos os problemas nos termos seguintes:

1 — o procedimento é um sistema de regras e/ou princípios;

2 — estas regras e princípios visam a obtenção de um determinado resultado;

3 — a justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais, permite, pelo menos, a presunção de que o resultado obtido através da observância do interprocedimento é, com razoável probabilidade e em medida suficiente, adequado aos direitos fundamentais;

4 — o direito ao procedimento implica fundamentalmente: (1) direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; (2) direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais.” (Constituição e Déficit procedimental, *Rev. Estado e Direito*, n.º 2, Lisboa, pág. 37/38).

Em defesa do reconhecimento científico desse ramo processual, no Brasil, alerta o professor RAUL MACHADO HORTA, da UFMG no prefácio do livro *Mandado de Injunção*, de IVO DANTAS, Editora Aide, 1.ª Edição, 1989:

O processo constitucional não é criação exclusiva do constitucionalismo europeu. Explica-se a importância que ele adquiriu nesse constitucionalismo pela maior amplitude das regras constitucionais reservadas ao funcionamento e à natureza das decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais.

(...)

E mais adiante confirma:

Com efeito, a Constituição criou poderosos instrumentos de defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX), o mandado de injunção (art. 5.º, LXXI), o habeas-data (art. 5.º, LXXII), a ação direta de inconstitucionalidade de lei (art. 102, I, "a"), a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2.º), mas não cuidou de estabelecer as regras processuais constitucionais de movimentação desses institutos. Na quase totalidade desses institutos, a preocupação do constituinte em assegurar a aplicação imediata de cada garantia, fazendo decorrer a aplicabilidade diretamente da Constituição, suprimiu a complementação processual via da Lei. Advirá dessa técnica preferida pelo constituinte, a complementação na decisão judicial, o que não atende a experiência do Poder Judiciário brasileiro e à formação de nossos Juízes" (grifos nossos).

Não é difícil imaginar que os novos direitos e garantias constitucionais não vingarão enquanto forem interpretados e aplicados com base nos parâmetros processuais (civis e penais) obsoletos, ainda, adotados por doutrinadores e magistrados nacionais.

A Constituição de 1988 exige, para boa interpretação do seu texto, sobretudo no que se refere aos direitos coletivos, uma nova concepção processual, condizente com a modernidade jurídica e com novas técnicas de aplicabilidade do Direito Constitucional.

Isto só será possível quando intérpretes e aplicadores da Constituição e das leis se conscientizarem de que participam de uma nova vida institucional e de que a realidade normativa não poderá agredir a realidade social.

IV — A justiça constitucional no Brasil e no direito comparado

Quem defende processo constitucional, defende, de igual modo, justiça constitucional.

E a prática de vários países, nomeadamente os europeus, tem demonstrado ser impossível a eficácia das normas constitucionais sem o funcionamento de uma justiça específica, especializada para análise, interpretação e aplicação do texto constitucional.

Neste trabalho, apenas sinalizaremos os pontos mais objetivos da necessidade de instalação, entre nós, da justiça constitucional.

Prima facie, poderia pensar-se numa incoerência. E perguntar-se-ia: O Supremo Tribunal Federal não exerce a justiça constitucional, no Brasil?

Não é ele o guardião da Constituição, a exemplo da Corte Suprema norte-americana?

Aqui reside o ledô engano, que vem desde a proclamação da República.

Em verdade, o Supremo Tribunal, embora teoricamente apareça como tal, ele, ao longo do tempo, tem sido muito mais um tribunal judicial que constitucional.

Basta compulsar os repertórios jurisprudenciais do Supremo para corroborar o que afirmamos.

Não é nossa, mas de ORLANDO SOARES, do Instituto dos Advogados Brasileiros, a crítica à atuação do Poder Judiciário, conforme se pode inferir desta afirmação:

“Indiscutivelmente, é imperiosa a apreciação crítica acerca da atuação do Poder Judiciário, em nosso país, onde uma série de fatores, de natureza histórica, política, sociológica, jurídica etc., estabeleceu divisões estanques entre a chamada tríade institucional, constituída pelos representantes do Ministério Público, da magistratura e dos advogados, dificultando sobremaneira o diálogo franco e objetivo, indispensável ao bom desempenho profissional dessa tríade, com vistas ao interesse comum: a prestação jurisdicional.”

E, mais categoricamente, explicita o ilustre advogado:

“Assim, não restou a RUI senão a desolação, pois, o Supremo Tribunal erigido como supremo intérprete da Constituição e o “guardião” desta, foi, paradoxalmente, o “órgão que falhou”, jamais logrando barrar o arbítrio, restabelecer a legalidade constitucional, ou impedir a ação nefasta dos sucessivos regimes de exceção, que têm atormentado toda a existência da República, ao longo dos anos” (A Eletividade da Magistratura no Brasil, *in Revista de Informação Legislativa*, n.º 100, Senado Federal, págs. 187 e 201).

De conseguinte, além da atuação do Supremo Tribunal Federal e dos outros tribunais que seguem seu paradigma, decidindo, mais no campo judicial que constitucional, o problema agrava-se com a existência de um critério de escolha para composição desses tribunais, antidemocrático e possibilitador de ingerência indevida, de vez que baseado no subjetivismo do notável saber jurídico e da reputação ilibada.

O aferidor desses dois requisitos é o chefe do Poder Executivo e a escolha, às vezes, recebe o beneplácito do Poder Legislativo, com uma aprovação, também, política, diga-se, a bem da verdade.

Vê-se, pois, que a crise jurídica é, *ipso tempore*, a crise do Poder Judiciário.

III — A — “*Ratio essendi*” para uma justiça constitucional

Na época contemporânea, a justiça constitucional é uma instituição que caracteriza o direito político atual.

Jellinek chega a afirmar que a jurisdição, no campo do direito público, é um dos mais importantes progressos da construção do estado moderno no curso do século XIX.

O Professor GONZÁLES DELEITO, antes mencionado, aponta quatro institutos de singular relevo para a incorporação do conceito de jurisdição pelo direito público. São eles:

a) o recurso de cassação, como meio idóneo de controle da legalidade das sentenças dos tribunais, dando fim ao livre arbítrio dos órgãos jurisdicionais do “ancien régime”;

b) o recurso contencioso-administrativo (ainda não o temos), forma de garantir a submissão da administração à lei e combater as decisões antijurídicas;

c) a inserção do direito de acesso aos tribunais, do direito da tutela jurisdicional, a ação, em suma, nos ordenamentos constitucionais, transcendendo do meramente privado para atuar no público;

d) de modo especialíssimo, a justiça constitucional, a organização dos tribunais constitucionais: controle da constitucionalidade das leis; garantia da superioridade e hegemonia da Constituição (como superlegalidade), inaplicação ou derrogação, segundo os casos e sistemas, das leis elaboradas pelo Parlamento em conflito com a Constituição, em oposição aos prevalentes princípios desta (*op. cit.* pág. 14).

GANSHOF VAN DER MEERSCH disse, com razão, que não há estado de direito completo sem o controle da constitucionalidade das leis (*Il N'ya a pas d'état de droit complet sans contrôle de la constitutionnalité de lá lois*) (*op. cit.*, pág. 15).

III — B — *Abordagem sintética sobre os sistemas de funcionamento da justiça constitucional no direito comparado*

Os dois sistemas de funcionamento da justiça constitucional mais conhecidos e praticados são o norte-americano e o germano-austríaco.

Há outros mistos e intermediários, como é o caso do sistema adotado na França, o sistema da Constituição portuguesa de 1976, com suas revi-

sões, o sistema de autocontrole parlamentar, consagrado pela Constituição da Suíça, além dos sistemas da URSS e dos países do Leste Europeu.

O sistema norte-americano, adotado pelo Brasil, desde a proclamação da República, confere jurisdição-constitucional à jurisdição ordinária.

O sistema germano-austriaco estatui tribunais especiais, composto por magistrados, professores, advogados e membros do parlamento.

No primeiro sistema, a declaração de inconstitucionalidade só produz efeito no caso concreto que a determina. É a decisão "interpartes".

No segundo sistema, a declaração de inconstitucionalidade produz efeito com valor *erga omnes*.

Essa declaração, no sistema germano-austriaco, equivale a uma revogação judicial da lei.

III — C — *Proposta para criação do Tribunal de Garantias Constitucionais no Brasil*

A experiência portuguesa convenceu-nos da necessidade de instalarmos, no Brasil, uma corte constitucional.

O Tribunal Constitucional lusitano é composto por 13 (treze) juízes-conselheiros, 10 (dez) dos quais eleitos pela Assembléia da República e os 3 (três) restantes cooptados por seus pares, dentre os magistrados de carreira.

As decisões do Tribunal pairam sobre todos os outros poderes da República e são obedecidas por toda a comunidade.

Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, houve tentativas para instalação, entre nós, da justiça constitucional.

Por proposta da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, prenunciava-se a estatuição de um tribunal de garantias dos direitos constitucionais, da soberania do povo, da nacionalidade e da cidadania.

Esse tribunal seria composto por 9 (nove) juízes eleitos pelo Congresso Nacional, entre representantes das classes trabalhadoras, magistrados, promotores, professores universitários de matéria jurídica e advogados que fossem indicados pela sociedade civil.

Várias entidades, como a OAB, apoiaram esta inovadora idéia.

O Partido Comunista Brasileiro apresentou a Sugestão 861-3, no mesmo sentido de fixação da justiça constitucional.

Consectário da criação da justiça constitucional, seria aprovado o "suprimento normativo", instituto por que o juiz ou Tribunal decidiria nor-

mativamente o caso concreto, quando a omissão legislativa prejudicasse o exercício dos direitos e garantias constitucionais.

É lamentável que os constituintes brasileiros tenham perdido uma oportunidade tão própria e rara para mudar a prática constitucional em nosso País.

Conclusão

Estes temas são inconclusos, porque se vão construindo, ao longo do tempo.

Mas, para despertar o debate, alinharemos algumas inferências que julgamos necessárias:

1) há necessidade do desenvolvimento, entre nós, de uma teoria dos direitos fundamentais;

2) sem a visão moderna do processo constitucional, é impossível interpretar e aplicar os novos direitos e garantias constitucionais;

3) a instalação de um tribunal constitucional, ou que outro nome venha a ter, aperfeiçoará o controle das leis;

4) o mandado de injunção deve ser interpretado como uma construção jurídica brasileira;

5) o Poder Judiciário deve firmar os princípios e normas constitucionais.

Bibliografia

ARMANDO M. MARQUES GUEDES — *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, 1987.

J. J. CALMON DE PASSOS — *Constituição e Processo (MSC — MJ — HD)*, Forense, 1989.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO — *Constituição e Défice Procedimental*, *Revista Estado e Direito*, nº 2, 1988.

GONZALES DELEITO — *Tribunales Constitucionales — Organización y Funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1980.

Revista de Informação Legislativa, n.os 100/101 — Senado Federal.

Norma constitucional e eficácia (ângulos trabalhistas)

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Juiz do TRT da 3.^a Região, aposentado;
Professor da UFMG; Advogado em Belo
Horizonte

“Le moderne indagini intorno al linguaggio avrebbero dovuto mettere in chiaro come le scienze normative non possono servirsi di un linguaggio di termini descrittivi.”
— ALESSANDRO GIULIANI, *Contributo ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 174.

1. Em trabalhos anteriores, publicados na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região*, n.º 46 (“Problemas Constitucionais Trabalhistas”) e na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.^a Região*, v. 22, n.º 42, jan./jun. 1989 (Direito de Postulação e Outros Direitos Trabalhistas na Constituição de 1988”), tocamos incidentalmente no problema da formulação, da elaboração e da expressão lingüística das enunciações jurídicas, tendo como referencial de análise o art. 133 da Carta em vigor.

Muito se escreve e muito se escreverá sobre a Constituição de 1988, e uma das prontas conseqüências de sua implantação como *novo* sistema, ou *novo* conjunto ou *novo* agregado formal de normas jurídicas serão sucessivas lombadas nas estantes dos livreiros ou uma escalada de artigos em revistas jurídicas (no que aqui também inelutavelmente incorremos).

Sobre as idéias todas que nos povoam o espírito, algumas parecem renitirem até no plano prático.

Sabe-se, de menino, que a “pressa é inimiga da perfeição”. Sabe-se mais, de adulto nas coisas de direito, que escrever em direito não é escrever literatura. Se assim o é para um ensaio jurídico, uma exposição jurídica, sê-lo-á muito ou tanto mais para uma norma jurídica: um contrato, uma sentença judicial e, ainda mais, para uma lei e lei constitucional.

Já que nos incorremos no anátema do escrevente incontido e embora sempre abominássemos o *a priori* em qualquer formulação conceitual, dada sua índole tipicamente preconceituosa, arriscamo-nos a um lance futurólogo de difícil contestação: a Constituição Federal de 1988, tal a enunciação de suas normas, tal sua tessitura, seu discurso assistemático e até contraditório, por vezes, acarretará a construção de uma constituição paralela pelo Poder Judiciário, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos que ali chegarem.

Pode-se arriscar ainda outra previsão, também de largo alcance: o Poder Judiciário, no caso o juiz, por sua formação tradicionalista e por manipular uma instituição ideológica e funcionalmente tradicionalista, fincada mais na distribuição de interesses como técnica voltada para a segurança social, o Poder Judiciário tenderá certamente a pautar a Constituição de 1988 pelos padrões sedimentados na legislação ordinária por ela encontrada. A responsabilidade por tal postura ou comportamento do Judiciário não poderá ser debitada apenas à índole histórica e política deste poder, mas, talvez preponderantemente, à atecnia, à precariedade conceitual e expressiva e à insegurança jurídico-formal da Constituição. (1)

Constituição é parâmetro: indica os princípios fundamentais, de ordem política, social e econômica, que devem presidir os destinos de uma nação. A sua unidade “principlológica” há de repousar na coerência dos preceitos e das diretrizes político-jurídicas que a compõem.

2. No que diz respeito à formulação de uma norma jurídica — sobrelevando, por sua índole “principlológica” ou organizativa, ou programática ou auto-executável, a norma constitucional —, a sua enunciação é jurídica, e os seus termos, ainda os de linguagem corrente ou extrajurídicos, não dispensam rigor técnico de elaboração.

(1) Cf. CAPELLA, Juan-Ramón. *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*. Barcelona, Editorial Fontanella, 1970, pp. 13 e ss.

Se o constituinte de 1988 optou, acentuadamente, pela Constituição de molde regulamentar — muito além das Cartas de 1946 e de 1967/69 —, que pressupõe a versão escrita e codificada, em especial no que diz respeito a direitos sociais, econômicos, trabalhistas e previdenciários, ⁽²⁾ o seu texto não poderia deixar de observar os cânones mais elementares da técnica de elaboração legislativa, a começar pela sua inserção como um componente jurídico de regramento social.

Sob esse aspecto, o dos umbrais da técnica legislativa, é de rica advertência a passagem de PAWLOWSKI:

“Tudo revela que o preceito jurídico individual — em sua significação e em seu conteúdo, primeiro se entende como ‘preceito jurídico’ — não somente como uma frase, que se possa ler como mera manifestação de algum ou de alguns indivíduos; quando é “interpretado” determina a sua enunciação em sua vinculação com o direito.” ⁽³⁾

A advertência do jurista germânico, dirigida certamente ao juiz, no texto em que discorre sobre a interpretação da lei, indica, mais que um método de abordagem de uma norma jurídica, uma peculiar postura exigível ao aplicador: ao manipular uma regra de direito, deve este precaver-se, antes de tudo, que o objeto de sua operação compõe uma expressão jurídico-normativa, vinculada ao direito e nele incrustada, e não uma “frase”, um produto impresso qualquer como simples manifestação verbal de indivíduos ou de grupos de indivíduos, isto é, como invocações político-ideológicas ou ideológico-políticas, de sabor messiânico, vazadas em estruturas fraseológicas descompromissadas com os centros unitários componentes de uma ordem jurídica.

No discurso jurídico, especialmente na norma jurídica, as idéias-força como que se cristalizam e se ocultam em cada enunciação formal, já que, como timbra em dizer LUDWIG WITTGENSTEIN, “tudo vem na linguagem”.

3. A preocupação de uma mensagem aberta, repassada por vezes de nuances calorosas, sobre ser desnecessária, é incompatível com a for-

(2) Cf. DESPONTIN, Luís A. *Derecho del trabajo. Constitucionalismo social*. Buenos Aires, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Distrib. Victor P. de Zavalla, 1957, esp., p. 229, 2º

(3) PAWLOWSKI, Hans-Martin, *Das Studium der Rechtswissenschaft*. Tübingen, J. C. B. Mohr Auf, 1969, p. 165, a.

mulação do preceito legal, já que ele abriga, por mais desataviado e frio e tecnicamente elaborado, uma matéria jurídica direcionada em contexto translúcido na medida e na segurança escoreita de suas palavras e de seu juízo lógico.

Mostrar-se diferente ou original pela periferia, pelo adorno, por entretempos ornamentais, desatendendo-se a que uma norma jurídica exprime um processo técnico de resfriamento de expressão medida, rigorosamente subentendida, significa isso descompor o ordenamento jurídico e torná-lo um instrumento tendente ao caótico, senão ao ininteligível.

Exemplo claro de inovação expressiva, estranha à área tradicional da técnica legis-enunciativa do direito do trabalho, encontra-se em uma simples palavra trazida pelo n.º XV do art. 7.º da Constituição Federal de 1988:

“XV — repouso semanal remunerado, *preferencialmente* aos domingos;” (*verbis*, grifo nosso).

Preocupam-se juízes, expositores, advogados com o contexto do inciso em sua limitação, ao disciplinar o repouso, que o reduz a “domingos” — como se se derogasse a Lei n.º 605, de 14 de janeiro de 1949, a Lei do Repouso Semanal Remunerado, cortada na parte final de seu art. 1.º, em que acrescenta “domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos *feriados civis e religiosos*, de acordo com a tradição local”, segundo pode pressupor-se do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), em sua segunda e/ou terceira partes —, mas, possivelmente, não devem ter atentado para a novidade do advérbio empregado: *preferencialmente*.

A questão não é de mera filigrana ou preciosismo terminológico. Mas preciso andou o legislador de 1949, ao usar a expressão “*preferentemente* aos domingos”, em que se indica um sentido de exclusão pela ordem, estabelecida, todavia, de forma mais incisiva e até imperativa.

Enquanto *preferente* colhe sua origem direta do latim (*proferens, entis*), como substantivo ou adjetivo, funcionalmente desdobrado do verbo *preferir* (*proferere*, corruptela de *praeferre*), como “aquilo ou aquele que *prefere*”, no sentido de “determinar-se por”, “escolher antes”, a expressão *preferência*, mais emoliente, com diversificação de acepções, resvala para

o subjetivo, como “primazia”, “privilégio”, “superioridade”, ação ou resultado de “escolher antes”.⁽⁴⁾

Na tradição jurídica, já pelo instituto previsto nos arts. 1.149 a 1.157 do Código Civil (“Da Preempção ou Preferência”), esta, segundo PLÁCIDO E SILVA, “possui sentido equivalente a “privilégio”, “precedência” ou “preempção” e, originariamente, “vantagem ou primazia”, até que se aporte no direito creditório, em que

“*pedir preferência ou protestar por preferência é requerer para ser pago ou satisfeito preferencialmente ou privilegiadamente no valor de seu crédito.*”⁽⁵⁾

A captação legal, no direito falimentar, encontra-se modelada no art. 102 do Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências), ao aludir a “dos créditos dos empregados”.

Em conotação também jurídica, em outra esfera da organização legal, é crível tenha o constituinte de 1988 colhido ressonância do Decreto n.º 62.127, de 16 de janeiro de 1968, no art. 39, II (Regulamento do Código Nacional de Trânsito), em que se abrem os quadros da “via preferencial”.

Ultima ratio, quer-se aqui significar que, em sua heterotópica enunciação e terminologia, o n.º XV, do art. 7.º da Carta de 1988 permanece programático, não contém virtualidade própria de subsunção direta na relação de emprego ou do trabalho avulso, por trazer expressão adverbial fosca ou *cambiante*, sem que se possa, com segurança, imprimir qualquer conseqüência jurídica caso não se deixe de exigir trabalho “preferencialmente aos domingos”.

4. No cotejo regra constitucional X legislação ordinária (CLT e legislação complementar), curta abordagem do n.º XVII do citado art. 7.º encherá o aplicador de não pequenas perplexidades, se, em sua exegese, ficará pendente entre a força “gramatical” do inciso, na qualificação rigorosa do fato-suporte desencadeador da parcela de 1/3 de férias — o “gozo” (e a lei continua não trazendo palavras ou expressões ociosas e menos ainda inúteis) — e uma benevolente interpretação econômico-social, com vistas à tutela do economicamente fraco, que se cobre de uma tônica jurídica superior: o empregado.

(4) Cf. FONTINHA, Rodrigo. *Novo dicionário etimológico da língua portuguesa*. Porto, Editorial Domingos Barreira, s/d, p. 1.411; FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Livr. José Olympio Editora, 1954, v. 4, p. 4.102.

(5) Cf. *Vocabulário jurídico*, Rio, Ed. Forense, 1963, v. 1, t. 3, p. 120.

O problema, aqui, é mais do que de simples terminologia ou de atecnia legisferante.

A Constituição Federal, no n.º XVII do art. 7.º, não apresentou qualquer palavra inovadora ou extravagante. Ao legitimar o pagamento de 1/3, a mais, de férias, a Carta sustém a aquisição de tal direito em um caracterizado e específico suporte do direito a férias, que é o seu “gozo”, a sua “fruição” ou o momento de sua “concessão”. O componencial jurídico de tal suporte é inquestionável em sua propriedade, como se vê dos arts. 134, § 1.º (“o empregado não poderá entrar no gozo das férias”), 139, § 1.º, 140 e 141, *caput* e § 3.º (“férias... gozadas”, “os empregados contratados há menos de 12 (doze) meses gozarão...”, “correspondentes às férias coletivas gozadas pelo empregado”), (*verbis*).

Nota-se que o preceito constitucional se dirige ao objetivo fundamental do direito de férias do trabalhador: o seu gozo. Está umbilicalmente ligado, como fato-suporte exclusivo, a ele.

Já as férias chamadas “indenizadas” — que significam a conversão de obrigação mista, de fazer e de dar, em obrigação simples de dar —, encontram-se disciplinadas entre os “efeitos da cessação do contrato de trabalho”, quando, diante do princípio da ruptura potestativa ou unilateral ou bilateral do vínculo, ocorre a impossibilidade da concessão ou do “gozo” das férias.

Embora o art. 146 da CLT fale em “remuneração simples ou em dobro” e o art. 147 diga “direito à remuneração relativa ao período incompleto”, na realidade os pagamentos concedidos pelos dois dispositivos têm natureza reparatória ou ressarcitória, e não salarial.

Na Lei Civil, alentada em uniforme doutrina e jurisprudência, a perda da coisa ou a impossibilidade do cumprimento da obrigação de fazer acarretam sua conversão em dinheiro, no equivalente (Código Civil, art. 865, 2.ª parte, e art. 1.534, especialmente).⁽⁶⁾

O n.º XVII, do citado art. 7.º da Constituição não diz “férias anuais remuneradas”, mas “gozo de férias anuais remuneradas”, o que afasta o princípio da conversão ou da equivalência, em caso de rescisão e de impossibilidade jurídica da concessão das férias.

(6) Cf. MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Revista Forense, 1956, t. 1, p. 171 e ss. e 181 e ss.

Do contrário, estar-se-á desdobrando o fato-suporte gerador do direito a mais 1/3 sobre férias em gozo, sem que a lei (constitucional) o tenha previsto (7).

Se a natureza da parcela superposta pelo art. 7.º, XVII, é de natureza reparatória ou ressarcitória, ocorrerá indenização sobre indenização, *bis in idem*, tendo como resultante o enriquecimento *sine causa* ou o *unjust enrichment*, previsto no Statute Law, (8) em lesão ao disposto no art. 5.º, II, da mesma Carta.

Visto o inciso sob outro prisma — preceito contraditório e desde antanho em convenções coletivas ou regulamentos internos de empresa —, o benefício nele contido, por sua finalidade, visa garantir ao trabalhador a integridade remuneratória por ocasião das férias em gozo, o seu poder aquisitivo à ocasião da volta ao trabalho, na pressuposição de que, na concessão, o salário deverá ser mantido e ao lazer deverá destinar-se a porção de 1/3 acrescida. Do contrário, dar-se-á uma corrosão salarial.

Seja no que toca à natureza jurídica do pagamento das férias, se indenizadas, seja quanto à finalidade ou à versão teleológica da apreensão do dispositivo, a parcela de 1/3 não será cabível nas rescisões.

Todavia, como *nihil novi sub sole*, há colocação diversa, para prestação da mesma espécie, conquanto criada em norma regulamentar e sobre que pontuou o Tribunal Superior do Trabalho sua versão no plano geral da remuneração de férias. O acórdão, de 1972, por si, explica a diversa postura tomada:

“O Regional entendeu que é lícito o dispositivo regulamentar que concede gratificação condicionada ao gozo de férias. Recurso provido. Segundo o regulamento da empresa, o empregado faz jus a uma gratificação, que não terá lugar em caso de rescisão do contrato ou ocorra o pagamento das férias. Pelo dispositivo consolidado — que vincula a empresa em suas disposições regulamentares quanto a efeitos de direitos nelas acrescidos —, a remuneração das férias pagas — em caso de rescisão — não poderá ser inferior à que o empregado perceberia se as tivesse

(7) Para um excelente esclarecimento desse tema — regra de direito e fato-suporte, cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, Ed. Borsóí, 1954, t. 1, pp. 3 a 79 esp.

(8) Cf. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 43.

gozado. Se a recorrida instituiu, por norma regulamentar, uma remuneração adicional para as férias em gozo, essa remuneração incorpora-se, por força do art. 142 da CLT, na esfera jurídica do empregado. Não se pode imprimir a preceito regulamentar, que é contratual, efeito diverso, fracionado, a um direito, que a lei institui íntegra e uniformemente: o valor da remuneração das férias, gozadas ou pagas. Simplesmente, a gratificação compõe o salário de férias, pouco importando a forma em que se satisfaçam. — TST, 2.ª Turma. Proc. RR 1.175/72. Rel. (designado) Min. Ribeiro de Vilhena." (*Apud* BOMFIM, B. Calheiros & SANTOS Silvério dos. *Dicionário de decisões trabalhistas*. 12.ª ed., Rio de Janeiro, Eds. Trabalhistas, 1975, p. 268, ementa n.º 1.872).

A hipótese deve distinguir-se, tão-somente, quanto à espécie de fonte, de que se origina a prestação da gratificação de férias: uma, a lei constitucional, que se sobrepõe à lei ordinária (CLT) e a outra, a fonte contratual-regulamentar, que a ele se sotopõe e por ela pode ser dirigida.

5. Sobre a segura advertência de GUIDO FASSÒ, segundo o qual

"Un invito alla chiarezza terminologica, che è insieme un invito all'onestità intellettuale" (9),

esteja sempre presente a lapidarmente sintética evocação de MARNIERRE:

"A necessidade de uma exata terminologia impõe-se à evidência para toda a ciência ou, mais amplamente, para todo o conjunto de conhecimentos, como ainda para toda a técnica. Mais especialmente ainda se exige isto para as ciências jurídicas, em função do postulado de segurança do comércio jurídico sobre que nos convimos (en fonction du postulat de sécurité du commerce juridique dont nous avons d'abord convenu)." (10)

Espera-se que a construção jurisprudencial, na tarefa de fazer efetiva a Constituição Federal de 1988, esteja sempre alerta para os princípios básicos da unicidade, da incindibilidade conceitual e da harmonia do ordenamento jurídico, em sua missão de preordenar as relações sociais, de si criativas e controvertidas.

(9) Cf. BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Edizione de Comunità, 1977, p. 139, nota 5.

(10) MARNIERRE, E. S. *Éléments de méthodologie juridique*. 1.ª ed., Paris, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1976, pp. 44 e 45.

Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas

ODETE MEDAUAR

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. *Controle financeiro externo.* 2. *Tipologia do controle financeiro externo.* 3. *O Tribunal de Contas na Itália.* 4. *O Tribunal de Contas na Bélgica.* 5. *O Tribunal de Contas na França.* 6. *O órgão de contas na Inglaterra.* 7. *Natureza do Tribunal de Contas em Portugal e na Espanha.* 8. *O Tribunal de Contas no Brasil:* a) *História institucional;* b) *Atribuições;* c) *Natureza;* d) *Natureza das funções;* e) *Aprimoramento do Tribunal de Contas.*

1. *Controle financeiro externo*

Se à própria Administração interessa verificar o modo pelo qual se realizam os gastos públicos, na atividade de seus vários órgãos, de maior relevo então se configura a fiscalização efetuada por poderes ou entidades estranhas à estrutura interna da Administração, em virtude da possível independência com que a realizam. Segundo afirmações da doutrina, o controle financeiro externo da Administração caberia ao Poder Legislativo. Assim, na lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “tradicionalmente o Legislativo é o poder financeiro. De fato, às câmaras, ditas legislativas, por tradição ou data do medievo, compete autorizar a cobrança de tributos, consentir nos gastos públicos, tomar contas dos que usam do patrimônio geral. Na verdade, o poder financeiro das câmaras é historicamente anterior ao exercício, por elas, da função legislativa”⁽¹⁾.

(1) *Curso de Direito Constitucional*, 18ª ed., 1980, p. 138.

Mas, nos ordenamentos do mundo ocidental, nem sempre o Poder Legislativo realiza diretamente a fiscalização financeira da administração e nem sempre cabe-lhe a “última palavra” no assunto. Comum é a invocação das dificuldades que teria o Legislativo, às voltas com tarefas políticas, de cumprir adequadamente a função de controle financeiro, pelo caráter técnico e complexidade crescente de que se reveste. Então, atribui-se a tarefa a entidades denominadas Tribunais ou Corte de Contas, cuja natureza jurídica varia conforme o ordenamento, variando, por conseguinte, seu vínculo com o Poder Legislativo no tocante à independência das decisões finais do procedimento fiscalizador. Tanto se encontra a situação em que o Legislativo tem a “última palavra”, como ordenamento em que o Tribunal de Contas configura jurisdição e praticamente não mantém vínculo com o Legislativo.

No Brasil, em que o Tribunal de Contas, em todos os níveis, não atua com plena independência, registra-se insatisfação a respeito do seu desempenho, notando-se descrédito da população em geral e queixas de seus próprios integrantes.

Assim, o Ministro do Tribunal de Contas da União, VICTOR DO AMARAL FREIRE, no artigo “O Tribunal de Contas e sua Jurisdição” (*Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, junho de 1982, pp. 35-52), refere-se à necessidade de substituir a preocupação do tostão pelo controle do milhão (pp. 43 e 51), propondo uma série de medidas para tornar eficiente e eficaz o controle do Tribunal de Contas.

O ilustre Professor JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, com sua vasta experiência como conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, tece as seguintes considerações, em sua obra *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo — Pesquisa e Atuação*, 1984:

“... o que se vê é esse panorama contristador de os Tribunais, no tocante à administração direta e centralizada, não serem mais que acompanhantes, e sem força, da realização da despesa” (p. 11); “não resta dúvida de que diante do espetáculo triste em que se encontra a fiscalização financeira...” (p. 14); “ao invés disso, ficamos em meio do caminho, assinamos prazos, sustamos atos se o chefe do Executivo não ordenar o contrário, e na hipótese de contratos, onde mais alto se fazia sentir a nossa atuação, ficamos aguardando a palavra do Legislativo, que se não se fizer ouvir, como sóe acontecer, inútil e insubsistente será a nossa atividade” (p. 34); “por ora caminhamos dentro de nossa trilha constitucional, auxiliares de um Legislativo combatido e com função secundária na nossa vida pública. As maiores críticas que nos são dirigidas não são motivadas pela nossa inércia e pela nossa omissão, mas sim pela ausência de ferramentas de trabalho e por um completo descaso e desconhecimento das nossas forças e de nossa atividade possível” (p. 44).

Ao estudar questões relativas ao controle da Administração Pública na América Latina, o argentino AGUSTIN GORDILLO afirma o seguinte a respeito dos Tribunais de Contas e outros organismos análogos de fiscalização externa:

“Consideramos, com base na experiência de nossos países, que estes controles são inaptos para produzir mudança de mentalidade, de atitudes, de comportamentos e crenças; ao contrário, podem estar retroalimentando o sistema coadjuvando a crescente regulamentação da atividade pública, realçando a formalidade em detrimento da eficácia” (2).

Para melhor reflexão sobre os problemas relativos ao controle realizado pelo Tribunal de Contas no Brasil, serão estudadas antes as modalidades do controle financeiro externo, as características fundamentais dos Tribunais de Contas ou órgãos análogos em alguns ordenamentos estrangeiros.

2. Tipologia do controle financeiro externo

A doutrina pátria menciona habitualmente três modalidades tradicionais de fiscalização financeira, de acordo com o momento, em relação à medida controlada, em que se realiza. Assim, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (3) e CARLOS S. DE BARROS JUNIOR (4) apontam o tipo italiano, o tipo belga e o tipo francês. O tipo italiano e o tipo belga consistem em fiscalização efetuada antes da realização da despesa; no modelo italiano o veto prévio acarreta impedimento, absoluto ou relativo, à despesa, no sentido de proibir ou suspender, respectivamente, o ato submetido ao controle (veto absoluto e veto limitado). No modelo belga só ocorre veto limitado, configurando, então, fiscalização prévia admonitória, como afirma CARLOS S. DE BARROS JUNIOR (5). O tipo francês caracteriza-se pela fiscalização *a posteriori*, após a realização da despesa.

Outro critério para distinguir os controles financeiros externos diz respeito ao órgão encarregado de realizá-los, apontando-se a fiscalização efetuada por Tribunais ou Cortes de Contas, portanto, entes colegiados e a fiscalização atribuída a órgão singular, como ocorre no ordenamento inglês.

E no elenco dos ordenamentos do mundo ocidental, diferenciam-se, de acordo com a natureza dos entes de contas, aqueles que têm natureza jurisdicional, como é o caso da França e aqueles dotados de natureza administrativa, como ocorre na Espanha.

(2) *Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, 1981, p. 79.

(3) *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, pp. 105-110.

(4) *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, 1969, pp. 138-145.

(5) *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, 1969, p. 139.

3. O Tribunal de Contas na Itália

O Tribunal de Contas (*Corte di Conti*) italiano realiza controle prévio e controle posterior.

Submetem-se ao controle prévio: *a*) os decretos do Chefe de Estado, sob o aspecto da legalidade e sob o aspecto financeiro, quando importem despesa; ficam isentos do controle os decretos relativos ao exercício de atribuições políticas do Governo (ex.: nomeação de Ministros, dissolução do Parlamento etc.); *b*) os decretos ministeriais que importem despesa e para os quais exista norma que os sujeite ao controle da Corte, incidindo igualmente sobre o aspecto financeiro e de legalidade genérica⁽⁶⁾. Segundo ALESSI, para fins do controle o Ministério competente remete à Corte o ato, acompanhado dos respectivos documentos; se o ato for considerado legal, é registrado e sobre o próprio ato é aposto o visto; se eivado de ilegalidade, é remetido ao Ministério com as observações cabíveis; se o Ministério insistir no registro e o Conselheiro de Contas a quem fora distribuído o processo insistir em seu ponto de vista, a seção emite pronunciamento; se esta também recusar registro, o Ministro tem a possibilidade de submeter o ato ao Conselho de Ministros, o qual pode solicitar que a Corte se pronuncie em sessão única; quando o conflito perdura, a Corte é obrigada a registrar com reserva, o que significa que o ato pode ser executado sob a responsabilidade política do Ministro e do Governo: para tal fim, a Corte de Contas deve comunicar, quinzenalmente, ao Parlamento o rol dos registros com reserva, para que o Parlamento possa avaliar sob o aspecto político se existem graves razões de interesse público que tornem imprescindível a execução de ato ilegítimo⁽⁷⁾. Alguns atos, por disposição de lei, não admitem registro com reserva: *a*) empenhos e ordens de pagamento quando violem a lei de orçamento; *b*) os atos de nomeação e promoção de funcionários de qualquer categoria, quando ultrapassem o quadro existente; *c*) as ordens de crédito ou adiantamento a favor de funcionários delegados, quando emitidas além dos limites estabelecidos pela lei⁽⁸⁾.

A respeito do sistema de fiscalização prévia da Itália o Ministro VICTOR DO AMARAL FREIRE, do Tribunal de Contas da União, no artigo "O Tribunal de Contas e sua Jurisdição" (*Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, junho de 1982, pp. 40 e 41), informa que a maior parte dos gastos públicos na Itália, desde 1946, se realiza no regime de adiantamento, procedimento que impede o controle preventivo, predominando, assim, o controle *a posteriori*, e conclui que "o registro prévio na Itália, que influenciou em legislação brasileira já abolida, não mais existe, foi substituído por técnicas controladoras mais modernas". A doutrina italiana, no entanto, continua a mencionar a fiscalização prévia, nos termos

(6) ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, 1978, pp. 150-151.

(7) ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, 1978, pp. 151-152.

(8) ALESSI, *op. cit.*, p. 152.

acima expostos, o que nos leva a concluir que esse controle ocorre, mas de forma atenuada.

Embora famoso pela fiscalização prévia, o Tribunal de Contas italiano efetua controle *a posteriori*, sob os aspectos financeiro e contábil.

Há um controle geral sobre toda a gestão financeira do Estado, por meio da prestação de contas geral. Segundo GIANNINI, as prestações de contas gerais, devidas por todos os entes públicos, são atos financeiros com os quais os órgãos do governo e da administração operacional de um ente público submetem ao juízo de outros órgãos a exposição analítica da gestão financeira exercida no exercício financeiro precedente⁽⁹⁾. A prestação de contas do Estado é apresentada pelo Ministro do Tesouro até 30 de junho de cada ano e apreciada pelas Sessões reunidas em Sessão única do Tribunal de Contas, que deve emitir juízo técnico de conformidade ou não conformidade; a Corte expede também relatório com manifestações críticas sobre disfunções da administração; com esse relatório, segundo GIANNINI, o controle da Corte torna-se substancial, não sendo propriamente de gestão, nem controle meramente contábil; a decisão de conformidade ou não conformidade e o relatório são encaminhados ao Parlamento, ao qual compete a aprovação da prestação de contas geral⁽¹⁰⁾.

Para GIANNINI, a prestação de contas geral existe em função de um juízo sobre a gestão do orçamento; além do mais, informa a respeito da experiência da gestão efetuada, em vista das escolhas para o orçamento futuro; ou seja, a prestação de contas geral deveria trazer elementos para propiciar modificações do orçamento e até alterações de normas substanciais; mas, na prática, a experiência não é positiva, nunca o Parlamento utilizou a prestação de contas para os orçamentos posteriores e para o controle da Administração e do Governo; o Parlamento não toma em consideração a prestação de contas do Estado, que aprova com muito atraso, por vezes ultrapassando o período da Legislatura⁽¹¹⁾.

A Corte de Contas realiza também fiscalização sobre a gestão financeira de entes subvencionados pelo Estado, repartidos em duas categorias, nas quais podem estar incluídas empresas estatais: a) os que recebem contribuições periódicas do Estado ou que têm autorização para ordenar impostos, taxas ou contribuições ou aqueles aos quais tais receitas são destinadas; b) os entes para os quais o Estado contribui com acréscimos ao capital, serviços e bens ou mediante concessão de garantias financeiras; os primeiros sujeitam-se ao controle sucessivo, mediante remessa à Corte de prestação de contas e orçamento do exercício; os segundos, além do controle sucessivo, recebem fiscalização concomitante, pois um magistrado

(9) *Istituzioni de Diritto Amministrativo*, 1981, p. 600.

(10) GIANNINI, *op. cit.*, pp. 600 e 601.

(11) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, pp. 601 e 605 (nota 8).

da Corte de Contas assiste às seções dos órgãos de administração e controle (12).

Além do controle sucessivo geral, a Corte de Contas exerce controle sucessivo especial sobre atos dos agentes contábeis. Nessa função a Corte de Contas tem natureza jurisdicional, sendo estudada pela doutrina como jurisdição administrativa especial (13). De acordo com ALESSI, nessa matéria a jurisdição da Corte de Contas é exclusiva, plena e inquisitória ("sindicatória"); exclusiva, no sentido de que lhe cabe apreciar todas as questões nas matérias de sua competência, o que exclui desse âmbito qualquer outra autoridade jurisdicional, de modo particular à autoridade judiciária ordinária e o Conselho de Estado; por orientação jurisprudencial conhecem, além das questões principais expressamente atribuídas todas as questões prejudiciais ou incidentais; é plena porque nas matérias de sua competência conhece questões de direito e de fato e porque pode pronunciar decisões declaratórias, constitutivas e de condenação; é inquisitória ("sindicatória") porque não se vincula a decisões administrativas anteriores, nem a argumentos invocados pelas partes (14).

As funções jurisdicionais da Corte de Contas se exercem nas seguintes matérias:

a) prestação de contas dos agentes contábeis, aí incluídos: 1) os agentes encarregados, a qualquer título, de arrecadar as várias entradas do Estado e recolher as somas do tesouro; 2) todos os que recebem dinheiro do Estado a fim de realizar pagamentos por conta deste; 3) todos os depositários de gêneros, objetos e materiais pertencentes ao Estado; 4) todos aqueles que, mesmo sem autorização legal, desempenham funções próprias dos órgãos administrativos e arrecadam somas pertencentes ao Estado (agentes contábeis de fato) (15);

b) responsabilidade contábil e patrimonial dos agentes públicos;

c) recursos do interessado em matéria de aposentadoria dos funcionários públicos;

d) litígios referentes a relações funcionais dos agentes da própria Corte de Contas.

No tocante ao juízo de contas, inicia-se com a remessa à Corte de Contas da prestação de Contas; um membro do colegiado é designado relator, também com poderes de instrução; se o relator verifica a regula-

(12) LANDI e POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 1978, p. 377; GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p. 164; FRANCESCO VITO, Controle da Empresa Pública, in *RDA* nº 60, abr./jun. 1960, p. 425.

(13) Cf. ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, 1978, vol. II, pp. 955-970; GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, pp. 598-606; e LANDI e POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., 1978, pp. 829-838.

(14) *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. II, 1978, pp. 956-957.

(15) ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. II, 1978, pp. 958-959.

ridade, o Presidente da Seção, depois de ouvida a Procuradoria Geral e esta se manifestar no mesmo sentido, aprova a prestação de contas. Se o relator ou a Procuradoria apontam irregularidade, é fixada audiência perante a Seção, e o agente contábil pode oferecer defesa; a sentença da Corte pode ser de aprovação ou de condenação, podendo o agente, neste caso, apresentar recurso às Seções Reunidas.

Junto à Corte de Contas atua a Procuradoria Geral, que representa o Ministério Público, com funções de fiscal da lei e de representante dos interesses patrimoniais do Estado.

Caso o agente contábil não apresentar contas no prazo legal, ou a Administração compile, de ofício, os dados de que dispõe e remete à Corte ou o Procurador-Geral provoca da Corte a edição de atos com fixação de prazo ao agente; não desatendido o prazo, a Corte pode impor multa ao agente pelo atraso, determinando que a Administração realize a compilação, às expensas do agente.

A condenação do agente importa a exigência de pagamento de importância correspondente ao que na prestação de contas for considerado irregular. O procedimento contencioso pode ser evitado em razão do chamado "procedimento monitorio"; se for verificada irregularidade até determinado montante, o Presidente, ouvido o Procurador-Geral, pode determinar ao agente o pagamento do débito, mediante ciência ao mesmo; a concordância deste acarreta a emissão de ordem de pagamento que tem força de título executivo.

Compete ainda à Corte de Contas italiana, no âmbito de suas funções jurisdicionais, a verificação da responsabilidade contábil e patrimonial dos agentes públicos (responsabilidade por dano ao erário, segundo GIANNINI) (16). A iniciativa pertence ao Procurador-Geral, mediante solicitação da Administração ou por elementos colhidos de outras fontes. Por iniciativa também do Procurador-Geral, a Corte de Contas pode determinar, por ato motivado, seqüestro de bens móveis e imóveis do indicado. O procedimento é contencioso, nos moldes do julgamento de contas. Ao reconhecer a responsabilidade, por dolo ou culpa, a Corte condena o agente ao ressarcimento, superiores hierárquicos que, por dolo ou culpa, deixaram de efetuar a denúncia à Procuradoria Geral após conhecimento dos fatos. Nesse âmbito também é admitido o "procedimento monitorio", já referido, assim como às Seções Reunidas.

Cabe-lhe também exercer a jurisdição sobre alguns aspectos da aposentadoria dos funcionários públicos: recusa da Administração em conceder aposentadoria e proventos inferiores aos que o funcionário tenha direito. Nas duas hipóteses inicia-se o processo mediante recurso do interessado. Julga ainda recursos interpostos pelo Procurador-Geral quando este considera lesivo ao erário ato relativo a aposentadoria de agente público.

(16) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p. 511.

Por fim, exerce a Corte de Contas italiana a chamada "jurisdição doméstica" (17), pois em Seções Reunidas julga recursos referentes a litígios funcionais dos seus funcionários e magistrados, os quais, desse modo, foram retirados da competência do Conselho de Estado.

Como se deduz, a Corte de Contas na Itália, diferentemente do que se divulga, não exerce somente fiscalização prévia sobre a Administração Pública, mas na qualidade de jurisdição administrativa especial realiza controle *a posteriori* da gestão financeira, competindo-lhe ainda a apuração e julgamento da responsabilidade contábil e patrimonial dos agentes públicos. Embora dotado de melhores e mais eficazes meios para realizar a fiscalização financeira, também enfrenta dificuldades. De acordo com observações de GIANNINI, "o juízo de contas permanece um instituto primitivo e não racional, dificilmente ajustável também com remédios legislativos; por outro lado, transformado em juízo por amostragem, tornou-se substancialmente um controle administrativo" (18). Em outra passagem, o mesmo autor aponta outra questão: "os juízos de contas, como jurisdição contábil, configuram instrumentos ambíguo e desproporcionado, porque os prejuízos às finanças públicas não provêm dos agentes contábeis, meros executores, mas dos grandes ordenadores de despesa e não existem verificações substanciais das despesas ordenadas (como demonstram os repetidos eventos que a imprensa costuma apresentar, muito facilmente, como escândalos) (19).

4. O Tribunal de Contas na Bélgica

Tendo em vista que o modelo belga tornou-se tipo clássico de atuação de Tribunal de Contas, pareceu-nos oportuno expor suas linhas fundamentais, embora com base num único texto, *polycopié*, como se diz na França e na Bélgica, para expressar a publicação intermediária entre a apostila e o livro, reproduzido sob responsabilidade do professor da disciplina em gráfica da Universidade. O *polycopié* em apreço é o *Cours de Droit Public*, segundo volume, do Professor belga FRANÇOIS PERIN, 1970, editado por "Les Presses Universitaires de Liège".

Os membros da Corte de Contas da Bélgica são nomeados pela Câmara dos Deputados, para mandato de seis anos, renovável indefinidamente, o que, na prática, equivale à nomeação vitalícia; são recrutados entre os funcionários da própria Corte que adquiriram grande experiência no mecanismo financeiro do Estado, embora a lei não exija condição especial para a nomeação; o critério de escolha mencionado decorre de prática costumeira.

O Tribunal de Contas belga desempenha atribuições administrativas e atribuições jurisdicionais.

(17) LANDI e POTENZA *Manuale di Diritto Amministrativo*, 6.ª ed., 1978, p. 836.

(18) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p. 600.

(19) *Op. cit.*, p. 602.

Entre as administrativas está a redação da prestação de contas geral do Estado, reunindo as prestações de contas dos Ministros, cada qual no âmbito do seu órgão. Juntamente com a prestação de contas é elaborado, a cada ano, um "caderno de observações", no qual a Corte registra suas críticas à gestão financeira. Essa conta geral é prévia à votação, pelo Parlamento, da lei de contas, que abrange as receitas e despesas do Estado realmente realizadas durante o ano anterior; tais leis são votadas às vezes com certo atraso, o que lhes retira todo interesse.

A Corte de Contas exerce também fiscalização sobre as contas das empresas estatais, que lhes são remetidas pelo Ministro das Finanças, após terem sido elaboradas sob autoridade do Ministro a que se vincula cada uma; a Corte de Contas pode realizar auditoria contábil nos locais de funcionamento das empresas e publicar as contas fiscalizadas nos seus "cadernos de observações" (20).

Segundo PERIN, a principal atribuição administrativa da Corte de Contas belga é o visto que apõe à ordem de pagamento do tesouro para os ordenadores de despesas, que na Bélgica são os Ministros responsáveis ou seus funcionários delegados; em princípio todas as despesas são submetidas ao visto da Corte de Contas; algumas despesas fixas ficam isentas do visto, justamente em virtude de sua periodicidade, mas, toda decisão, mesmo individual, submete-se, na origem, a um visto da Corte de Contas, sobretudo em matéria de fixação de vencimentos ou de pensão; à Corte de Contas não compete apreciar o mérito da despesa; recusar o visto se for ilegal; em caso de recusa, o processo retorna à autoridade de origem, com os motivos da Corte; o Conselho de Ministros pode não fazer caso da recusa e ordenar o pagamento da despesa, sob sua responsabilidade; então, a Corte de Contas aponta o fato ao Parlamento (*Cours de Droit Public*, vol. II, 1970, pp. 308-309).

Na afirmação do mesmo autor, a Corte de Contas apresenta-se como jurisdição administrativa, que exerce controle sobre todos os contadores do tesouro e das províncias; ao fim de seu mandato os contadores são obrigados a apresentar à Corte prestação de contas de fim de gestão; a decisão definitiva da Corte declara se eles estão liberados ou em débito; no primeiro caso, a Corte pronuncia seu desencargo e ordena a restituição das cauções; no segundo caso, a Corte condena o contador a recolher ao tesouro a soma devida, em prazo determinado (*op. cit.*, p. 309).

A Corte pode impor multas e provocar medidas disciplinares contra os contadores negligentes.

As decisões da Corte de Contas podem ser reapreciadas pela Corte de Cassação; se esta anula, por razões de direito, decisão da Corte de Contas, o assunto é submetido a uma Comissão especial formada pela Câ-

(20) JACQUES STASSEN, Aperçu du Contrôle des Entreprises Publiques en Belgique, Separata do livro *Estudios en Homenaje al Profesor Lopes Rodó*, Madrid, 1972, p. 252.

mara de Representantes (Deputados) que julgará, em última instância, como se fosse uma outra Corte de Contas.

Do exposto, nota-se, em primeiro lugar, a existência de controle prévio pelo visto a ser apostado a toda ordem de pagamento; a recusa, no entanto, pode ser desprezada se o Conselho de Ministros determinar o pagamento rejeitado; muitas despesas, pela periodicidade, fogem da exigência de visto. Observa-se também que a Corte de Contas atua como jurisdição administrativa no julgamento de contas de contadores, cuja decisão pode ser reapreciada pela Corte de Cassação. Ressalte-se, em terceiro lugar, o papel da Comissão especial formada pela Câmara dos Deputados, que poderá reformar decisão da Corte de Cassação, o que permite deduzir que, apesar da natureza jurisdicional em matéria de gestão de contadores, a última palavra cabe ao Legislativo.

5. O Tribunal de Contas na França

A Constituição francesa de 1958, na última parte do art. 47, inserido no título denominado "Relações entre o Parlamento e o Governo", dispõe o seguinte:

"A Corte de Contas assiste o Parlamento e o governo no controle da execução das leis de Finanças."

Criada em 1807, atualmente as várias categorias dos seus membros são recrutadas de modo parecido ao efetuado para o Conselho de Estado, isto é, pela via da Escola Nacional de Administração na origem, ocorrendo, depois, escolhas internas ou entre funcionários de órgãos financeiros; seus magistrados (primeiro presidente, presidentes de Câmaras, conselheiros-chefe, conselheiros-referendários, auditores) gozam de vitaliciedade.

Institucionalmente, a Corte de Contas na França insere-se entre as jurisdições administrativas, cujas decisões ficam sujeitas, mediante recurso, a reexame do Conselho de Estado (21).

De acordo com VEDEL, a "Corte de Contas tem atribuições não jurisdicionais de caráter consultivo para as quais não está, evidentemente, submetida ao controle do Conselho de Estado: pareceres, declarações de conformidade, relatório anual" (22).

Compete também à Corte de Contas francesa as atribuições da antiga Comissão de Verificação de Contas das Empresas Estatais, de julho de 1976; trata-se de controle financeiro *a posteriori*, destinado à verificação da regularidade das contas e correto emprego do dinheiro público pelas estatais.

(21) Cf. VEDEL, *Droit Administratif*, 1973, p. 481; WALINE, *Précis de Droit Administratif*, vol. 1969, p. 123; DEBBASCH, *Droit Administratif*, 1968, p. 420.

(22) *Droit Administratif*, 1973 p. 482.

(23) VEDEL, *Droit Administratif*, 1973, p. 483.

“Como jurisdição, a Corte de Contas é juiz de direito comum das contas dos contadores públicos” (23). Nessa função, cabe-lhe julgar tão-somente a regularidade objetiva das contas, não a culpabilidade subjetiva do contador. Foge a sua competência a apreciação dos atos dos ordenadores de despesa.

Junto à corte de Contas atua um Ministério Público, chefiado por Procurador-Geral.

Segundo WALINE, a Corte de Contas exerce jurisdição sobre todos os contadores públicos que são obrigados a submeter anualmente suas contas a esse órgão, sob pena de multa; as decisões da Corte de Contas têm autoridade de coisa julgada (24).

As contas são submetidas à sede da Corte, em Paris, e submetem-se ao primeiro exame de um auditor ou conselheiro-referendário, depois a um segundo exame por um conselheiro-chefe; efetua-se o julgamento por uma das Câmaras da Corte; se o contador é declarado desobrigado, as garantias adotadas pelo Tesouro sobre o patrimônio do contador tornam-se liberadas; se o contador está em débito, todas as cauções são mantidas, acrescentando-se a hipoteca judicial; a decisão é transmitida ao Ministro das Finanças para a execução; na eventualidade de verificação de malversações de caráter delituoso, o Ministério Público, junto à Corte, alertará as jurisdições repressivas; da decisão da Corte cabe recurso de cassação por vício de forma, violação da lei e incompetência, a ser apreciado por outra Câmara da Corte, diferente da que julgou inicialmente; mantida a decisão, sobe ao exame do Conselho de Estado (25).

Além do Tribunal de Contas, o ordenamento francês dispõe, para o controle financeiro externo, da Corte de Disciplina Orçamentária, criada em 1948, ampliada sua competência por lei de 1971; visa a instituir responsabilidade efetiva dos ordenadores; estão sob a jurisdição da Corte de Disciplina Orçamentária todos os funcionários, salvo os Ministros, que atuam na execução do orçamento, os agentes de entidades que recebem recursos financeiros do Estado (autarquias) e agentes de entidades cujos resultados financeiros interessam ao Tesouro (sociedades de economia mista, por exemplo); são os seguintes os atos passíveis de punição: a) comprometimento de despesas não submetidas ao controle financeiro; b) falsas imputações, isto é, imputar uma despesa em crédito diferente do que lhe diz respeito quanto ao seu objeto ou data; c) o comprometimento de despesas, apesar da recusa de visto do controlador; d) toda violação de leis sobre despesas ou receitas do Estado; e) o fato de ter propiciado ao contratado benefício duplo em relação ao benefício normal; a responsabilidade do funcionário fica liberada se ele apresentar ordem escrita de superior hierárquico, sendo este, então, a responder pelo ato (26).

(24) *Précis de Droit Administratif*, vil. I, 1969, pp. 125, 126, 127.

(25) WALINE, *Précis de Droit Administratif*, vol. I, 1969, pp. 128 e 129.

(26) WALINE, *Précis de Droit Administratif*, vol. I, 1969, pp. 129, 130, 131.

Como a Corte de Contas, a Corte de Disciplina Orçamentária tem natureza jurisdicional, figurando entre as jurisdições administrativas cujas decisões podem ser reexaminadas, por meio de recurso, pelo Conselho de Estado; a instrução é contraditória; suas decisões têm autoridade de coisa julgada. De seus integrantes, metade pertence ao Conselho de Estado e metade à Corte de Contas. A título de repressão e de reparação, ao mesmo tempo, a Corte de Disciplina Orçamentária impõe multas, fixadas em relação à remuneração anual bruta do agente; a publicidade das decisões da Corte ocorre por meio de reprodução no *recueil Lebon* e se impõe multa, por divulgação facultativa no jornal oficial⁽²⁷⁾.

A fiscalização financeira externa no ordenamento francês realiza-se pela atividade da Corte de Contas, para os contadores públicos, e pela Corte de Disciplina Orçamentária, para os ordenadores de despesa (salvo os Ministros), ambas com natureza de jurisdição administrativa, cujas decisões gozam de autoridade de coisa julgada.

Em termos institucionais, embora figure na Constituição no título referente às “Relações entre o Parlamento e o Governo”, apresenta-se como órgão jurisdicional, independente de qualquer Poder, não se mencionando na doutrina eventual condição de auxiliar quer do Legislativo quer do Executivo.

6. O órgão de contas na Inglaterra

O controle financeiro externo na Inglaterra compete à Câmara dos Comuns, que o realiza por meio da Comissão de Contas Públicas, já estudada no capítulo destinado ao controle parlamentar, e do “Controlador e Auditor Geral” (*Comptroller and Auditor General*).

O “Controlador e Auditor Geral” vem mencionado na maioria dos trabalhos dedicados ao controle financeiro externo da Administração Pública como exemplo de fiscalização realizada por órgão singular; é um alto funcionário que permanece em função enquanto atue de modo correto (*during good behavior*); só pode ser destituído pela Coroa por moção conjunta das duas Câmaras do Parlamento. Como o nome indica, desempenha duas funções principais. Fiscaliza pagamentos da conta aberta no banco da Inglaterra (*Consolidated Fund*) depois de certificar-se de que os recursos foram votados para a respectiva finalidade; exerce auditoria sobre as contas de todos os departamentos do governo e assegura que o dinheiro seja aplicado em finalidades para as quais foi votado; é obrigado a apresentar anualmente ao Parlamento relatório sobre contas orçamentárias; como já se mencionou, presta assessoria para a Comissão de Contas Públicas da Câmara dos Comuns; dispõe de amplo grupo de auditores, alguns dos quais permanecem junto aos departamentos do governo realizando auditoria de contas ou acompanhando as despesas⁽²⁸⁾.

(27) VEDEL, *Droit Administratif*, 1973, p. 483.

(28) H. W. CLARKE, *Constitutional and Administrative Law*, Londres, 1971, pp. 78-79.

7. *Natureza do Tribunal de Contas em Portugal e na Espanha*

A Constituição portuguesa de 1976, em artigos que não receberam alteração na revisão de 1982, insere o Tribunal de Contas entre os tribunais (art. 212, L. c), dando-lhe competência para emitir parecer sobre a Conta Geral do Estado, para fiscalizar a legalidade das despesas públicas e para julgar as contas que a lei mandar submeter-lhe (art. 219). O art. 108, item 8, atribui o controle da execução do orçamento ao Tribunal de Contas e à Assembléia da República “que, precedendo parecer daquele tribunal, apreciará a Conta Geral do Estado, incluindo a segurança social”.

Vê-se, portanto, que em Portugal o Tribunal de Contas integra o Poder Judiciário, mas no tocante à Conta Geral do Estado, seu parecer depende de manifestação da Assembléia da República para ser aprovado ou rejeitado.

Na Espanha a Constituição de 1978 cuida do Tribunal de Contas no título dedicado à Economia e Finanças, não o incluindo no título referente ao Poder Judiciário. De acordo com o art. 136, o Tribunal de Contas é o órgão supremo fiscalizador das contas e da gestão econômica do Estado, assim como do setor público; dependerá diretamente das Cortes Gerais (Parlamento) e exercerá suas funções por delegação destas no exame e comprovação da Conta Geral do Estado; o Tribunal de Contas remete ao Parlamento informe anual em que, se for o caso, comunicará as infrações ou responsabilidades em que, a seu juízo, se tiver incorrido; os membros do Tribunal de Contas gozam da mesma independência e inamovibilidade e estão sujeitos às mesmas incompatibilidades dos juizes.

Na Espanha, como se verifica, o Tribunal de Contas não é órgão jurisdicional; a Constituição ressalta sua dependência direta do Parlamento, embora assegure aos seus membros as mesmas garantias de independência da magistratura.

“Atualmente cabe-lhe com plena independência o exame e comprovação das contas referentes aos realizados na execução da lei do Orçamento, assim como as contas de todos os organismos oficiais que recebem ajuda ou subvenção com recursos orçamentários e de organismos autônomos” (29). No entendimento de RAMÓN MARTÍN MATEO, “na prática o controle realizado pelo Tribunal de Contas produz efeitos pouco importantes, pelo que necessita de revitalização, possível ante o marco constitucional na Espanha” (30).

8. *O Tribunal de Contas no Brasil*

a) *História institucional*

O Tribunal de Contas no Brasil foi criado por iniciativa de Rui Barbosa, no Governo Provisório do qual era Ministro da Fazenda, por meio

(29) MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, 1980, p. 182.

(30) *Manual de Derecho Administrativo*, Madri, 1980 p. 183.

do Decreto-Lei n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890. É reproduzida com freqüência, na doutrina, parte da justificativa de Rui à criação desse órgão. “É o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocando em posição autônoma, com atribuição de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais ao organismo constitucional...”

A Constituição de 1891, no art. 89, inserido nas Disposições Gerais, estabeleceu o seguinte:

“É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de prestadas ao Congresso.”

Como notou FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA, na compilação “Constituições do Brasil”, Editora Saraiva, 1963, p. 161, na verdade aquele órgão não foi instituído pela Constituição de 1891, que lhe deu presença constitucional, reconhecendo sua necessidade e inscrevendo-o no seu texto, a fim de que o legislador ordinário “nem o abolisse, nem lhe enxertasse missão outra que não fosse a de liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

Vê-se, portanto, que a Constituição de 1891 não o inseriu em nenhum dos capítulos dedicados à disciplina de organização e funcionamento dos Poderes, atribuindo-lhe somente as funções acima indicadas.

Na Constituição Federal de 1934 o Tribunal de Contas vem incluído no capítulo denominado “Dos Órgãos de Cooperação nas Entidades Governamentais”, onde também se disciplinava o Ministério Público, fora, portanto, da tradicional separação de poderes. O art. 99 dispunha o seguinte:

“É mantido o Tribunal de Contas que, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.”

E o parágrafo único do art. 100 trazia o seguinte preceito:

“O Tribunal de Contas terá, quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as mesmas atribuições dos tribunais judiciários.”

O legislador constituinte identificou o Tribunal de Contas ao Judiciário somente no tocante à organização do seu Regimento e da sua Secretaria, como se pretendesse ressaltar ausência de natureza jurisdicional do órgão de contas, embora utilizasse o vocábulo “julgará” no art. 99.

A Constituição de 1937 cuidou do Tribunal de Contas na parte dedicada ao Poder Judiciário (art. 114).

Na Constituição de 1967 e na Emenda n.º 1/69 vinha inserido no capítulo destinado ao Poder Legislativo e na seção referente ao Orçamento (arts. 76 e 77); o art. 77, ao arrolar suas atribuições, usa as expressões “julgar as contas” e “julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões”.

Na Constituição de 1967 e na Emenda n.º 1/69 vinha inserido no capítulo referente ao Poder Legislativo e na seção destinada à Fiscalização Financeira e Orçamentária, mencionando ambos os textos competir ao Congresso Nacional o controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

A Constituição de 1988 manteve o quadro acima, modificando o modo de escolha dos integrantes do Tribunal de Contas e trazendo algum reforço nos meios de atuação.

b) Atribuições

Para que se possa discorrer sobre a natureza jurídica do Tribunal de Contas do orçamento pátrio, como seqüência lógica torna-se mister primeiramente expor suas atribuições, pois delas decorrem, em grande parte, as controvérsias sobre seu posicionamento institucional.

Cabe lembrar que a competência, organização e composição previstas pela Constituição Federal para o Tribunal de Contas da União, aplicam-se, em essência, aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, por força do art. 75, que assim prevê de modo expresso.

As atribuições do Tribunal de Contas são as seguintes:

I — dar parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; não sendo estas enviadas dentro do prazo de sessenta dias da abertura legislativa (arts. 51, II e 84, XXIV), o fato será comunicado ao Congresso Nacional para que a Câmara dos Deputados efetue a tomada de contas daquela entidade (art. 51, II).

Essa tarefa encontra-se disseminada nos Tribunais ou órgãos de contas do mundo ocidental, como por exemplo, na Itália, Bélgica, Portugal e Inglaterra, independentemente da natureza jurídica da instituição; tais contas aparecem com os nomes de “prestação de contas geral”, “Conta Geral do Estado”, “contas orçamentárias”; a manifestação do Tribunal ou órgãos de contas, por sua vez, recebe diversas denominações: “juízo técnico de conformidade ou não conformidade”; “caderno de observações”; “relatório”; “informe”, todos submetidos à apreciação do Poder Legislativo.

A emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas pelo Chefe do Executivo CARLOS S. DE BARROS JUNIOR⁽³¹⁾ confere o nome de controle ou fiscalização.

(31) *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, 1969; p. 148.

Para alguns especialistas, como o Ministro do Tribunal de Contas da União, VICTOR DO AMARAL FREIRE e o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado AÉCIO MENNUCCI, as contas enviadas pelo Chefe do Executivo Federal e Estadual não são contas; para o primeiro, tais contas "não são do Presidente da República, mas do respectivo exercício financeiro; o Chefe do Executivo apenas as encaminha ao Congresso Nacional, para julgamento, que o fará após parecer do Tribunal de Contas" (82). O Conselheiro AÉCIO MENNUCCI afirma que

"essas contas nada mais são do que extenso relatório, que é acompanhado do Balanço Geral e demais demonstrações financeiras correlatas e pelos quais se procura demonstrar o que foi gasto (despesa) e o que foi arrecadado (receita) no exercício encerrado, dando-se ênfase especial ao desempenho orçamentário do Estado e às realizações do governo dentro do mesmo período. (84).

Manifesta-se primeiro contrário à eliminação desse parecer prévio e à remessa ao Legislativo; entende ser imperiosa sua manutenção, mas com reformulação profunda, tanto no tocante à sua elaboração como aos fins a que se destina; propõe a remessa obrigatória anual ao Legislativo, pelo chefe do Executivo, de um documento, denominado de "Exposição sobre a Execução dos Orçamentos e da Administração Financeira dos Órgãos da Administração Direta e Indireta", a ser submetida ao prévio pronunciamento do Tribunal de Contas, que a examinaria em seus aspectos técnicos, emitindo documento denominado "Relatório", que diria da veracidade e autenticidade das contas e se manifestaria sobre seu conteúdo; o Legislativo, à vista dos dois documentos, levaria em consideração as observações efetuadas por ocasião da votação de futuros orçamentos, provocaria reformulação total ou parcial da legislação financeira em vigor e adotaria outras medidas que lhe parecessem convenientes; segundo o Ministro essa nova posição tornará bem claro que uma coisa é a fiscalização financeira e orçamentária em minúcias e o julgamento dos agentes governamentais, feito diuturnamente, de competência expressa do Tribunal de Contas; outra, a apreciação política da globalidade da ação do Poder Executivo, no campo do orçamento e das finanças; para o mesmo autor, em nenhum país se efetue o exame do balanço da gestão financeira anual, com caráter de julgamento, como se faz no Brasil (84).

Por sua vez, o Conselheiro AÉCIO MENNUCCI prega a abolição da obrigatoriedade do envio de tais contas ao Tribunal, observando que no

(82) O Tribunal de Contas e sua Jurisdição in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, jun., 1982, p. 45.

(83) Das Funções Jurisdicionais dos Tribunais de Contas, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*.

(84) O Tribunal de Contas e sua Jurisdição, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, jun., 1982, pp. 45, 46 e 47.

âmbito da União e dos Estados-Membros, jamais foram impugnadas pelos Tribunais, salvo três exceções (35).

Outro aspecto freqüentemente mencionado situa-se nas contas anuais dos Prefeitos; de acordo com o art. 31, § 1.º, da Constituição Federal o controle externo do Município compete à Câmara Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ou Conselho e Tribunal de Contas do Município, onde houver; as contas anuais que o Prefeito deve prestar recebem parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado (maciça maioria dos Municípios brasileiros) ou de Tribunal de Contas do Município e, por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal respectiva, referido parecer prévio deixará de prevalecer (art. 31, § 2.º). Para o Ministro VICTOR DO AMARAL FREIRE, “o critério atual de parecer prévio do Tribunal sobre as contas anuais dos Prefeitos tem provado ser pouco eficiente, pois pode ser rejeitado pela maioria de dois terços da Câmara. E é constante pareceres técnicos, apontando graves irregularidades no manejo dos dinheiros municipais, serem rejeitados por motivos e interesses políticos e pela comum influência do Executivo na área municipal”; e propõe que a fiscalização financeira dos Municípios e julgamento dos responsáveis sejam da competência do Tribunal de Contas do Estado, longe das paixões e interesses locais, sobretudo das pequenas comunidades (36).

O Professor JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, ao discorrer sobre a fiscalização municipal, afirma não haver mais sentido para emissão de pareceres em contas, mas, sim, julgamento por parte dos Tribunais de Contas (37).

As questões fundamentais a respeito das contas anuais de Chefes de Executivo situam-se, em primeiro lugar, na sua abolição; em segundo, na remessa direta ao Legislativo, sem manifestação alguma do Tribunal de Contas; em terceiro, ocorrendo apreciação prévia do Tribunal de Contas, qual o valor ou natureza dessa manifestação ante o Legislativo?

A abolição pura e simples importaria em deixar de lado tradição vinculada à própria existência do Legislativo, embora nos parecesse mais racional do ponto de vista prático, pois nenhum resultado benéfico acarretou, até o presente, no tocante ao melhor uso dos recursos públicos. Mais adequado, a nosso ver, seria a remessa ao Legislativo, pelo Chefe do Executivo, de relatório ou informe sobre a realização dos programas e projetos contidos na lei orçamentária do exercício findo, com as respectivas justificações das receitas e despesas, cabendo à autoridade da área financeira ou de planejamento expor, em sessão, as linhas essenciais do documento, para esclarecimentos e debates com parlamentares. Tendo em vista

(35) *Das Funções Jurisdicionais dos Tribunais de Contas.*

(36) *O Tribunal de Contas e sua Jurisdição, in Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, jun., 1982, p. 49.*

(37) *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo — Pesquisa e Atuação, 1984, p. 51.*

que a apreciação do relatório reveste-se de caráter precipuamente político, não se justifica parecer prévio, de natureza técnica, do Tribunal de Contas que, de regra, não é lido ou discutido e muitas vezes, em âmbito municipal, rejeitado.

II — Exercer auditoria financeira, orçamentária, contábil — Na lição de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “isto quer dizer que deverá fazer o exame analítico das operações contabilizadas de caráter financeiro e orçamentário para atestar a exatidão dos registros e veracidade dos seus comprovantes...; o texto em exame abre em favor do Tribunal de Contas a possibilidade de realizar as inspeções que considerar necessárias para a verificação das contas de qualquer unidade administrativa dos três Poderes; isto sem dispensar todas as unidades da obrigação de remeter periodicamente demonstrações contábeis para apreciação do Tribunal de Contas” (38).

O sistema de auditoria foi introduzido pela Constituição de 1967, substituindo a metodologia do controle prévio ou registro prévio, até então vigente. Como esclarece o Ministro VICTOR DO AMARAL FREIRE “a moldura do controle vigente antes da reforma de 1967 tinha por norte duas falsas premissas: a movimentação dos dinheiros públicos, por essa qualidade e origem, deveria ser cercada de providências e cautelas tais, umas seguidas das outras, numa repetitividade tal, como a maneira mais adequada para assegurar o bom emprego dos recursos públicos; e, segundo, essa repetitividade partia do conceito de que todo administrador é desonesto (39).

Na afirmação de CARLOS S. DE BARROS JUNIOR “voltou-se a entender que o controle prévio da gestão financeira dificulta a presteza e rapidez da ação administrativa” (40).

De acordo com JOSÉ LUIZ DE ANHAIA MELLO, a auditoria compreende os seguintes pontos: “exame da escrituração contábil e da documentação correspondente, acompanhamento das fases de execução da despesa, inclusive a verificação da regularidade do empenho, das licitações e contratos, acompanhamento da arrecadação da receita, bem como as operações de crédito, emissão de títulos e verificação de depósitos de cauções e fianças, verificação da regularidade da execução da programação financeira de desembolso e exame dos créditos adicionais, bem como da conta de “restos a pagar” e as despesas de exercícios encerrados” (41).

Sem cogitar das discussões a respeito das vantagens e desvantagens do controle prévio e do controle *a posteriori*, nota-se certa predominância em favor da técnica da auditoria, restando aos órgãos de contas aprimorar

(38) *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 2, 1977, p. 89.

(39) O Tribunal de Contas e sua Jurisdição, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, jun., 1982, p. 38.

(40) *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, 1969, p. 151.

(41) *Tribunal de Contas do Estado de São Paulo — Pesquisa e Atuação*, 1984, pp. 74-75.

sua utilização. É o que expressa o Ministro VICTOR DO AMARAL FREIRE, quando afirma:

“O que cumpre aos tribunais é agilizar as providências para tornar mais eficiente e mais eficaz a utilização do instrumental que foi posto em suas mãos, ampliando sua ação e permitindo uma atividade sempre mais crescente, reformulando a organização de suas secretarias, pondo em prática, no exame dos atos financeiros e orçamentários, o sistema de auditoria, reduzindo a zero a sistemática, como rotina, de liberação de documento por documento, para examinar com maior intensidade relatórios financeiros gerados pelas inspeções, onde as irregularidades isoladas serão postas em relevo, mas não uma a uma, formando processo a processo, substituindo a preocupação do tostão pelo controle do milhão e, ainda, recrutando e habilitando seu pessoal técnico para as tarefas especializadas resultantes de novos métodos de fiscalização” (42).

Por força do art. 71, item IV, da Constituição Federal, as inspeções e auditorias realizam-se por iniciativa própria do Tribunal de Contas ou da Câmara dos Deputados, Senado Federal, Comissão Técnica ou de Inquérito. Sujeitam-se às auditorias e inspeções as entidades da administração indireta e fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público.

III — *Apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões* — A Constituição de 1988, à tradicional competência para apreciar concessões de aposentadorias e pensões, acrescentou o exame da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão (art. 71, III). Parece que a nova atribuição relaciona-se com a exigência de concurso público para investidura em cargo ou emprego público, prevista no item I do art. 37 para a administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para o Legislativo e Judiciário.

Quanto à apreciação de atos de concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões, CARLOS S. DE BARROS JUNIOR (43) a insere entre as funções de fiscalização em contraponto com a de jurisdição e do Conselheiro AÉCIO MENNUCCI (44) a considera como função de auditoria financeira e orçamentária sobre atos de gestão das unidades administrativas dos três Poderes estatais.

(42) O Tribunal de Contas e sua Jurisdição, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, jun., 1982, p. 93.

(43) *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, 1969, p. 150.

(44) Das Funções Jurisdicionais dos Tribunais de Contas, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*.

A nosso ver, tanto em matéria de aposentadoria, pensões e reformas, como nos atos de admissão de pessoal, trata-se da verificação de legalidade de atos e procedimentos (concursos) administrativos, sem o caráter de função jurisdicional.

O Ministro VICTOR DO AMARAL FREIRE teceu críticas quanto à fiscalização dos atos de inatividade, nos seguintes termos: o encargo financeiro da totalidade dos atos de inatividade revela-se extremamente reduzido em relação ao total da despesa pública, acarretando, no entanto, considerável sobrecarga aos órgãos de contas; cita o exemplo do Tribunal de Contas da União que em 1982 apreciou 11.647 processos dos quais 10.665 referiam-se a aposentadorias, pensões e reformas, ou seja, 92%; dos 10.655, rejeitaram-se somente 107 atos, portanto, menos de 1% sobre o total deliberado; e conclui:

“a fiscalização dos atos de inatividade ou deles decorrentes pela forma constitucional em vigor, se revela totalmente inconveniente e desaconselhável, porque importa desviar a atividade prioritária do Tribunal, que deve se preocupar com a movimentação de valores financeiros de alto nível, por parte dos administradores, para dar atenção a uma fiscalização de recursos de pequeno porte, de custo operacional elevado, que absorve tempo exagerado para exercê-la”. (45)

A mesma crítica estende-se à nova atribuição de exame da legalidade de atos de admissão de pessoal, a qualquer título? Parece-nos melhor a resposta negativa. Com tal atribuição o Tribunal de Contas fiscalizará o cumprimento da exigência de concurso público para investidura em cargo ou emprego público; sem essa competência a inobservância do requisito somente teria sanção se acionados os meios jurisdicionais de mandado de segurança coletivo e ação popular, com as conhecidas dificuldades e percalços do exercício do direito de ação; além de se tornar rotineira tal fiscalização, pode ser provocada por denúncia de cidadão, partido político, associação ou sindicato, sem patrocínio de advogado e sem ônus de prova, como possibilita o art. 74, parágrafo 2.º da Constituição Federal. O decorrer do tempo e a efetiva atuação dos Tribunais de Conta demonstrarão a eficácia prática da nova atribuição.

IV — Apreciar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos — O item II do art. 71 da Constituição de 1988 submeteu a esse controle a administração direta, indireta, fundações e sociedades mantidas pelo Poder Público e contas daqueles que derem causa de perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo do erário público. Nessa função, o Tribunal de Contas, com base em levantamentos contábeis, certificados de auditoria, pronunciamentos das autoridades administrativas e inspeções, aprecia a regularidade das contas

(45) O Tribunal de Contas e sua Jurisdição, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, jun., 1982, pp. 50 e 51.

dos ordenadores de despesas e todos os que tiverem recebido, administrado, arrecadado e despendido recursos públicos. Trata-se de verificação *a posteriori*, de modo geral.

Tendo em vista que no texto da Constituição Federal figura o vocábulo “juízo de contas” e não “apreciação de contas”, vários autores e integrantes de órgãos de contas conferem a característica de “jurisdicional” a essa atribuição. Assim, por exemplo, CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR aponta a dupla natureza das funções exercidas pelos Tribunais de Contas: funções de fiscalização e de jurisdição, esta concernente à regularidade das contas dos responsáveis por bens e valores públicos⁽⁴⁶⁾. JARBAS MARANHÃO, Ministro do Tribunal de Contas da União, refere-se à atuação como órgão julgante quando julga tais contas⁽⁴⁷⁾. No mesmo sentido, o entendimento de AÉCIO MENNUCCI, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, expresso nos seguintes termos:

“é de fundamental importância distinguir entre tais contas (o autor refere-se a contas anuais dos Chefes de Executivo) e as efetivas contas que são prestadas cotidianamente por todos aqueles, que, no Estado moderno, guardam, arrecadam ou despendem dinheiros públicos. Sobre estas últimas é que se exerce a real função jurisdicional das Cortes de Contas brasileiras”⁽⁴⁸⁾.

Em contrapartida CRETELLA JUNIOR não vislumbra nessa e em qualquer outra atribuição do Tribunal de Contas natureza jurisdicional⁽⁴⁹⁾.

Filiamo-nos a este último entendimento, como será melhor exposto adiante.

A respeito da função que ora se estuda, discute-se também a extensão do exame dos órgãos de contas: aprecia-se a legalidade ou também o mérito das contas? Se limitada à legalidade, trata-se do aspecto formal ou de legalidade mais ampla, com possibilidades de exame da matéria fática.

A nosso ver, não se pode cogitar de apreciação do mérito das contas, isto é, de sua conveniência e oportunidade, por ser privativa da autoridade detentora do poder de decidir a respeito da aplicação dos recursos públicos. Quanto à verificação da ocorrência fatos justificadores ou de sua autêntica conformação, insere-se, segundo entendemos, no âmbito da legalidade, como se afirma no direito francês e na jurisprudência pátria. Ao Poder Legislativo, no entanto, o *caput* do art. 70 prevê amplas possibilidades nesse controle, pois refere-se aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções.

(46) *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, 1969, p. 150.

(47) Origem, Importância e Competência do Tribunal de Contas, in *Finanças e Orçamento*, set. 1982, p. 7.

(48) Das Funções Jurisdicionais dos Tribunais de Contas, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, nov. 1982, p. 37.

(49) Natureza das Decisões do Tribunal de Contas, *Revista Forense*, nº 296, nov. 1986, pp. 3-10.

V — Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais — A Constituição de 1988 ampliou a fiscalização do Tribunal de Contas sobre as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais, dando-lhe igual tratamento que o controle exercido sobre órgão da administração direta. E determinou ainda a verificação das contas das empresas supranacionais de cujo capital social da União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo (item V do art. 71).

VI — Outras atribuições — O Tribunal de Contas da União tem a incumbência de fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, Distrito Federal ou Municípios que tenham recebido recursos nessas condições sujeitam-se a apresentar, ao Tribunal de Contas da União, comprovação do modo como foram aplicados.

Deve, ainda oferecer informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas casas ou respectivas Comissões, sobre a fiscalização que realiza e sobre resultados de auditorias e inspeções (art. 71, item VII).

VII — Tomar providências ante a verificação de ilegalidades — A Constituição de 1988 indica as providências que o Tribunal de Contas pode adotar quando verificar ilegalidades. Embora destinadas ao Tribunal de Contas da União, tais disposições, como já se notou, aplicam-se ao nível estadual e municipal. A Constituição de 1988 inovou na matéria, propiciando melhores meios sancionados do que previa o texto de 1969.

O item VII do art. 71 permite, nos casos de contas ou despesas ilegais, aplicação de sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Tais sanções configuram inovação do texto de 1988 que prossiga, assim, ao Tribunal de Contas, imposição direta de sanções aos responsáveis pela irregularidade.

Verificada ilegalidade, o Tribunal poderá assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, item IX). Se não for atendido, sustará a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. Dispositivo semelhante constava do texto de 1969, mas a atuação do órgão de contas se invalidava ante a permissão para que o Executivo ordenasse “de ofício” a execução *ad referendum* do Congresso Nacional, o que não vigora no texto atual.

No concernente aos contratos, também registra-se evolução para reforçar a atuação controladora do Tribunal de Contas; o parágrafo 1.º do art. 71 dispõe que o ato de sustação cabe ao Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não adotarem as medidas previstas, o Tribunal de Contas decidirá a respeito (parágrafo 2.º do art. 71). Na Constituição de 1969, o silêncio do Legislativo, decorrido prazo de trinta dias, equivalia à insubsistência da manifestação do Tribunal.

O item XI do art. 71 confere ao Tribunal de Contas possibilidade de representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. No entanto, os termos “irregularidades” e “abusos”, pela imprecisão, despertam dúvidas quanto ao seu sentido. Na terminologia do Direito Administrativo, abuso teria acepção de abuso de poder, que abrange o excesso e o desvio de poder, incluídos entre as ilegalidades. Irregularidade apresenta-se como sinônimo de ilegalidade. Na Constituição de 1969 dispositivo semelhante referia-se à representação ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional; o texto em vigor menciona “poder competente”; parece claro que se trata de representação ao poder dotado de atribuição legal para dotar providências a respeito, seja o Legislativo ou Executivo. A representação poderá ocorrer paralelamente a outras medidas tomadas pelo Tribunal.

c) *Natureza*

A Constituição Federal cuida do Tribunal de Contas do Capítulo dedicado ao Poder Legislativo, na seção referente à *Fiscalização Financeira e Orçamentária*, estabelecendo que o controle externo de competência do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas. Indaga-se, então, a respeito da natureza do Tribunal de Contas, como deve ser considerado em termos institucionais, como deve ser inserido entre os Poderes.

Difícilmente se defenderia sua inclusão no âmbito do Poder Executivo. Pela Constituição em vigor somente três dos seus membros originam-se de indicação do chefe do Executivo entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista triplíce pelo Tribunal; reduziu-se a interferência do Executivo na composição do tribunal; além do mais, o caráter vitalício da nomeação (parágrafo 3.º do art. 73) quebra eventual vínculo funcional com o Executivo; por outro lado, não há de se cogitar de subordinação de órgão controlador a órgão controlado.

Caracteriza-se como órgão do Poder Judiciário? A consulta ao art. 92 da Constituição, que arrola os órgãos desse Poder, permite concluir pela negativa, pois aí ausente está a menção a esse ente. Tanto não integra o Poder Judiciário que o art. 73 da Constituição Federal determinará a aplicação ao Tribunal de Contas, no que couber, das disposições do art. 96, relativas à eleição de seus dirigentes, organização dos serviços e elaboração de regimentos internos; o parágrafo 3.º do mesmo artigo concede as garantias, prerrogativas e impedimentos dos integrantes do Poder Judiciário. Se detivesse a natureza de órgão do Poder Judiciário, desnecessários seriam preceitos desse teor. Assim, o Tribunal de Contas não integra o Poder Judiciário, nem lhe está subordinado.

Resta verificar se a Corte de Contas insere-se no âmbito do Poder Legislativo. Parece-nos que a expressão “com o auxílio do Tribunal de Contas”, do art. 71 da Constituição Federal, tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo, para considerá-lo

subordinado hierarquicamente a tal poder, dada sua condição de auxiliar. Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a idéia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão “órgão auxiliar”; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente. Entendimento semelhante é esposado por JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ao classificar o Tribunal de Contas como órgão administrativo independente⁽⁵⁰⁾ e ALFREDO BUZAID (“corporação administrativa autônoma”) ⁽⁵¹⁾. Preferimos deixar de lado a qualificação “administrativa” pela possibilidade de imediata associação ao Poder Executivo. A expressão “instituição estatal independente” parece-nos mais adequada à natureza que detém no ordenamento pátrio.

d) *Natureza das funções*

Ao tratarmos das atribuições do Tribunal de Contas suscitamos, de modo breve, a questão da natureza de que são dotadas. A controvérsia se apresenta, sobretudo, no tocante ao caráter jurisdicional ou não das suas atribuições ou de algumas somente.

Há corrente doutrinária que menciona como função jurisdicional ou judicante a apreciação das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, e entre seus integrantes se encontram: Ministro JARBAS MARANHÃO ⁽⁵²⁾, Conselheiro AÉCIO MENNUCCI ⁽⁵³⁾, CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR ⁽⁵⁴⁾ e SEABRA FAGUNDES ⁽⁵⁵⁾.

Já se discutiu, na vigência da Constituição de 1946, eventual natureza jurisdicional das funções de verificação da legalidade de contratos e concessões iniciais de aposentadorias, pensões e reformas, em virtude do termo

(50) *Natureza das Decisões do Tribunal de Contas*, *Revista Forense*, nº 296, nov. 1988, p. 6.

(51) *O Tribunal de Contas no Brasil*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1987, vol. 62, fasc. II, pp. 37-62.

(52) *Origem, Importância e Competência do Tribunal de Contas*, in *Finanças e Orçamento*, set. 1972, p. 7.

(53) *Das Funções Jurisdicionais dos Tribunais de Contas*, in *Revista do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro*, nov. 1982, p. 37.

(54) *Compêndio de Direito Administrativo*, vol. II, 1969, pp. 148 e 150.

(55) *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5.ª ed., 1979, pp. 137 e 139 (nota 7).

“julgar” constante do item II do art. 77 daquele texto, como descreve VICTOR NUNES LEAL, no trabalho “Valor das Decisões do Tribunal de Contas”, inserido na obra *Problemas de Direito Público*, 1960, pp. 223-239.

Contrário à caracterização de jurisdicionais de algumas das funções do Tribunal de Contas manifesta-se JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“O controle externo é, pois, basicamente de caráter político, no Brasil mas sujeito a prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas, que, assim, se apresenta como órgão técnico e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais”... (56).

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, em artigo intitulado “Natureza das Decisões do Tribunal de Contas” (*Revista Forense*, n.º 296, pp. 3-10), igualmente expressa seu desacordo à existência de funções jurisdicionais no Tribunal de Contas. Logo no início do referido trabalho, o mencionado autor afirma:

“A Corte de Contas não julga, não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa (p. 3).”

CRETELLA JÚNIOR arrola vários argumentos em defesa de seu entendimento: a) terminologia inadequada que leva a enganos, como a palavra “Tribunal” e “julgar”; b) as mesmas garantias concedidas ao judiciário e divisão interna do órgão em Câmaras também podem confundir; c) inexistência de réu, autor, propositura de ação, provocação do autor para obter prestação jurisdicional; d) inexistência de julgamento de crimes contra a Administração.

Filiamo-nos ao entendimento de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e de JOSÉ AFONSO DA SILVA. Nenhuma das atribuições do Tribunal de Contas caracteriza-se como jurisdicional. Aos argumentos invocados por CRETELLA JÚNIOR acrescentamos algumas ponderações segundo o item XXXV do art. 5.º da Constituição Federal, nenhuma lesão de direito poderá ficar excluída da apreciação do Poder Judiciário; qualquer decisão do Tribunal de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame do Poder Judiciário se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão; ausente se encontra, nas decisões do Tribunal de Contas, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos inerente aos atos jurisdicionais (57).

e) Aprimoramento do Tribunal de Contas

Aos habituais reclamos referentes à pouca eficácia da atuação dos Tribunais de Contas para impedir o mau uso dos recursos públicos, o que responder? Pregar a abolição da entidade? Transformá-la em órgão singular, como nos Estados Unidos e Inglaterra? Como propiciar aprimoramento

(56) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., 1990, p. 627.

(57) CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 1974, p. 85.

na sua atuação para melhor preservação dos recursos públicos e para que a função de controle realmente se realize?

Um primeiro ponto estaria no modo de escolha de seus integrantes. Nos termos da Constituição de 1969 os Ministros ou Conselheiros dos Tribunais de Contas eram nomeados pelo Chefe do Executivo, depois de aprovação do Legislativo, dentre brasileiros de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública. No período de vigência desse texto assistiu-se à indicação de nomes para as Cortes de Contas, quase sempre aprovadas pelo Legislativo, e muitas vezes como prêmio à fidelidade política, como prêmio de fim de carreira política ou até mesmo para silenciar adversário político; os requisitos apontados para a indicação nem sempre se verificam na realidade. No projeto da Constituição de 1988, aprovado em primeiro turno, previa-se exercício de mandato de seis anos, não renovável, para os integrantes das Corte de Contas, disposição essa que não prevaleceu no texto definitivo que manteve a vitaliciedade; a Constituição de 1988 alterou, no entanto, alguns aspectos da escolha: idade mínima de trinta e cinco anos e máxima de sessenta e cinco; mais de dez anos de exercício de função ou efetiva atividade profissional que exija conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; um terço dos integrantes tem escolha efetuada pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo critérios de antigüidade e merecimento; como se percebe, restringiu-se a escolha do Chefe do Executivo em número (só um terço) e amplitude das pessoas que poderiam ser escolhidas (dois são indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal), dentre determinadas categorias funcionais; dois terços dos integrantes são escolhidos pelo Congresso Nacional (art. 73, parágrafos 1.º e 2.º).

A escolha da maioria dos componentes pelo Poder Legislativo guarda lógica, pois o controle externo cabe a esse poder. No entanto, oferece o risco de repetição de práticas de escolha de políticos pouco interessados na função de controle.

Melhor seria que a indicação ocorresse mediante concurso público de títulos e provas, dentre portadores de diploma de curso superior, nas áreas de direito, administração, economia ou ciências contábeis, realizado por integrantes de tribunais do Poder Judiciário. Outro ponto encontra-se na redução da estrutura complexa e burocratizada dos Tribunais de Contas; seus integrantes seriam em número maior, cada qual auxiliado por dois ou três assistentes, com serviço de datilografia à disposição haveria, em cada Tribunal, um corpo de auditores. Seria retirada de suas atribuições a apreciação de concessões de aposentadoria, pensões e reformas. Anualmente, o Tribunal apresentaria relatório ao Poder Legislativo, sobre as atividades exercidas, o comportamento financeiro da Administração e a apreciação das contas do Chefe do Executivo. E para rejeição das decisões do Tribunal de Contas seria exigida sempre maioria qualificada de dois terços do Legislativo.

Meio ambiente e proteção penal

RENÉ ARIEL DOTTI
Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO

1. A Constituição de 1988. 2. O panorama constitucional estrangeiro. 3. Sentido e alcance da expressão "meio ambiente". 4. Sentido e alcance da expressão "ecologia". 5. A classificação do meio ambiente como bem jurídico autônomo. 6. Os textos penais de proteção. 7. A grande variedade de textos gerais. 8. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. 9. O problema no sistema positivo brasileiro. 10. Localização dos crimes contra o ambiente: no Código Penal ou em leis especiais?

1. A Constituição de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 revela grande sensibilidade para as questões do meio ambiente e do seu equilíbrio ecológico, atribuindo a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular visando anular ato lesivo desse bem jurídico fundamental (art. 5.º, LXXIII).

Respondendo aos clamores da sociedade e refletindo o grande trabalho desenvolvido por grupos de opinião e de pressão, a nossa Carta Política em várias passagens reserva disposições específicas para a preservação de valores e sentimentos essenciais ao homem e que iluminam o cenário do ambiente natural: vida, saúde, alegria e felicidade.

No quadro das medidas administrativas de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estão destacadas a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, da fauna e da flora (art. 23, VI e VII).

E no campo da legislação concorrente, declara a Constituição ser da competência da União, dos Estados e do Distrito Federal a iniciativa de leis de amparo em favor de florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI). Também se defere às referidas pessoas jurídicas a competência para legislar concorrentemente sobre proteção do patrimô-

Texto básico para a palestra no Fórum Internacional de Criminologia Crítica — Belém do Pará, Brasil, 4/9 de agosto de 1990.

nio paisagístico, a responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens de interesse paisagístico (art. 24, VII e VIII).

No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais atribuindo-se aos Estados a competência suplementar. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercem a competência legislativa plena, visando atender às suas peculiaridades (art. 24, §§ 1.º a 3.º).

Também no terreno da ordem econômica e financeira, a nossa lei fundamental destaca entre os princípios da atividade econômica, a defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

E, especificamente no capítulo destinado ao meio ambiente, a Constituição contém dispositivos ora programáticos, ora pragmáticos, como se poderá constatar pelo art. 225 e parágrafos.

A *palavra de direito* em relação ao tema decorre da proclamação do art. 225:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Diz, também, a Constituição que para assegurar a efetividade de tal direito, incumbe ao Poder Público:

I — preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II — preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III — definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV — exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V — controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI — promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII — proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (art. 225).

Nos termos do § 2.º do art. 225, todo aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

As lesões ao meio ambiente serão punidas com sanções penais, administrativas e civis (art. 225, § 3.º).

Uma espécie de tombamento constitucional ocorreu em relação à Floresta Amazônica situada na faixa territorial brasileira, à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-Grossense e à Zona Costeira, declarados patrimônio nacional. A utilização de tal patrimônio far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais (art. 225, § 4.º).

Finalmente, o Capítulo VI do Título VII da Carta Política (dedicado à ordem social) encerra com uma necessária interdição e com uma recomendação importante. Vale transcrever:

“São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

“As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas” (art. 225, §§ 5.º e 6.º).

2. O panorama constitucional estrangeiro

Não resta dúvida no sentido de que além da visão da realidade nacional o legislador constituinte acolheu, entre as fontes formais, a experiência constitucional dos países europeus durante os anos 70.

As Cartas Políticas da Iugoslávia (1974), Grécia (1975), Polónia (Emenda de 1976), Portugal (1976), Rússia (1977) e Espanha (1978), além de outras, expressaram claramente as inquietações de um *novo tempo* e procuraram responder aos clamores universais contra o que se convencionou chamar de *ecocídio*, isto é, a morte ou destruição de todo um fenómeno natural de ressonância projetado pelas relações entre o meio ambiente e os seres vivos.

Enfaticamente dispõe o art. 18 da Constituição soviética:

“No interesse das gerações do presente e do futuro, adotam-se na URSS as medidas necessárias para a proteção e o uso racional, cientificamente fundamentado, da terra e do subsolo, dos recursos aquáticos, da flora e da fauna para a conservação da pureza do ar e da água, assegurar a reprodução das riquezas naturais e a melhoria do meio ambiente.”

Na Espanha, a Carta Política que sintetizou as tendências nacionais surgidas após o longo período de ditadura franquista, reconheceu o direito coletivo de desfrutar um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa humana, bem como o dever de conservá-lo. Os poderes públicos — diz o art. 45, I e II — fiscalizarão o uso racional de todos os recursos naturais com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida, “apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva”. E aos infratores se cominam sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar o dano (art. 45, III).

Na mesma linha de orientação é o texto constitucional português. Envolvendo o meio ambiente e a qualidade de vida como bens conexos de supremo valor, essa Carta Política consagra a todos o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, bem como o dever de protegê-lo. E declara caber ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares:

“a) prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

b) ordenar o espaço territorial de forma a constituir paisagens biologicamente equilibradas;

c) criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica” (art. 66).

3. Sentido e alcance da expressão “meio ambiente”

Em todas essas indicativas constitucionais se depreende o interesse em reconhecer o meio ambiente como um bem jurídico de acesso coletivo e o dever comunitário de preservá-lo no interesse das gerações do presente e do futuro.

O meio ambiente é definido como o complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, as quais influem na vida e no comportamento de tais seres.

Nesse preciso sentido, a expressão *milieu ambiant* teria sido introduzida pelo biólogo GEOFFREY St. HILAIRE em 1835, na obra *Études Progressives d'un Naturaliste* e retomada por COMTE em seu *Curso de Filosofia Positiva* (1).

O meio ambiente é, ao mesmo tempo, um meio e um sistema de relações. Conforme PIERRE GEORGE, a existência e a conservação de uma

(1) Cf. NICOLA ABBAGNANO, *Dicionário de Filosofia*, trad. Alfredo Bozi, ed. Mestre Jou, São Paulo, 1970, p. 33.

espécie estão subordinadas a formas equilibradas dos processos de destruição e regeneração de seu meio. O meio ambiente, portanto, é constituído por esse conjunto de dados fixos e de equilíbrios de forças concorrentes que condicionam a vida de um grupo biológico, o qual compreende simbioses e parasitoses e entra na composição dos equilíbrios⁽²⁾.

A expressão *meio ambiente* é utilizada de modo variável, posto ensejar variadas acepções como *meio natural*, *meio biológico*, *meio do homem*, etc.

O conteúdo do meio ambiente abrange a pureza das águas, da atmosfera, da flora e da fauna, bem como a preservação das áreas florestais e paisagísticas, do solo agrícola e outras riquezas naturais.

4. Sentido e alcance da expressão "ecologia"

O meio ambiente, elevado à categoria de um bem juridicamente essencial à vida, à saúde e à felicidade do homem, é objeto de uma disciplina autônoma: a Ecologia.

Segundo MEYER, esta ciência pode ser definida como "o estudo das relações existentes entre um conjunto de seres vivos e o meio no qual eles se desenvolvem"⁽³⁾.

Como se poderá verificar pela publicação do Conselho Internacional da Língua Francesa⁽⁴⁾, a Ecologia é definida como a ciência que trata das relações dos organismos vivos entre si e com o seu meio natural. São aspectos particulares: a *auto-ecologia*, a *dinâmica das populações*, a *etologia* (tratado dos usos, costumes e caracteres humanos) e a *sinecologia* (ramo da Ecologia que trata das relações entre as comunidades animais ou vegetais e o meio ambiente).

O *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* define a Ecologia sob duas perspectivas: a) como "a parte das ciências biológicas que estuda as relações entre os seres vivos e o meio ou ambiente, bem como as suas recíprocas influências". Em tal sentido a expressão é sinônima de *mesologia*; b) como "o ramo das ciências humanas que estuda a estrutura e o desenvolvimento das comunidades humanas em suas relações com o meio ambiente e sua conseqüente adaptação a ele, assim como novos aspectos que os processos tecnológicos ou os sistemas de organização social possam acarretar para as condições da vida do homem"⁽⁵⁾.

Após analisar a etimologia do termo — concebido em 1866 pelo biólogo alemão ERNST HAECKEL, que fundiu as raízes gregas *oikos* (a casa) e *logia* (o discurso) —, bem como os conceitos modernamente a ele atri-

(2) PIERRE GEORGE, *L'environnement*, ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1973.

(3) Em *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, ed. Strey, Paris, 1977, n° 4, p. 880.

(4) *Vocabulaire de l'environnement*, Hachet, Paris, 1972, verbete n° 172.

(5) AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986, p. 617.

búidos, EUGENE ODUM afirma que a melhor definição "para um assunto com um campo tão vasto" é a mais curta e menos técnica, ou seja: "ciência do meio ambiente vivo" ou, simplesmente, "a biologia do meio ambiente" (6).

A literatura científica demonstra que a expressão *ecologia* vem sendo utilizada em variadas hipóteses: como objeto de estudo (quanto ao crime ou determinada região) (7); como ramo do Direito Penal especial (8), ou do Direito em geral (9) ou, ainda, como síntese do fenômeno da proteção ambiental (10).

As preocupações demonstradas pela comunidade jurídica brasileira já reivindicam a elaboração de um *Código Ecológico* (11).

Nos dias correntes a Ecologia é reconhecida não somente como disciplina científica, um ramo da Biologia, mas, também, como um grande e envolvente movimento de múltiplas origens e tendências. No dizer de DOMINIQUE SIMONNET, a proposta ecológica não hesita em insinuar-se nos domínios econômico, político e filosófico. Textualmente: "uma disciplina científica, uma teoria crítica da economia, uma análise da sociedade industrial, esboços de propostas políticas, uma sensibilidade moral, um movimento social, uma certa alegria de viver, e até o prazer de contemplar uma flor bonita e um passarinho... eis o *puzzle* ecologista" (12).

5. A classificação do meio ambiente como bem jurídico autônomo

Antes mesmo de outorgada a Constituição brasileira de 1988, o meio ambiente já havia sido considerado formalmente como um bem jurídico autônomo.

Com efeito, o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (1984) (13), dedicou um Título próprio (n.º XIII) para relacionar os crimes contra o meio ambiente (arts. 401 a 416). E desdobrou as espécies deli-

(6) *Fundamentos da Ecologia*, tit. original inglês *Fundamentals of Ecology*, trad. C. M. Baeta Neves, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, p. 12.

(7) *Ecologia e reato*, MARIO CICALA, Roma, 1973; *Ecologia socialista*, de RENÉ DUMONT, trad. espanhola de Antoni Puigós, ed. Robert Laffont, Barcelona, 1977.

(8) *Direito Penal Ecológico*, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR e GIORGIO GREGORI, ed. CETESB, São Paulo, 1981.

(9) *Direito Ecológico*, SÉRGIO FERRAZ, em PAULO AFFONSO LEME MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982 e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, idem, ibidem.

(10) *Lutas e frustrações ecológicas. Um desafio*, JOÃO JOSÉ BIGARELLA, ed. ADEA, Curitiba, 1986.

(11) Ver em VLADIMIR PASSOS DE FREITAS e GILBERTO PASSOS DE FREITAS, *Crimes contra a natureza*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990 e NESTOR J. FORSTER, "Por um Código Ecológico", em RT, 522/33.

(12) *O Ecologismo*, tit. original *L'Ecologisme*, trad. de Virgílio Martinho, ed. Moraes Editores, Lisboa, 1981, p. 8.

(13) O texto foi mandado publicar através da Portaria n.º 304, de 17 de julho de 1984.

tuosas conforme objetos específicos: *Da Degradação Ambiental* (poluição da água, do ar e do solo, e atentados contra a flora, a fauna e a paisagem) e *Do favorecimento aos crimes contra o meio ambiente*, caracterizáveis de duas maneiras: a) pela omissão em promover medidas determinadas pela autoridade competente e necessárias a impedir a prática dos crimes contra o meio ambiente; b) pela omissão de providência a que se está obrigado por dever legal, a fim de evitar ou fazer evitar o cometimento dos *delitos ambientais*.

Na Exposição de Motivos ao Anteprojeto, o coordenador LUIZ VICENTE CERNICCHIARO destacou que “a descriminalização e a despenalização, no sentido material dos termos, orientaram a análise dos tipos e das sanções. Não se desprezou a literatura estrangeira, e códigos de outros países foram consultados. A preocupação maior, no entanto, ficou concentrada na realidade brasileira” (14).

E a investigação em torno da nossa realidade foi uma constante nos trabalhos da Comissão encarregada de elaborar as normas penais de proteção do meio ambiente (15). Desde a análise dos textos esparsos — a começar pelos diplomas dos anos 30 — até a colheita de depoimentos e informações de especialistas e entrevistas com cientistas diversos.

A autonomia do meio ambiente como um bem jurídico valioso em si mesmo corresponde às exigências comunitárias muito intensas no Brasil desde o final dos anos 70 (com o levantamento da censura prévia aos meios de comunicação) até o crepúsculo da década seguinte quando, além da Constituição, o nosso País iria também conhecer novas leis penais de proteção da natureza.

Com efeito, em setembro de 1978, o I Simpósio Nacional de Ecologia, realizado em Curitiba, aprovou tese propondo a consagração autônoma da proteção do meio ambiente, em nível constitucional e a imposição de penas criminais de maior rigor (16).

6. Os textos penais de proteção

O sistema positivo brasileiro reúne hoje uma variedade de textos penais de proteção ao meio ambiente e, por extensão, à qualidade de vida.

Assim, no âmbito do Código Penal podem ser indicados o art. 163, que de modo implícito incrimina a destruição de animais e árvores e os arts. 270 e 271 que se referem ao envenenamento, corrupção ou poluição de água potável como delito contra a saúde pública.

(14) *Anteprojeto do Código Penal*, ed. Ministério da Justiça, Brasília, 1984.

(15) A matéria relativa a proteção do meio ambiente foi redigida pelos penalistas LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, MANOEL PEDRO PIMENTEL, MIGUEL REALE JUNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI e SERGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO.

(16) RENÉ ARIEL DOTTI, “Ecologia (Proteção penal do meio ambiente)”, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, ed. Saraiva, São Paulo, 29/517.

A tutela especial sobre florestas, caça e pesca é tratada, respectivamente, pelas Leis n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965⁽¹⁷⁾, e 5.197, de 3 de janeiro de 1967⁽¹⁸⁾, e Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967⁽¹⁹⁾. A poluição do ar e a poluição sonora podem assumir a configuração de contravenções penais (Decreto-Lei n.º 3.688, de 3-10-1941, arts. 38 e 42).

O revogado Código Penal de 1969 (Decreto-Lei n.º 1.004, de 21-10-1969) previa como delito a poluição de lagos e cursos d'água ou, nos lugares habitados as praias e a atmosfera, infringindo prescrições legais ou regulamentares federais (art. 303). A Lei n.º 6.016, de 31 de dezembro de 1973, que alterou o CP de 1969, alargou o texto para abranger o mar também como um dos alvos da poluição de rios (arts. 300).

Foi através da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispondo sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos, que se outorgou um diploma fundamental e abrangente, caracterizando um sistema nacional de tutela. Embora carente de normas incriminadoras, a Lei n.º 6.938/81 revela as preocupações mais sensíveis com o problema. O mesmo sentido de proteção é destacado em outros diplomas dos anos 80, bastando referir as Leis n.º 6.902, de 27 de abril de 1981 (criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental), e n.º 6.803, de 2 de julho de 1980 (diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição).

A propósito do parcelamento do solo urbano, a Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, incorpora uma vasta gama de interesses dependentes do uso racional do solo.

No que concerne ao exercício da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, embora não contenha norma incriminadora relacionada com a agressão direta ao meio ambiente, prevê como delito a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público (art. 10). Trata-se de preceito que ampara o meio ambiente por via obliqua.

(17) Código Florestal, com as alterações determinadas pelas Leis n.º 6.535, de 15 de junho de 1978; n.º 7.754, de 14 de abril de 1989; n.º 7.803, de 18 de julho de 1989, e n.º 7.875, de 13 de novembro de 1989.

(18) Código de Caça, com as alterações determinadas pelas Leis n.º 7.653, de 12 de fevereiro de 1988, e n.º 7.679, de 23 de novembro de 1988.

(19) Código de Pesca, com as alterações determinadas pelas Leis n.º 6.276, de 1º de dezembro de 1975, e n.º 7.653, de 12 de fevereiro de 1988, e o Decreto-Lei n.º 2.487, de 1º de setembro de 1988, observando-se, ainda, as Leis n.º 7.730, de 31 de janeiro de 1989 (extinção da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN); n.º 7.777, de 19 de junho de 1989 (emissão de Bônus do Tesouro Nacional — BTN); e n.º 7.784, de 29 de junho de 1989 (conversão de OTN para BTN). Sobre a pesca de cetáceo e a proibição da pesca de espécies em período de reprodução, ver, respectivamente, as Leis n.º 7.643, de 18 de dezembro de 1987, e n.º 7.679, de 23 de novembro de 1988.

Novos e importantes diplomas penais de proteção ao meio ambiente foram promulgados no final dos anos 80.

Assim, a Lei n.º 7.643, de 18 de dezembro de 1987, proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras. E após o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988⁽²⁰⁾ três importantes leis foram sancionadas: Lei n.º 7.679, de 23 de novembro de 1988, dispendo sobre a proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução; Lei n.º 7.802, de 11 de julho de 1989, tratando dos delitos referentes ao uso de agrotóxicos e a Lei n.º 7.804, de 18 de julho de 1989, cuidando dos delitos de poluição.

7. *A grande variedade de textos gerais*

Existe uma vasta gama de diplomas legais referentes à proteção do meio ambiente que, embora não possuindo caráter estritamente penal sob a ótica da incriminação direta, configuram verdadeira rede de *textos gerais de proteção*. O seu conhecimento e estudo são indispensáveis ao penalista a fim de compreender o universo dos assuntos e, conforme o caso, preencher normas penais em branco existentes no Código Penal e nas leis especiais.

Além dos diplomas já mencionados, vale referir mais os seguintes: Decreto n.º 55.795, de 24 de fevereiro de 1965 (Festa anual das árvores); Lei n.º 5.106, de 2 de setembro de 1966 (incentivos fiscais a empreendimentos florestais); Decreto-Lei n.º 289, de 28 de fevereiro de 1967 (Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal — IBDF); Decreto-Lei n.º 1.110, de 9 de julho de 1970 (cria o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA e extingue o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária — IBRA); Lei n.º 5.868, de 12 de dezembro de 1972 (Sistema Nacional de Cadastro Rural); Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio); Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, com as alterações determinadas pela Lei n.º 7.804, de 18 de julho de 1989 (Política Nacional do Meio Ambiente); Decreto n.º 89.336, de 31 de janeiro de 1984 (reservas ecológicas e áreas de relevante interesse ecológico); Lei n.º 7.595, de 8 de abril de 1987 (varas agrárias na Justiça Federal); Lei n.º 7.735, de 22 de fevereiro de 1989 (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA — extinguindo a Secretaria Especial do Meio Ambiente — SEMA); Lei n.º 7.797, de 10 de julho de 1989 (Fundo Nacional do Meio Ambiente).

Dentro de tal panorama legislativo, também devem ser incluídos os Decretos n.º 97.631, de 10 de abril de 1989 (Registro de empresas no IBAMA); n.º 97.633, de 10 de abril de 1989 (Conselho Nacional de Proteção à Fauna) e n.º 97.634, de 10 de abril de 1989 (controle da produção e da comercialização de substância de risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente).

(20) A lei fundamental brasileira criminaliza os atentados ao meio ambiente (art. 225, § 3º) adotando como modelo a Carta Política espanhola (1978), art. 45, nº 3.

8. A responsabilidade penal da pessoa jurídica

A orientação de impor as reações de Direito Criminal às pessoas coletivas se manifesta na França, nos EUA e na Inglaterra, conforme revela DELMAS-MARTY (21).

Muito significativas para o debate do presente tema foram as posições assumidas durante o XII e o XIII Congresso Internacional de Direito Penal, efetivados, respectivamente, em Hamburgo e no Cairo. No primeiro evento (1979) o Congresso reconheceu que, sendo os atentados graves contra o meio ambiente praticados em geral pelas pessoas *morais* (empresas privadas ou públicas), é necessário admitir sua responsabilidade penal ou lhes impor o respeito ao meio ambiente através da ameaça das sanções civis e administrativas.

Já no encontro do Cairo (1984), o Congresso reafirmou o princípio *societas delinquere non potest*.

A propósito, MARINO BARBERO SANTOS refere-se às principais propostas apresentadas na reunião de 4 de junho de 1987, no Comitê Europeu para os Problemas Criminais (CEPC), pertencente ao Conselho da Europa: 1.^a — admissão da responsabilidade penal da empresa (*enterprise*); 2.^a — sistema misto, de sanções penais e extrapenais; 3.^a — responsabilidade social, isto é, adoção de sanções penais, independentemente do tradicional conceito de culpabilidade. E salienta o Mestre espanhol que dois são os sistemas imperantes na Europa: um, seguido pelos países do *Common Law* admitindo, em linhas gerais, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas; outro, seguido pela generalidade dos restantes, não a aceita. As repúblicas socialistas repudiam tal sistema. Mas existe um terceiro grupo de Estados que parece disposto a aceitar essa forma de responsabilidade a curto prazo ou a acolher o caminho intermediário indicado pelas chamadas *contravenções à ordem* (22).

Podem ser indicados como implantadores da responsabilidade penal das pessoas coletivas os países do Reino Unido, os Estados Unidos da América do Norte, o Canadá, a Austrália e a Holanda, por exemplo. Em Portugal, o seu recente Código Penal (Decreto-Lei n.º 400, de 23-9-1982) acentua o caráter pessoal da responsabilidade: “Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal” (art. 11.º).

Interpretando o dispositivo, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA considera-o *incompreensível* posto que “se a culpa é pressuposto da responsabilidade penal, e se a culpa é vontade consciente e livre de que

(21) *Droit Pénal des Affaires*, ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1978, p. 438 e s.

(22) JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR e MARINO BARBERO SANTOS, *A reforma penal — Ilícitos penais econômicos*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 61.

só o homem é capaz, a responsabilidade penal é necessariamente responsabilidade pessoal"... "A responsabilidade penal de pessoas colectivas é responsabilidade sem culpa — sem imputabilidade, sem dolo ou negligência — sem consciência da ilicitude. As conveniências da prevenção geral da criminalidade não podem alterar a realidade ontológica e não devem postergar a validade do princípio da culpabilidade" (23).

Parece-nos que a Carta Política de Portugal se opõe às exceções que o art. 11.º do Código Penal estaria permitindo. Com efeito, dispõe o art. 29.º (aplicação da lei criminal) que os cidadãos injustamente condenados têm direito à revisão da sentença e à indenização pelos danos sofridos (n.º 6). E a cidadania, como é curial, é atributo das pessoas naturais, como capacidade de exercício dos direitos-deveres civis e políticos.

No entanto, vale considerar que o sistema positivo admite a responsabilidade penal das pessoas coletivas nas hipóteses de contra-ordenações que mesclam a responsabilidade pessoal com a responsabilidade objetiva (Decreto-Lei n.º 433/82, arts. 7.º, n.º 17.º e 25.º).

O Código Penal espanhol, com a reforma introduzida pela Lei Orgânica de 25 de junho de 1983, limita o âmbito da capacidade penal ativa somente às pessoas físicas (art. 12). Autorizados comentadores da reforma acentuam que o princípio legal não admite exceções e que as sociedades, autônoma e independentemente dos membros que a integram, conhecidas como pessoas morais, não têm responsabilidade penal posto não possuírem capacidade de culpa e também diante do princípio da personalidade da pena (24).

Quanto ao direito italiano, o problema se concentra no princípio constitucional da responsabilidade pessoal, como acentua FERNANDO MANTOVANI (25).

Na linguagem muito expressiva de BETTIOL, "nel campo del diritto penale può agire solo l'uomo" (26).

Na Alemanha vigora também o brocardo *societas delinquere non potest*. Tal conclusão decorre de longa e firme orientação doutrinária que se consolidou com o finalismo ao estabelecer que o objeto das normas penais é a *conduta humana*, ou seja, a atividade ou passividade corporal do homem, submetida à capacidade de direção final da vontade. Daí a concisa e

(23) *Lições de Direito Penal*, ed. Verbo, Lisboa, 1987, pp. 183 a 184.

(24) MARIANO GÓMEZ DE LIANO Y COBALEDA e outros, *Código Penal — Comentarios y jurisprudencia*, ed. Colex, Madrid, 1984, p. 44. Ver, também, MARRINO BARBERO SANTOS, ob. cit., pp. 70 e s.

(25) *Diritto penale, parte generale* ed. CEDAM, Pádua, 1988, p. 148. Declara a Constituição italiana no primeiro parágrafo do art. 27 que "a responsabilidade penal é pessoal".

(26) GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, ed. CEDAM, Pádua, 1982 p. 259. E mais enfaticamente, o notável Mestre afirma que o propósito da vontade e, portanto, da ação, se encara a vontade em termos estritos, em sentido psicológico e peculiar a determinado indivíduo (ob. cit., p. 261).

importante definição proposta por WELZEL: ação humana é o exercício da atividade final (27).

Embora o direito alemão rejeite a responsabilidade penal das pessoas jurídicas e das associações sem personalidade, desde há muito o sistema prevê sanções administrativas contra coletividades. Trata-se do chamado *direito penal administrativo* para regular as hipóteses de contravenção à ordem. As multas, em tais casos, são consideradas como valorativamente neutras e carecem do significado social de reprovação (28). Sem caráter penal (*Geldstrafe*), mas de natureza administrativa (*Geldbusse*), as multas são aplicadas em infrações de trânsito e econômicas (29).

Esta vem sendo a tendência em muitos países posto que a multa administrativa, despida do sentido aflitivo que deve ser comum às sanções criminais, “*ofrece una mejor defensa 'social'*” contra estes entes, usados como *medios para lá cossión de delitos* (30).

Na América Latina a regra é a incriminação exclusiva da pessoa natural, abrindo-se exceção para o México, a Costa Rica e Cuba.

Na Argentina, por exemplo, ZAFFARONI (31) acentua que a afirmação da capacidade penal em sentido estrito em favor da pessoa jurídica, implica em identificar conceitos penais e civis tarefa inadmissível perante o Código Penal do vizinho país.

9. O problema no sistema positivo brasileiro

A Constituição declara que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano” (art. 225, § 3.º).

A disposição poderia, em sua interpretação literal, sugerir o entendimento de que é admissível a responsabilidade penal dos entes coletivos.

Em nosso entendimento, o texto constitucional deve ser compreendido como a possibilidade tanto da pessoa natural como da pessoa jurídica de responderem civil e administrativamente. Porém, a responsabilidade penal continua sendo de natureza e de caráter estritamente pessoais.

(27) HANS WELZEL, *Derecho Penal Aleman*, trad. do tit. original *Das Deutsche Strafrecht*, por Juan Bustos Ramirez e Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 51 a 53.

(28) HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. do tit. original *Lehrbuch des Strafrechts*, por Mir Puig e Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1981, vol. I, p. 301.

(29) MARINO BARBERO SANTOS, *ob. cit.*, p. 69.

(30) EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Teoria del Delito*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 93.

(31) *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1981, vol. III, p. 58.

A Constituição adota (“entre outras”) as seguintes espécies de pena:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa; e

e) suspensão ou interdição de direitos” (art. 5.º, XLVI).

A presente relação não exclui a possibilidade, *in these*, da pessoa coletiva ser objeto de algumas das mencionadas sanções. Com exceção da primeira delas, de natureza eminentemente física, as demais poderiam se coadunar às pessoas jurídicas. Com efeito, penas patrimoniais como a perda de bens, a multa e a prestação social alternativa (de que é exemplo o trabalho em favor da comunidade) e penas restritivas de atividade como a suspensão e interdição de direitos, tanto podem ser aplicáveis, em linha de princípio, à pessoa humana como à pessoa moral.

Mas, apesar dessa compatibilidade formal, em nosso juízo a Constituição veda a prática de se levar a pessoa jurídica para o banco dos réus criminais.

O raciocínio oposto implica em subverter toda a teoria da aplicação da lei, a teoria do delito e a teoria da pena.

Realmente, a ação (ou conduta) como primeiro elemento estrutural do crime é ação (ou conduta) *do homem*. De modo geral os penalistas ao tratarem do assunto sempre qualificam a ação como atributo do ser humano. A propósito, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO:

“Poder-se-á, pois, dizer, parodiando o poeta, que, no mundo social, só os seres humanos são capazes de ouvir e de entender as normas, portanto só eles podem cometer crimes” (32).

A ação, portanto, como elemento essencial do delito é somente referível ao homem. Com efeito, “só através da ação que as tendências e deliberações criminosas do sujeito podem tornar-se juridicamente relevantes e pôr em função a Justiça penal” (33).

O conceito de ação como “atividade humana conscientemente dirigida a um fim” (34), vem sendo tranqüilamente aceito pela doutrina (35), o que implica no *poder de decisão* entre o fazer e o não fazer, atributo específico das pessoas naturais. Vale transcrever ALVARO MAYRINK DA COSTA:

(32) *Princípios Básicos de Direito Penal*, ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 85.

(33) ANIBAL BRUNO, *Direito Penal — Parte Geral*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1967, tomo 1º, p. 296.

(34) HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal — A Nova Parte Geral*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1985, p. 152.

(35) DAMASIO DE JESÚS: “Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade” (*Direito Penal — Parte Geral*, ed. Saraiva, São Paulo, 1985, vol. 1º, p. 197).

“Em cada situação decisória o homem pode optar por uma destas duas formas de comportamento: (a) fazer algo; (b) deixar de fazer algo” (36).

O Código Penal Brasileiro, com a reforma introduzida pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, é infenso à responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Ver a propósito, HELENO FRAGOSO ao salientar que a responsabilidade penal é pessoal (depende de atuação do sujeito) e subjetiva (depende de culpa) (37).

É certo, no entanto, que algumas leis especiais de péssima redação técnica estariam se opondo ao princípio de que o crime é fruto da ação do homem. Em tal sentido, podem ser indicadas: a) a Lei n.º 4.511, de 1.º de dezembro de 1964 (dispõe sobre o meio circulante) ao afirmar que quando a infração ao art. 13 (38) for atribuída a autoridade pública, “o Ministro da Fazenda instaurará inquérito competente, sendo o fato considerado crime de responsabilidade”; b) a Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965 (disciplina o mercado de capitais), dispõe no § 2.º do art. 73 que “a violação de qualquer dos dispositivos constituirá crime de ação pública, punido com pena de 1 (um) a 3 (três) anos de detenção, recaindo a responsabilidade, quando se tratar de pessoa jurídica, em todos os seus diretores”; c) a Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (dispõe sobre política e instituições monetárias, bancárias e creditícias), declara:

“Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, ficando a estas sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores” (art. 44, § 7.º);

d) a Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965 (crime de sonegação fiscal), embora ressalve que a responsabilidade penal é debitada às pessoas físicas ligadas à empresa sonegadora, admite que a infração penal seja atribuída ao ente coletivo, como se poderá ver pelo início de redação do art. 6.º:

“Quando se tratar de pessoa jurídica, a responsabilidade penal pelas infrações previstas nesta lei será de todos os que...”

e) a Lei n.º 6.435, de 15 de julho de 1977, também insinua que a pessoa jurídica possa cometer o delito de atuar como entidade de previdência privada sem a devida autorização, ressalvando que em tal caso “seus diretores e administradores incorrerão na mesma pena” (art. 80).

(36) *Diritto Penal — Parte Geral*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1988, vol. 1º, p. 361.

(37) *Comentários ao Código Penal*, segunda parte, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978, vol. I, tomo II, p. 628.

(38) Lei n.º 4.511/64, art. 13: “É proibido o uso, para qualquer fim, de cheques, vales, bilhetes, bônus, brindes ou qualquer outra forma de impresso, seja qual for a sua procedência ou origem, de natureza particular ou pública, que, de algum modo, se assemelhem às cédulas de papel moeda ou às moedas metálicas.”

O fenômeno da distorção entre as leis especiais e os princípios informativos do Direito Penal assim como se contém no Código Penal já foi dissecado em trabalhos doutrinários importantes⁽³⁹⁾. Mas não é exclusivo do tempo da ditadura militar no País. Ainda agora, no chamado *Brasil Novo*, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional a Medida Provisória n.º 153, de 15 de março de 1990, definindo delitos e estabelecendo sanções, quando a Constituição declara que a competência para legislar sobre Direito Penal é privativa da União (art. 22, I) e não de um de seus Poderes isoladamente e que não há crime sem *lei* anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação *legal* (art. 5.º, XXXIX). Com base na referida Medida Provisória muitas pessoas foram presas e humilhadas sem direito à fiança ou relaxamento da prisão (art. 13). Antes, portanto, da existência de uma lei que descrevesse o delito e cominasse a respectiva sanção.

Felizmente, porém, a comunidade jurídica brasileira e outros setores do pensamento reagiram com o necessário vigor levando o próprio Governo a retirar do Parlamento aquele seu expediente.

Também não se admite a tese da capacidade penal ativa das pessoas jurídicas em face da exigência da culpabilidade que funciona como fundamento e limite da pena.

O primado *nulla poena sine culpa* é expressamente declarado pelo art. 19 do Código Penal. E a culpabilidade é indicada como o primeiro elemento referencial para o momento judicial da aplicação concreta da pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (art. 59).

No sistema proposto pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984 (reforma da Parte Geral do CP), a culpa é o fundamento para a escolha e medição da pena, enquanto a periculosidade é a base para a imposição da medida de segurança.

Não há que se falar, portanto, em “culpabilidade da pessoa jurídica”, expressão manifestamente incompatível não apenas com a realidade ontológica das pessoas coletivas mas também com o conceito minucioso de culpa vista como “reprovabilidade da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito”⁽⁴⁰⁾.

Em várias oportunidades e pelo texto dos mais eminentes escritores, a pretensão de incriminar a pessoa jurídica pela conduta de seus prepostos esbarra na impossibilidade de se conceber numa empresa comercial a formação da consciência de ilicitude de sua atividade. Nem será razoável, tam-

(39) Por todos, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, “O novo Direito Penal Tributário e Econômico”, em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, ed. Universidade do Estado da Guanabara, 1966, n.º 12, p. 63.

(40) HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, cit., p. 202.

bém, formular um juízo de reprovabilidade penal pelo desempenho de uma instituição financeira embora seja possível um juízo de valor sobre a sua atuação no mercado mobiliário. Porém, juízo que irá desaguar na atribuição de responsabilidade administrativa, fiscal ou civil; jamais de responsabilidade criminal.

Também é importante salientar que a culpa deve ser livre não somente em sua causa, isto é, na formação da consciência do proibido, mas ainda durante o itinerário do delito. E não é possível afirmar-se a autonomia da liberdade da pessoa jurídica que atua em consequência da conduta de seus agentes.

Somente as pessoas naturais são as depositárias dos elementos que essencialmente são requeridos como fundamento da culpabilidade, como leciona PEÑA CABRERA (41).

Em várias oportunidades, o caráter pessoal e subjetivo da responsabilidade penal foi afirmado pelos nossos penalistas. Merece invocação, entre vários outros trabalhos, a contribuição de NILO BATISTA e AURÉLIO WANDER BASTOS, apresentada na VIII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 1980) (42).

No mesmo evento foi aprovada tese de ROBERTO SANTOS VIEIRA, a qual embora não tendo caráter estritamente penal, apresentou várias recomendações “a fim de assegurar que a partir da década de 1980 o País venha a dispor de legislação moderna e adequada às aspirações nacionais de desenvolvimento com melhor qualidade do ambiente, e que mediante novos instrumentos legais haja a imposição de restrições inteligentes e cientificamente elaboradas à implantação de negócios industriais, comerciais ou de serviços, que venham a destruir os ecossistemas” (43).

E essa “legislação moderna e adequada às aspirações nacionais de desenvolvimento com melhor qualidade do ambiente”, como propôs o mencionado advogado amazonense, não poderá se constituir na antítese dos mais generosos princípios de Direito Penal e, entre eles, o princípio da culpabilidade.

Para fechar o circuito de objeções às tentativas de se incriminar a pessoa jurídica (embora sem esgotar os aspectos do tema) convém insistir num ponto: é inconcebível falar-se em execução da pena criminal — que pressupõe aflição e reinserção social — sobre as pessoas jurídicas.

Tanto a pena como a medida de segurança se destinam ao homem de carne e osso, destinatário das reações antidelituais. A pena deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime (CP, art. 59)

(41) RAUL PEÑA CABRERA, *Derecho Penal Peruano, Parte General*, ed. Epasa, Lima, 1981, p. 161.

(42) “Liberdade e proteção do meio ambiente”, em *Anais*, ed. da OAB, Rio de Janeiro, 1980, pp. 222 e 223.

(43) “Liberdade e proteção do ambiente”, em *Anais*, cit., p. 877.

e inequivocamente é aflitiva como se verifica pelo disposto nos arts. 121, § 5.º, e 129, § 8.º

Nessas duas hipóteses legais de tragédia, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

A pena, portanto, é sofrimento, dor, enfim, uma *procissão de sentimentos*. É possível conceber a pessoa jurídica como figura central desse cortejo?

Algumas Constituições atribuem à pena o efeito de recuperação ou reinserção social (44).

E o art. 1.º da Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), embora não tenha assumido nenhum compromisso programático com a reeducação ou recuperação social do infrator, declara que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Seria a pessoa jurídica a possível destinatária deste preceito?

Como já foi acentuado, o sistema do Código Penal brasileiro, com a reforma introduzida pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, não acolhe a hipótese de imposição de pena ou de medida de segurança à pessoa jurídica (45).

A melhor interpretação dos textos da Constituição de 1988 não admite a capacidade penal ativa da pessoa jurídica. Conforme o espírito da lei fundamental, somente o homem pode cumprir os vários estágios da *provação processual*: desde o aparecimento como suspeito ou indiciado — objeto ou não da identificação criminal — até a derradeira saída do palco onde a história do crime é montada. O *preso* de que fala a Constituição é o homem e assim também o *acusado* a quem se assegura a presunção de inocência. O *condenado* credor da indenização por erro judiciário na aplicação de (qualquer) pena criminal é somente o ser humano, nascido de mulher e capaz de operar o milagre da transformação, a metamorfose dos sentimentos, assim como se refere HUMBERTO DE CAMPOS a propósito de gravíssimo crime: “... somente agora vim a conhecer, na limpeza de sua verdade, o acontecimento vermelho e trágico de que tanto ouvia falar quando menino. E como se humanizou, aos meus olhos, o monstro de outrora! ... Como se transformou em piedade, em compaixão amadurecida e consciente, o terror infantil que me enchia o coração pequenino, quando se pronunciava, diante de mim, o nome de Pontes Visgheiro! ...” (46).

(44) Carta da Itália (1947, art. 27, 3ª parte); Espanha (1978, art. 25, nº 2).

(45) A nova Parte Geral do Código Penal eliminou a medida de segurança de interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação, prevista pelo art. 99 do Código Penal em sua redação original.

(46) *Destinos*, Opus Editora Ltda., São Paulo, 1983, p. 176.

10. *Localização dos crimes contra o ambiente: no Código Penal ou em leis especiais?*

Um dos aspectos tormentosos da proteção penal do meio ambiente se relaciona à colocação *topográfica* das normas incriminadoras. Qual seria o local mais adequado? Na Parte Especial do Código Penal ou nas leis extravagantes?

Ambas as soluções têm adeptos fervorosos e recentes modelos de legislação adotam opções diversas. Como exemplo pode-se referir o Código Penal português que remete para as leis especiais a positivação dos delitos ambientais, argumentando com o caráter mutável de tais infrações.

Em nosso entendimento, não existem razões suficientes para excluir do Código Penal normas incriminadoras de notável relevo posto protegerem bens jurídicos fundamentais como a qualidade de vida (e a própria vida), a saúde e a segurança emocional, além de interesses essenciais ao equilíbrio das relações dos homens entre si e para com a natureza.

É certo que os meios e os métodos de execução dos *delitos ambientais* se aprimoram com os novos sucessos da ciência e da tecnologia. Mas assim também não ocorre nos sofisticados processos de execução de homicídios, de estelionato e outros crimes clássicos?

Não seria razoável uma legislação que pretendesse acompanhar a evolução das formas de cometimento dos delitos contra a vida, o patrimônio, a Administração Pública, etc. através de novas modalidades de "criminalização" quando estão em causa somente os meios e os métodos de cometimento.

Vários são os inconvenientes resultantes de certas experiências legislativas quando, no empenho de satisfazer interesses de conjuntura social ou política ou de atender ao *espírito da época*, promovem contradições profundas entre as *leis de ocasião* e os princípios e as regras estabelecidas no Código Penal.

Existe outra razão a explicar o fenômeno da hipercriminalização além dos aspectos comuns do apelo político e da veleidade ou fisiologia do legislador. Referimo-nos à facilidade com que se redigem os projetos de leis especiais e a simplificação do processo legislativo em comparação com o trabalho de reforma total ou parcial dos códigos.

O *festival babélico* que se movimenta no cenário das leis especiais pode ser identificado não somente pela superposição de tipos de ilicitude (como é rotineiro na criminalidade econômica, financeira e tributária), mas também pela variedade de critérios adotados para a pena de multa, que na sistemática do Código Penal é estabelecida em função do dia-multa (art. 49 e parágrafos). Alguns exemplos desse quadro surrealista são bem esclarecedores: 1.º) As Leis n.º 5.700, de 1.º de setembro de 1971 (forma

e apresentação de Símbolos Nacionais); n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) e n.º 7.437, de 20 de dezembro de 1985 (inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil), cominam a multa através do maior valor de referência; 2.º) As Leis n.º 6.192, de 19 de dezembro de 1974 (restrições a brasileiros naturalizados) e n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano) cominam a multa em função do maior salário mínimo vigente no País; e 3.º) A Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 (ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e a outros interesses difusos), prevê a multa em OTN; 4.º) A Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965 (crime de sonegação fiscal) dispõe que a multa corresponde de 2 (duas) a 5 (cinco) vezes o valor do tributo.

Especificamente quanto aos crimes contra o meio ambiente, o panorama não é menos desalentador.

Com efeito, a Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal) adota a multa sob a modalidade de quantidades prefixadas do valor do salário mínimo (de uma a cem vezes o salário mínimo mensal) (art. 26); o Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Pesca) se remete ao Código Penal (art. 62); a Lei n.º 7.645, de 18 de dezembro de 1987 (proíbe a pesca de cetáceo em águas jurisdicionais brasileiras) comina a multa em OTN; as Leis n.º 7.802, de 11 de julho de 1989 (dano à saúde através de agrotóxicos) e n.º 7.804, de 18 de julho de 1989 (crime de poluição), prevêem a multa através do critério do maior valor de referência (MVR).

Em todos os diplomas referidos existe também a previsão da pena privativa de liberdade.

Um detalhe muito sugestivo da *ciranda legislativa* não pode passar despercebido. Trata-se do art. 16 da Lei n.º 7.802/89, que dispõe:

“O empregador, profissional responsável ou o prestador de serviço que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente estará sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, além de multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. Em caso de *culpa*, será punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, além de multa de 50 (cinquenta) a 500 (quinhentos) MVR.”

A previsão da pena de reclusão para o crime *culposo* é um disparate se considerarmos que o delito culposo mais grave previsto pelo Código Penal, ou seja, o homicídio cometido por imprudência, negligência ou imperícia, prevê a pena de *detenção* de 1 (um) a 3 (três) anos. E como é curial, a reclusão e a detenção constituem situações diferenciadas de execução da pena privativa de liberdade.

As distorções não param aí. A malsinada Medida Provisória n.º 153, de 15 de março de 1990, a que aludimos, também se desencontra com o sistema do dia-multa estabelecido pelo Código Penal. Realmente, a multa contra os delitos de abuso do poder econômico foi cominada em Bônus do Tesouro Nacional (BTN) indexador que, como os demais de recente e frustrante experiência (ORTN e OTN, etc.) poderá cair em descrédito.

Como, então, estimular a formação legislativa de um Direito Penal especial do meio ambiente com toda essa permanente *guerrilha* de critérios?

A efetiva proteção penal do meio ambiente em nosso País já dispõe de coordenadas constitucionais suficientes e apropriadas que também atribuem deveres legislativos à União, aos Estados e aos Municípios para regular matérias e situações referentes a outras áreas jurídicas. Além disso, uma vasta gama de medidas de polícia administrativa poderão ser adotadas no interesse de preservar ou recuperar o equilíbrio ecológico.

Sob a perspectiva estritamente penal é de toda conveniência que os tipos de ilícitudes figurem agrupados na Parte Especial do Código Penal, sob um título específico, assim como propõe o anteprojeto já referido.

Ao lado de tal expectativa, um grande e fecundo trabalho está reservado ao legislador: a revisão e a consolidação dos textos atualmente em vigor a fim de que o *direito penal ambiental* não permaneça apenas como repertório de proclamações otimistas e sofrendo as nefastas conseqüências da proliferação desordenada de *leis de ocasião* que, a exemplo de toda e qualquer inflação, desorganiza sistemas, arruína instituições e corrói a esperança.

Um trabalho de paciência e perseverança, assim como o gesto de lançar a semente à terra e defender a planta contra as forças hostis do homem e da natureza, até a colheita dos frutos.

Esta obra do presente e com vista ao futuro é mais um desafio na luta contra as imagens de holocausto pintadas pelo fogo e pela destruição, transformando imensas e paradisíacas áreas verdes em quadros de uma exposição refletindo purgatórios e infernos.

É fundamental que não somente o Direito Penal, porém as demais ciências da conduta e a indispensável solidariedade coletiva revertam a paisagem de insegurança e infelicidade assim como é descrito por muitos brasileiros que, a exemplo de EDMUNDO OLIVEIRA⁽⁴⁷⁾, lamentam a nossa condição de herdeiros da devastação ambiental e prometidos passageiros para o deserto.

(47) *Dimensões dramáticas da violência na Amazônia*, comunicação apresentada no Congresso Internacional de Direito Penal de Viena (1989), em *Revista Internacional de Criminologia da Universidade de Genebra*, jan./março de 1990, pp. 83 e ss.

A Constituição Federal de 1988 e as infrações penais militares

ÁLVARO LAZZARINI

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Professor de Direito Administrativo em São Paulo e autor do *Direito Administrativo da Ordem Pública* (1)

SUMÁRIO

1 — Introdução. 2 — Duplicidade de inquéritos — fatores motivantes. 3 — A publicidade nos inquéritos. 4 — Competência da Polícia Civil. 5 — O inquérito policial militar. 6 — Os crimes militares definidos em lei. 7 — Justiça Militar estadual e jurisprudência. 8 — A correção sobre os inquéritos. 9 — Os desnecessários conflitos de atribuições. 10 — Conclusão.

1 — Introdução

A Corporação Policial Militar Paulista recentemente viu-se envolvida em acontecimentos trágicos, cujo mérito não é objeto de apreciação neste

(1) LAZZARINI, Alvaro; Calo Tácito; Diogo de Figueiredo Moreira Neto; Hely Lopes Meirelles; José Cretella Júnior e Sergio de Andréa Ferreira. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987.

trabalho, o qual, com sentido técnico almeja transcender situações conjunturais. Considerando o momento, talvez até não fosse oportuno fazê-lo. O meu compromisso com o aperfeiçoamento da instituição policial, orientando a correta aplicação da lei, porém, impulsiona-me a tanto.

2 — *Duplicidade de inquéritos — fatores motivantes*

Através da imprensa, tenho observado nas ocorrências em que policiais militares praticam atos tipificados na lei penal militar, um duplo procedimento administrativo por parte do Executivo estadual que, através da Secretaria de Segurança Pública, instaura dois inquéritos policiais. Um pela Polícia Civil, outro pela Polícia Militar; ambos, no entanto, com o mesmo propósito, pelo menos em tese, de apurar a infração penal que se alega ocorrida. Noto que a recíproca não é verdadeira, ou seja, quando um policial civil comporta-se ilicitamente, apenas um procedimento é instaurado, o inquérito policial conduzido pela Polícia Civil. Por que a discrepância? Seria o militar mais suspeito que o civil? Por certo a resposta é negativa. Quanto à explicação da diferença, fá-lo-ei a seguir.

Nas raízes da divergência pode-se encontrar objetivamente uma mistura de desconhecimento da lei penal militar, sentimentos corporativistas e até classistas, busca de publicidade pessoal e num ano eleitoral como este, inevitavelmente, fins políticos. Todos fatores perfeitamente contornáveis desde que haja firme decisão por parte da administração estadual de fazer cumprir a lei.

Na condição de colaborador nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte e estudioso, há muitos anos, da doutrina da ordem pública, onde se insere a polícia e seus temas, posso afirmar que a Constituição Federal vigente definiu muito bem as funções dos órgãos policiais. É preciso apenas que cada um saiba o seu lugar e respeite o do outro. Por certo os pequenos ajustes que deverão ser feitos a nível das leis orgânicas das polícias, aliados a uma administração mais técnica, levará, acredito, ao esvaziamento das divergências e crescimento das possibilidades de um trabalho conjunto harmonioso. Saliento que não estou isolado neste pensar, pois juristas do porte de José Afonso da Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Cretella Júnior, em recentes obras sobre o texto constitucional, entendem-no de forma muito semelhante.

3 — A publicidade nos inquéritos

Ainda na questão do inquérito policial, tem sido cada vez mais preocupante o desprezo com que a polícia vem tratando o sigilo da apuração, aliás, previsto pelo art. 20 do Código de Processo Penal. Em notável artigo escrito para o jornal *Folha de S. Paulo*, a 11 de fevereiro de 1990, p. 3, Seção Tendências e Debates, sob o título “Quando a Polícia Julga”, os eminentes advogados José Carlos Dias e Luis Francisco Carvalho Filho trataram do problema, de tal forma que me permito aqui transcrever:

“O indiciamento passou a ter a conotação de uma condenação pública. O reconhecimento posterior da inocência afirmado pelo Judiciário não tem mais repercussão, é incapaz de apagar da memória a condenação policial anterior. O indiciamento marca a pessoa com cicatrizes que nenhuma sentença absolutória tem o poder plástico de apagar de sua alma e do seu nome. Pelo erro policial, permanece impune o ‘julgador’ sem toga. O inocente, assim reconhecido pelo julgador togado, não recebe, pela lesão sofrida, nenhuma reparação moral ou material por parte do Estado. Se a Constituição garante a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem, se estabelece a presunção de inocência até o julgamento final do processo, é indispensável que seja cumprida. O indiciamento, por exemplo, é um ato sem previsão expressa na lei, e a polícia criou um cerimonial que só objetiva humilhar a pessoa e invadir seu mundo íntimo.”

4 — Competência da Polícia Civil

Voltando à questão da duplicidade de inquéritos, convém ressaltar que a competência da Polícia Civil, prevista na Constituição Federal, art. 144, § 4.º, e Constituição do Estado de São Paulo, art. 140, cinge-se às “funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, *exceto as militares*” (grifo nosso). Não fica dúvida. Tais atribuições dizem respeito tão-somente às infrações penais comuns. Note-se inclusive o intuito da norma constitucional, que é ampla, ao não fazer distinção quanto à espécie de infração penal militar, abrangendo todas, sejam elas propriamente ou impropriamente militares, coerentemente com o restante dos textos constitucionais respectivos, na previsão da competência da justiça militar — Constituição Federal, arts. 124 e 125, § 4.º, e Constituição Estadual, arts. 81 e 82.

Cumpre lembrar, a propósito, que na lição de CAIO TÁCITO (2)

“A primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador” (grifos nossos).

5 — O inquérito policial militar

De outro lado, em sendo praticada infração penal militar, por militar federal ou estadual, definidos nos arts. 42 da Constituição Federal e 138 da Constituição do Estado de São Paulo, obrigatoriamente caberá à respectiva Força Armada ou à Polícia Militar exercer as funções de Polícia Judiciária Militar institucionalizada na esfera do Estado de São Paulo pela Constituição Estadual através do art. 81, inciso II, §§ 1.º e 3.º e pelo Decreto-Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), através dos arts. 7.º, 8.º, 9.º e 10, apurando o ilícito mediante inquérito policial militar.

Saliente-se que o exercício da Polícia Judiciária Militar compete originariamente aos comandantes, diretores e chefes militares, podendo, por delegação, ser atribuído aos oficiais da ativa para fins e por tempo especificados.

Pela similaridade com a doutrina do Direito Processual Penal Comum, afirma-se que o inquérito policial militar é a peça informativa procedida pelo órgão competente do Poder Executivo para o exercício do Poder Judiciário no âmbito criminal militar. Sua definição legal é fornecida pelo art. 9.º do Código de Processo Penal Militar, com a seguinte redação:

“O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure-se crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à proposição da ação penal.”

(2) TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil — Conceito e Remédios*; edição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

Já as infrações penais militares são definidas pela lei penal militar no art. 9.º, incisos I, II e III do Código Penal Militar, cuja íntegra é:

“Art. 9.º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I — os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II — os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

III — os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Doutrinariamente, identificam-se dois tipos de crimes militares, a saber: *os crimes propriamente militares e os crimes impropriamente militares.*

O motim, a revolta, a insubordinação, a deserção, a falta de cumprimento do dever, o abandono de posto e a tentativa contra a soberania nacional, dentre outros, constituem tipos de *crimes propriamente militares* (tipicamente), pois que definidos somente no Código Penal Militar (art. 9.º, inciso I).

Vale notar que há crimes igualmente definidos no Código Penal Militar (art. 9.º, inciso II) e na lei penal comum, os quais, em razão de determinadas condições, circunstâncias e locais de ocorrência, integram o elenco dos denominados *crimes impropriamente militares*, sendo seu requisito fundamental a condição de militar da ativa do agente.

7 — Justiça militar estadual e jurisprudência

No tocante à Justiça Militar Estadual cumpre destacar que, por força do art. 125, § 4.º da Constituição Federal e art. 81 da Constituição de São Paulo, não cabem sobre civis, providências de natureza de Polícia Judiciária Militar, porque à Justiça Militar Estadual só compete processar e julgar militares estaduais. Se no curso do inquérito policial militar verificar-se a hipótese de civil envolvido em prática delitativa, a autoridade policial judiciária militar remeterá cópias das peças respectivas à autoridade policial civil competente, ou então diretamente ao Ministério Público. Em absoluto, o civil figuraria como indiciado em inquérito policial militar, instaurado na esfera estadual.

Saliente-se que há mais de dez anos o Colendo Supremo Tribunal Federal e outras Egrégias Cortes, através de inúmeros julgados *pacificaram a jurisprudência sobre o julgamento dos crimes militares, definidos em lei, cometidos por militares estaduais*. A competência, com efeito, está atribuída à Justiça Militar Estadual, como destinatária final dos inquéritos policiais militares, pois a Magna Carta, no seu art. 144, § 4.º, vetou à Polícia Civil atribuições de Polícia Judiciária Militar.

A Constituição Federal e a do Estado de São Paulo, democraticamente elaboradas, assim confirmaram a postura do Supremo Tribunal, consolidando a Justiça Militar Estadual como órgão do Poder Judiciário obediente inclusive ao quinto constitucional, conforme arts. 54, III, VII e 63, I, da Constituição do Estado de São Paulo, tendo a peculiaridade de ser um escabinato, onde alia-se a experiência profissional dos juízes militares ao papel de jurista dos juízes togados, atentos às minudências do direito.

8 — *A correição sobre os inquéritos*

Daqueles que defendem o duplo inquérito, já ouvi até argumentos sobre uma maior transparência na apuração das infrações penais militares, subentendendo-se que a Polícia Civil fiscalizaria as Forças Militares. Ora, não é e nem deve ser essa a função da Polícia Civil e disso ela precisa conscientizar-se. A vigília pela lisura dos inquéritos policiais cabe às Corregedorias do Poder Judiciário e ao Ministério Público que para isso teve, inclusive, suas funções institucionais ampliadas (Constituição Federal, art. 129), *sendo cada vez mais comum aos Promotores de Justiça acompanhar as investigações sobre casos graves*.

No Estado de São Paulo, aliás, a sua Constituição de 1989, no art. 81, §§ 1.º e 3.º, atribuiu à sua Justiça Militar (Tribunal de Justiça Militar e Auditoria Militar designada) *os serviços de correição sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar*, de modo que qualquer investida em contrário, além de ensejar, em tese, crime de abuso de autoridade, fica a indicar ilegítimo tangenciamento à norma constitucional, quer federal, quer local.

9 — *Os desnecessários conflitos de atribuição*

Percebo que da duplicidade de procedimentos, resulta com certeza a superposição de meios, dispersão de esforços, busca de notoriedade por policiais e, mais grave, o conflito entre as Polícias. São os denominados

conflitos de atribuições internos que, na arguta observação de José Cretella Júnior (3), ocorrem a todo momento, com a “*luta ou choque de competência entre duas autoridades do mesmo Poder, em matéria administrativa. São dois agentes públicos que se julgam competentes — conflito positivo de atribuição — ou se julgam incompetentes — conflito negativo de atribuição — para o desempenho de determinado serviço público ou para o exercício de certa função. Ou para a edição de ato administrativo. Cabe ao superior hierárquico desses dois funcionários de mesmo nível a resolução do conflito e isso em decorrência da hierarquia. Dirimido imediatamente o conflito, cessa a disputa, porque o superior decidiu de plano a quem cabe a tarefa. Se os funcionários forem de níveis diferentes, sobe-se na escala hierárquica, até chegar-se ao superior comum aos dois e a este cabe dirimir o conflito de atribuição suscitado*”.

No mesmo sentido, também, lembro MÁRIO MASAGÃO (4) quando diz, com a sua peculiar clareza, que “Os conflitos de atribuições entre órgãos subordinados ao poder executivo são resolvidos pelo primeiro superior hierárquico comum aos conflitantes”, obviamente, observados os preceitos legais.

10 — Conclusão

Daí por que, com vistas ao problema de apuração de ilícitos penais que, em tese, sejam praticados por militares, será oportuno e conveniente que, em ato administrativo adequado, disponha-se:

a) “Art. — Diante de infração penal militar, serão os elementos do fato ou os autos remetidos de imediato à autoridade policial militar competente para as atividades de polícia judiciária militar”.

b) “Art. — O militar, quando preso em flagrante por infração penal comum, será retido na repartição de Polícia Civil somente pelo tempo necessário à lavratura do respectivo auto, após o que será, imediatamente, conduzido à autoridade policial militar competente, mediante escolta da própria Corporação”.

(3) CRETILLA JÚNIOR, José. *Conflito de Atribuições no Direito Administrativo*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 291, pp. 56 e 57.

(4) MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., p. 321, nº 516, 1977.

Administração na Constituição

SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO
Consultor da República

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, em síntese, encerra um complexo de órgãos e entidades, com os seus serviços, pelos quais o Estado age, direta ou indiretamente, com vistas a atingir seus fins, visando ao bem comum e à boa ordem social.

2. No Brasil, segundo a organização político-administrativa adotada, a ADMINISTRAÇÃO se distribui, verticalmente, nos seguimentos correspondentes aos planos da UNIÃO FEDERAL, dos ESTADOS-MEMBROS, do DISTRITO FEDERAL, dos TERRITÓRIOS FEDERAIS e dos MUNICÍPIOS, cada uma dessas pessoas políticas, dotadas de personalidade jurídica de direito público interno, agindo no âmbito das suas atribuições constitucionais (Constituição, art. 18 e seu § 2.º).

Dentro dos limites das suas atribuições, essas pessoas políticas atuam, normalmente, por meio dos respectivos órgãos integrantes da sua estrutura orgânica, o que se denominou de administração centralizada ou direta federal, estadual ou municipal, conforme o caso (Const., arts. 21 a 24, 25, 30, 32 e 33).

Fora desse contexto nuclear da ADMINISTRAÇÃO DIRETA, porém, para atuação de forma descentralizada, existe uma gama de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria, quer de direito público, como é o caso das autarquias e fundações públicas, ou de direito, privado como é o caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, que constituem a chamada ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, além das suas subsidiárias, vinculadas umas e outras a um dos órgãos superiores da estrutura da respectiva pessoa política a que pertencerem e segundo a sua área de atuação.

Para a realização, de forma descentralizada, das atividades próprias e peculiares do Estado, como um seu desdobramento e prolongamento,

Palestra pronunciada pelo Professor SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO, Consultor da República, perante o painel referente à configuração jurídica dos órgãos e entidades públicas, realizado dia 14-6-1989, no Auditório da FUNCEB, em Brasília/DF, como parte integrante do Seminário sobre Reorganização da Administração Pública Federal, promovido pela SEPLAN/FUNCEP-ENAP (Escola Nacional de Administração Pública).

utiliza-se a figura da AUTARQUIA, que é uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito público, de capacidade exclusivamente administrativa, com autonomia financeira, patrimônio próprio vinculado à prestação de um serviço público, que restringe a sua especialidade, sendo-lhe conferidos determinados privilégios estatais (Dec.-Lei n.º 200/67, arts. 4.º e 5.º; antecedentes: Dec.-Lei n.º 4.597, de 19-8-42, art. 2.º, Dec.-Lei n.º 6.016, de 22-11-43, art. 2.º, e Lei n.º 830, de 23-9-49, art. 139).

A par das autarquias, surgiram as FUNDAÇÕES OFICIAIS, de natureza autárquica, no início, depois foram equiparadas aos organismos de direito privado, chegando a ser postas à margem da ADMINISTRAÇÃO, mas agora voltaram a ser consideradas entidades públicas (Lei n.º 6.733, de 4-12-79, Dec.-Lei n.º 2.299, de 21-11-86, e Lei n.º 7.596, de 14-4-1987, art. 1.º).

Já para a realização de determinadas atividades, não essencialmente estatais, mas que o Estado é chamado a atuar, na exploração de determinada atividade econômica, de certa forma pondo-se a par da iniciativa privada, conforme ditarem as contingências e conveniências do poder público, isto se realiza por intermédio das EMPRESAS PÚBLICAS ou SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, ambas com personalidade jurídica de direito privado, à feição das sociedades mercantis, diferenciando-se pela participação de recursos públicos no seu capital social, sendo esta exclusivo nas primeiras e majoritário nas últimas (Const., art. 173, §§ 1.º e 2.º).

Originariamente, as atividades administrativas se restringiam aos próprios órgãos estatais, ao que se limitava, assim, o sentido da expressão ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ressalvados os casos dos serviços públicos, explorados por concessionárias, modalidade essa de transferência, que foi usada no passado, sobretudo nos serviços portuários, ferroviários e de energia.

3. As Constituições anteriores, desde a Imperial, de 25-3-1824, passando pelas Republicanas, de 24-2-1891, 16-7-1934, 10-11-1937 e 18-9-1946, não faziam maiores referências à *Administração Pública*, mas quando o faziam, davam a essa expressão o sentido amplo, como nos arts. 102/13 e 142, da de 1824, nos arts. 33, da de 1934, e 44 da de 1937, quando proibiam aos congressistas “celebrar contrato com a administração pública federal”, bem como o art. 101, § 1.º, da de 1934, ao sujeitar ao registro do Tribunal de Contas “qualquer ato da administração pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste”, dispositivo esse reproduzido no art. 77, § 2.º, da Constituição de 1946.

Na Constituição de 1946 já se fazem referências extensivas às autarquias e sociedades de economia mista (art. 48, ao proibir os congressistas de celebrarem contratos e aceitarem empregos), bem como aos “administradores das entidades autárquicas”, para sujeitá-los à jurisdição do Tribunal de Contas (art. 77, item I, e seu § 2.º).

Já a partir da Carta Política de 24-1-1967, houve maiores referências, mantidas na Emenda n.º 1, de 17-10-1969, a saber:

a) art. 19, § 1.º, dando imunidade tributária às autarquias;

b) art. 34, vedando aos congressistas “firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedades de economia mista e empresas concessionárias de serviço público”, bem como nelas “aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado”;

c) art. 62, incluindo no orçamento anual as despesas e receitas dos Três Poderes, “tanto da administração direta quanto da indireta”;

d) art. 70, § 5.º, aplicando às autarquias as normas de fiscalização financeira e orçamentária pelo TCU;

e) art. 81, itens I e V, definindo a competência do Presidente da República para exercer “a direção superior da administração federal” e dispor sobre “estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”;

f) art. 85, dando competência aos Ministros de Estado para “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal”;

g) art. 99, § 2.º, estendendo a proibição de acumular às “autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”;

h) art. 125, item I, dando competência aos juizes federais para o julgamento das causas envolvendo “a União, entidades autárquicas ou empresa pública federal”; e

i) art. 170, dispondo sobre a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, na exploração de atividade econômica.

4. O fato de haver aumentado a preocupação do legislador constituinte, pelas entidades da ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, decorreu do seu crescente incremento, pois a partir de 1930 é que começaram a surgir as autarquias previdenciárias, denominadas de Institutos de Aposentadorias e Pensões, seguindo-se ao final dessa década de 30, até 1946, a criação de algumas autarquias fundacionais (Fundação Brasil Central, em 1943, e a da Casa Popular, em 1946, bem assim a Legião Brasileira de Assistência, em 1942), como também a instituição de empresas estatais, sob a forma de economia mista (IRB, em 1939; Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, Companhia Vale do Rio Doce, em 1942; Companhia Nacional de Alcalis, em 1943; Companhia Hidrelétrica de São Francisco, em 1945; e Fábrica Nacional de Motores, em 1946), sem falar no Banco do Brasil, que vem do tempo do Império (1808).

Justifica-se a transferência de atividades para as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, subsidiárias e outras

modalidades, na necessidade de obter maior descentralização e dinamismo operacional, mas não faltou quem sempre visse, nisso, um modo de fuga aos controles e rigores de procedimentos, impostos aos órgãos da chamada ADMINISTRAÇÃO DIRETA, visto como nunca houve critérios quanto ao processamento dessas transferências, que muito proliferaram a partir de 1967.

5. O Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-1967, ao dispor sobre a organização da ADMINISTRAÇÃO FEDERAL e estabelecer as diretrizes para a REFORMA ADMINISTRATIVA, definiu a ADMINISTRAÇÃO DIRETA, na área federal, como sendo constituída “dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (art. 4.º, inciso I).

Esse texto sugere uma indagação, pelos seus termos incisivos, quanto a entender-se a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA esgotada no restrito âmbito do Poder Executivo ou, ao contrário, abrangendo também os serviços integrados na estrutura administrativa das Secretarias de cada uma das Casas do Congresso Nacional e dos Tribunais.

Isto justifica um detido exame.

6. Na verdade, ao ser editado o mencionado diploma legal (Decreto-Lei n.º 200/67), teve-se a nítida preocupação de tratar da ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA restrita ao Poder Executivo, mas não se descuroou de estabelecer diretrizes e disciplinamentos que, pelo seu caráter geral, extravasariam aqueles limites, para terem aplicação em toda a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA notadamente as normas contidas nos Títulos X (Administração Financeira e Contábil), XI (Pessoal Civil) e XII (Licitações).

Aliás, o próprio legislador constituinte, ao editar a Carta Magna de 24-1-1967 (com a qual foi contemporâneo o Decreto-Lei n.º 200/67), disse competir ao Presidente da República “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração Federal e exercer a sua direção superior (itens I e V do art. 83, hoje sob o n.º 81), quando essa competência é limitada ao campo do Poder Executivo, ante a independência consagrada ao art. 6.º da Carta Magna e, no particular, preservada nos arts. 30 e 115, item II, da Lei Maior.

Vê-se, assim a tendência do legislador em usar a expressão ADMINISTRAÇÃO FEDERAL com o sentido limitativo, em termos de Poder Executivo, o que constitui uma certa impropriedade terminológica.

7. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA como bem acentua o preclaro administrativista Professor HELY LOPES MEIRELLES (em *Direito Administrativo Brasileiro*, 10.ª edição, 1984, da Revista dos Tribunais, p. 631), “não é propriamente constituída de serviços, mas sim de órgãos a serviço do Estado, na gestão dos bens e interesses qualificados da comunidade”, o

que permite concluir que, no âmbito federal, “a ADMINISTRAÇÃO DIRETA é o conjunto dos órgãos integrados da estrutura administrativa da União”.

Como demonstra o ilustrado mestre, ao comentar o Decreto-Lei n.º 200/67, “a norma em exame deixa muito a desejar principalmente no tocante à sistemática, pouco lógica, e à conceituação, muitas vezes imprecisa e juridicamente incorreta” (obra citada, p. 629).

Logo, no que pese aos termos restritos do mencionado diploma legal, há que se entender como componentes da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, na esfera federal, todos os órgãos da União, sejam os do Poder Executivo como também os do Legislativo ou do Judiciário, porque integrantes da mesma e única pessoa jurídica (a tradicional tripartição dos poderes públicos não induz o monopólio da atividade administrativa pelo Executivo, conquanto esta seja a sua função preponderante).

Em reforço a esse entendimento, encontra-se o ensinamento do não menos famoso Professor RUY CIRNE LIMA, o qual, após mostrar o dualismo de conceito da “Administração Pública”, adotado nas Constituições de 1824, de 1891, de 1934 e de 1937, como também na legislação antiga e moderna, ora referindo-se ao respectivo sujeito ativo, ora à atividade mesma como tal, assevera que

“Normalmente competente ao Poder Executivo, a administração pública não se lhe enumera, porém, entre as atribuições privativas. Deixam os textos constitucionais suposta a pertinência dessa atividade ao círculo das funções daquele Poder do Estado... Não a declaram, entretanto, privativa do Poder Executivo, porque, na realidade, não o é. Embora impropriamente, com efeito, pode dizer-se que o Poder Legislativo e o Judiciário administram também, quer por forma peculiar, quer pela forma corrente, quer no desempenho da função própria, quer encarregadas aos respectivos órgãos funções em princípio cabíveis ao Poder Executivo.” (Cfr. *Princípios de Direito Administrativo*, edição de 1964 da Livraria Sulina, p. 23.)

8. A ADMINISTRAÇÃO é a ação dinâmica e fluida do Estado, objetivando os seus próprios fins, sob uma ordem constitucional.

Dessa ação derivaram as funções estatais de natureza especializada, que se denominaram de legislativas, executivas e judiciárias, que historicamente eram exercidas pelo mesmo órgão soberano, o qual acumulava o poder de editar normas com o de sua aplicação e o de declaração do direito delas decorrente (ver “A Administração Pública e o Direito no Estado Antigo”, do Professor A. B. Cotrim Neto, publicado na *Revista de Informação Legislativa* n.º 48, pp. 171/segs., item 2).

O aperfeiçoamento ocorrido na estruturação dos poderes estatais acarretou uma certa autonomia da função administrativa, em sentido restrito, que ficou mais concentrada no Poder Executivo, quanto à gestão dos bens e interesses gerais da comunidade, cabendo-lhe zelar pela segurança interna do Estado e dirigir a defesa externa, mas as remanescentes funções legislativas e judiciárias, em última análise, não deixam de ser formas especializadas de exercício da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, em sentido amplo.

A função administrativa do Executivo, que é mais geral e dotada de grande discricionariedade, não se confunde com as do Legislativo e Judiciário, que são autônomas e delimitadas, segundo suas especialidades, nem interfere na economia interna de cada qual, em razão da independência dos Poderes.

Nenhum dos Três Poderes, porém, é absoluto na sua órbita de ação, sendo que a separação é principalmente formal, pois cada um deles tem prerrogativa de ação na atividade funcional dos outros (Cfr. *Direito Constitucional*, de SAHID MALUF, 11.ª edição de 1979, p. 102).

9. Em sentido amplo, portanto, a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA é constituída pelo conjunto de órgãos e entidades, com as suas repartições e serviços, pelos quais o Estado exerce as suas funções, particularmente na gestão das coisas e dos interesses da comunidade social.

Nesse sentido orgânico, que é bastante elástico, a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA abrange, também, os órgãos administrativos, em qualquer dos Três Poderes Políticos, inclusive os das Secretarias do Legislativo e dos Tribunais (Cfr. *Direito Administrativo Didático*, do Professor SÉRGIO ANDRÉA FERREIRA, edição de 1979, p. 12).

Usa-se a expressão ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, ainda, para destacar os órgãos da União e as suas entidades, em oposição àqueles conjuntos particularizados, de cada uma das Unidades Federadas e dos Municípios.

Já os termos DIRETA ou INDIRETA, complementares daquela expressão, surgiram para diferenciar os órgãos integrantes da mesma União, com suas repartições e serviços, pelos quais ela atua, diretamente, distinguindo-os das suas entidades, para a realização de determinadas atividades, conforme as suas respectivas especialidades, que são as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

10. São, pois, órgãos da ADMINISTRAÇÃO FEDERAL DIRETA, não só os que integram a estrutura administrativa do Poder Executivo, mas todos os que compõem a União, por meio dos quais ela atua, como pessoa jurídica de direito público interno, na sua integralidade, inclusive os localizados nos outros ramos do Legislativo e Judiciário.

De igual modo, nada obsta que se criem entidades da ADMINISTRAÇÃO FEDERAL INDIRECTA, mediante lei (evidentemente), no âmbito do Poder Legislativo ou do Judiciário, como aliás já existe o Instituto de Previdência dos Congressistas (Lei n.º 7.087, de 29-12-1982), que é uma autarquia federal, mas está fora da esfera do Poder Executivo.

Conquanto as normas constitucionais e legais, no particular, só tratem da ADMINISTRAÇÃO FEDERAL na órbita do Poder Executivo (Constituição, arts. 81, itens I e V, e 85, inciso I; e Decreto-Lei n.º 200/67, arts. 1.º e 5.º), deve-se procurar transplantar-lhes os termos, com as devidas adequações, para ajustá-los aos órgãos do Poder Legislativo e do Judiciário, no que couber, preservado o que for matéria de competência exclusiva.

11. Releva notar, por oportuno, que os princípios constitucionais relativos aos funcionários públicos, na Constituição contemporânea ao Decreto-Lei n.º 200/67, estavam consubstanciados em uma das seções componentes do capítulo específico do Poder Executivo (Capítulo VII da Constituição, arts. 97 a 111), mas a sua aplicação era forçosa aos do Legislativo e Judiciário (art. 108).

Ao ser disciplinada a situação do “servidor público federal” da “administração direta”, que viessem a exercer mandato eletivo, é intuitivo estar-se tratando, inclusive, dos servidores das Secretarias do Legislativo ou do Judiciário, pois não deixam eles de ser, igualmente, servidores públicos federais da administração direta (art. 104).

Quando dispôs quanto à abrangência do Orçamento da União, a Carta Magna admitiu a existência de órgãos e fundos, da ADMINISTRAÇÃO DIRETA e INDIRECTA, em todos os Poderes (art. 62).

O próprio Decreto-Lei n.º 200/67, contemporaneamente, ao estabelecer normas relativas a licitações, no seu Título XII, disse-as regedoras das compras, obras e serviços, na “administração direta” e autarquias (art. 125), quando são elas necessariamente aplicáveis àquelas operações em geral, mesmo que realizadas no Legislativo e Judiciário. De igual modo, ao elencar as penalidades aplicáveis aos licitantes (art. 136, item III), previu a declaração de idoneidade para licitar, na “Administração Federal”, mas tal impedimento, forçosamente, é de caráter geral e se estende aos órgãos dos Três Poderes. Com mais eloquência, ao cuidar da discriminação das dotações orçamentárias (art. 171), referiu-se expressamente aos Poderes Legislativo e Judiciário.

12. Já em 1940, o Código Penal Brasileiro, no seu Título XI, agrupou os crimes contra a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, a respeito do que o emérito penalista NELSON HUNGRIA, de saudosa memória, fez o seguinte comentário (*Com. ao CP*, ed. da Revista Forense, de 1958, vol. IX, p. 311):

“Em sentido lato (que é o jurídico-penal), administração pública é a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública no sentido estrito), quer no do Legislativo ou do Judiciário.”

Muito mais antes, o vetusto Regulamento Geral de Contabilidade Pública, adotado pelo Decreto n.º 15.783, de 8-11-1922, na parte relativa aos *contratos administrativos* (Capítulo II do seu Título VII), estabelecia que “em todos os contratos com a FAZENDA PÚBLICA, deverão os contratantes prestar uma caução. . .”, mas que “a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, em casos especiais, poderá prescindir da exigência da caução. . .” (art. 770 e seu § 2.º). Logo, as duas expressões eram tomadas, no RGCP, como sinônimas e abrangentes de todos os órgãos integrantes dos Três Poderes, em sentido amplo, aos quais se dirigem os seus preceitos aqui referidos. Ao exigir, também, que os “contratos com a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” fossem lavrados em livros próprios (art. 783), não se restringiu, apenas, aos celebrados no âmbito do Poder Executivo. Diga-se o mesmo, quando preceituou que os contratos celebrados com a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, no tocante ao ESTADO, estão sujeitos à condição suspensiva de sua aprovação (art. 784).

Em sentido aparentemente discrepante, a Lei n.º 6.883, de 28-8-1979, concessiva da anistia, referiu-se expressamente aos servidores da “Administração Direta”, bem como aos “dos Poderes Legislativo e Judiciário”, como se estes já não estivessem contidos naquele outro grupo mais abrangente (art. 1.º), o que se compreende, particularmente, pela necessidade de distinguir, para cada grupo de servidores, a autoridade à qual deveriam ser dirigidos os respectivos pedidos de retorno à atividade (art. 2.º).

13. A Constituição de 1988, em diversos dos seus dispositivos, assim se refere, diferentemente, aos órgãos e entidades componentes da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

1) art. 5.º, item LXXIII — Ação popular para proteger o “patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe”;

2) art. 22, item XXVII — Compete à União legislar sobre licitações e contratos “para a administração pública, direta e indireta, inclusive as fundações” e empresas sob controle governamental;

3) art. 37 — A “administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes”, obedecerá aos princípios. . . ;

4) art. 37, item XVII — A proibição de acumular “abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações”;

5) artigo 37, itens XIX e XX — Depende de lei a criação de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias ou fundações públicas, bem como a de sua participação em outras ou de subsidiárias;

6) artigo 48, itens IX e XI — Cabe ao Congresso Nacional dispor sobre “organização administrativa” e sobre criação, estruturação e atribuições dos “órgãos da administração pública”;

7) artigo 49, item X — Compete ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta”;

8) artigo 51, item IV — Compete à Câmara dos Deputados “dispor sobre sua organização . . . e funções dos seus serviços”;

9) artigo 52, item XIII — Compete ao Senado Federal “dispor sobre sua organização... e funções de seus serviços”;

10) art. 61, § 1.º, item II, *a e e* — Competência do Presidente da República, para a iniciativa de leis, que disponham sobre “criação de cargos, funções e empregos públicos na administração direta e autárquica”, bem como “criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública”;

11) artigo 63, item II — Projeto sobre “organização dos serviços administrativos” das Casas do Congresso Nacional e Tribunais Federais;

12) artigo 71, itens II, III e IV — Compete ao TCU julgar as contas “da administração direta e indireta, inclusive as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal”, apreciar atos de pessoal “na administração direta e indireta, inclusive as fundações”, bem como realizar inspeções e auditorias “nas unidades administrativas” dos Três Poderes e demais entidades já referidas;

13) artigo 74, item II — Os Três Poderes manterão sistema de controle interno “nos órgãos e entidades da administração federal”;

14) artigo 84, itens II e VI — Compete ao Presidente da República exercer a “direção superior da administração federal” e “dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal”;

15) artigo 87, item I do parágrafo único — Compete aos Ministros de Estado “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal”;

16) artigo 96, item I, *b* — Compete aos tribunais “organizar suas secretarias e serviços auxiliares”;

17) artigo 109, item I — Compete aos juízes federais processar e julgar “as causas em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas” forem . . . ;

18) artigo 144, § 1.º, itens I e II — A segurança pública é exercida para apurar infrações penais contra a ordem política e social em detrimento de bens, serviços e interesses “da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas”, bem como para prevenir e reprimir . . . , sem prejuízo “da ação fazendária e de outros órgãos públicos”;

19) artigo 150, § 2.º — É vedado instruir impostos sobre... “às autarquias e fundações”;

20) artigo 163, item II — Lei complementar disporá sobre “dívida pública” incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

21) artigo 165, §§ 1.º, 2.º, 5.º e 9.º, I, II — O plano plurianual . . . diretrizes, objetivos e metas “da administração pública federal”, a lei de diretrizes orçamentárias “compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal”, a lei orçamentária compreenderá o “orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações” e a lei complementar disporá “sobre o exercício financeiro e patrimonial da administração direta e indireta”, bem como estabelecerá “normas de gestão financeira e patrimonial, para a administração direta e indireta”;

22) artigo 167, item VIII — É vedada a utilização de recursos da seguridade, para “suprir necessidades ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos”;

23) artigo 169, parágrafo único, II — A concessão de vantagens, aumentos . . . “pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações”, dependerá de . . . (exceto empresas públicas e sociedades de economia mista);

24) artigo 173, §§ 1.º, 2.º e 3.º — As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades . . . sujeitam-se ao regime jurídico . . . e não poderão gozar de privilégios;

25) artigo 175 — Incumbe “ao Poder Público” . . . , a prestação de serviços públicos;

26) artigo 216, § 2.º — Cabem à “administração pública” a gestão da documentação governamental e as providências para franquear consultas.

Foi assim, também, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

27) artigo 8.º, § 5.º — A anistia aplica-se . . . “fundações, empresas públicas ou empresas mistas, sob controle estatal”;

28) artigo 17, §§ 1.º e 2.º — É assegurado o exercício cumulativo . . . “na administração pública direta ou indireta”;

29) artigo 18 — Ficam extintos os efeitos jurídicos concessivo de estabilidade... “da administração direta ou indireta, inclusive as fundações”;

30) artigo 19 — São estáveis os servidores... “da administração direta, autárquica e das fundações públicas”;

31) artigo 46, parágrafo único, item IV — “São sujeitos a correção monetária”... “aos créditos das entidades da administração pública”.

14. Vê-se, então, que o legislador constituinte usou expressões semelhantes, ora com sentido geral, ora restrito, a saber:

I — *Sentido geral abrangendo os 3 Poderes*

- a) normas de licitações e contratos (artigo 22, item XXVII);
- b) princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade etc. (art. 37);
- c) proibição de acumular (artigo 37, item XVII);
- d) autorização para criar (artigo 37, itens XIX e XX);
- e) jurisdição do TCU (artigo 71, itens II, III e IV);
- f) controle interno (artigo 74, item II);
- g) competência da Justiça Federal (artigo 109, item I);
- h) atuação da segurança pública (artigo 144, § 1.º item II);
- i) imunidade tributária (artigo 150, § 2.º);
- j) dívida pública (artigo 163, item II);
- l) orçamento (art. 165, §§);
- m) concessão de vantagens (artigo 169, parágrafo único);
- n) gestão de documentos (artigo 216, § 2.º);
- o) anistia (DT, artigo 8.º, § 5.º);
- p) acumulação (DT, artigo 17, §§);
- q) estabilidade (DT, artigos 18 e 19); e
- r) correção dos créditos (DT, artigo 46, parágrafo único, item IV);

II — *Sentido restrito ao Poder Executivo*

- a) legislar sobre (artigo 48, itens IX e XI);
- b) fiscalização pelo Congresso (artigo 49, item X);
- c) competência do Presidente da República para iniciativa de lei (artigo 61, § 1.º, item II, *a e e*);

d) competência privativa do Presidente da República (artigo 84, itens II e VI);

e) competência ministerial (artigo 87, parágrafo único, item I);

III — *Sentido restrito à Casa do Congresso ou Tribunal*

a) competência para dispor (artigos 51, item IV, 52, item XIII, e 96, item I, b);

b) projeto sobre serviços administrativos (artigo 63, item II).

Assim, teriam sido utilizadas as seguintes expressões, com um sentido comum aos Três Poderes:

a) administração pública, direta e indireta, inclusive fundações e empresas sob controle governamental (artigo 22, item XXVII);

b) administração pública direta, indireta ou fundacional (artigo 37);

c) autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (artigo 37, item XVII);

d) empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias ou fundações (artigo 37, itens XIX e XX);

e) administração direta e indireta, inclusive fundações (artigo 71, itens II, III e IV, e art. 165, § 5.º, itens I e III);

f) órgãos e entidades da administração federal (artigo 74, item II);

g) administração pública federal (art. 165 e §§ 1.º a 5.º e 9.º, item II);

h) órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações (artigo 169, parágrafo único);

i) administração pública (artigo 216, § 2.º);

j) administração pública direta ou indireta (artigo 17, §§ da DT);

l) administração direta ou indireta, inclusive fundações (artigo 18 da DT);

m) administração direta, autárquica e fundações (DT, art. 19);

n) entidades da administração pública (DT, art. 46, parágrafo único, item IV).

Expressões equivalentes, também, teriam um sentido restritas ao Poder Executivo, a saber:

a) organização administrativa e órgãos da administração pública (art. 48, itens IX e XI, e artigo 61, § 1.º, e);

b) administração indireta (art. 49, item X);

- c) administração direta e autárquica (art. 61, § 1.º; item II, a);
- d) administração federal (art. 84, itens II e VI); e
- e) órgãos e entidades da administração federal (art. 87, parágrafo único, item I).

Outras expressões, porém, foram versadas com um sentido, restritas ao Legislativo e Judiciário:

- a) serviços auxiliares (art. 51, item IV, e art. 52, item XIII);
- b) serviços administrativos (art. 63, item II); e
- c) secretarias e serviços auxiliares (art. 96, item I, c);

15. A expressão ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA foi utilizada como sendo divisível em DIRETA e INDIRETA, incluindo-se neste grupo, expressa ou implicitamente, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações oficiais, mas compreensiva dos órgãos (direta) e entidades (indireta) dos Três Poderes (ver artigos 22, item XXVII, 37 e 216, § 2.º, bem como arts. 17, 19 e 46 do ADCT).

Essa expressão, também, foi utilizada para ater-se ao conjunto de órgãos pertencentes à estrutura do Poder Executivo (ver art. 48, item XI e art. 61, § 1.º, e).

Por outro lado, os termos ADMINISTRAÇÃO FEDERAL e ADMINISTRAÇÃO DIRETA e/ou INDIRETA tanto foram utilizados como pretendendo limitar-se aos órgãos e às entidades do Poder Executivo, exclusivamente (arts. 49, item X, 61, § 1.º, item II, a, 84, item II e 87, parágrafo único, item I), mas também tiveram sentido abrangente dos Três Poderes (arts. 71, itens II, III e IV, 74, II e 169, parágrafo único, 18 e 19 do ADCT).

Usou-se, também, a expressão ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL, indiferentemente, com sentido abrangente, compreendendo os Três Poderes (art. 74, item II) e como restrito ao Poder Executivo (art. 87, item I do parágrafo único).

16. Logo, conquanto o Decreto-Lei n.º 200/67, no seu artigo 4.º, tenha definido a ADMINISTRAÇÃO DIRETA, apenas, restrita ao âmbito do Poder Executivo, isto não obsta a que se lhe desse sentido mais amplo, para abranger os órgãos do Legislativo e do Judiciário, o que é admitido em outros textos legais e na doutrina, tomando-se tal definição restritiva, nos termos em que ali foi posta, para os fins colimados naquele diploma legal, quais os de estabelecer, basicamente, a estrutura dos serviços nele mencionados.

Assim, chega-se à conclusão de que sempre quando algum dispositivo constitucional, legal ou regulamentar, sem fazer restrições específicas, referir-se a órgãos, repartições ou serviços da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, deve-se ter como nela compreendidos todas aquelas

unidades da estrutura administrativa da União, não só no âmbito do Poder Executivo, mas também abrangendo as do Legislativo e Judiciário, ainda que seja necessário adequar os termos da norma, em razão de eventual transplante, para melhor ajustamento às peculiaridades das Casas do Congresso e dos Tribunais, salvo quando isto for incompatível, no seu contexto, pela particularidade do caso, dizendo-se o mesmo, no que couber, às esferas estaduais e municipais.

Nesse sentido, pois, deve-se entender o Capítulo VII do Título I da Constituição, que tratou da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, dentro do campo maior DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, condicionando-a aos princípios fundamentais de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros destes decorrentes, tais como os da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, por meio de concurso público, e da contratação em geral mediante licitação pública (art. 37).

O princípio da legalidade, essencial do Estado de Direito, acarreta o predomínio da lei, sobre a arbitrariedade da Administração Pública e seus agentes (art. 37, §§ 2.º, 3.º, 5.º e 6.º, art. 71, VIII, art. 74, § 1.º, e art. 173, § 5.º).

Como instrumentos necessários à moralidade administrativa, impõe-se prestigiar os concursos públicos e as licitações, proporcionando-se idênticas oportunidades a todos (art. 22, XXVII, art. 37, itens II, XXI e art. 175, c/c Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-1987).

A necessidade de transparência na Administração Pública, como condição inerente ao regime democrático, possibilitará o exercício do chamado controle popular, que se instituiu, para atacar os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público (art. 5.º, LXXIII, e art. 216, § 2.º, c/c Lei n.º 4.717, de 29-6-1965).

Tudo isto assim bem seguido, certamente, dará aos governantes e administradores aquelas condições, meritórias, que deles esperam seus governados e administrados, de seriedade e respeitabilidade, no trato da coisa pública.

17. A manifestação do Estado, obviamente, só se dá pelos seus órgãos integrantes da chamada Administração Direta, mas a execução, prestação ou exploração dos serviços, que lhe são afetos ou do seu peculiar interesse, pode também ser realizada de forma descentralizada, conforme o caso ou de acordo com a conveniência administrativa, por meio de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedades de economia mista ou suas subsidiárias, a constituírem entidades com maior ou menor grau de autonomia, na forma da lei (art. 173 e §§), sendo certo porém que devem ficar, sempre, sujeitas à supervisão ministerial, ao controle interno de legalidade dos seus atos e à fiscalização do TCU, em razão das suas origens e dos seus fins de interesse público, o que não as deixam ser dotadas de plena independência, como são as empresas privadas (arts. 22, XXVII, 37, 49, X, 70, 71, 74, 87, parágrafo único, I e 174).

Servidores públicos — regime único

EURÍPEDES CARVALHO PIMENTA

Procurador do Estado — Assessor da Assessoria Técnico-Legislativa do Governo do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

Introdução; I. Abrangência do regime único; I.1. Os agentes administrativos nas Constituições anteriores; I.2. Visão doutrinária: concepção abrangente, regime único no âmbito de cada entidade, com diversificação para autarquias e fundações; I.3. Primeira conclusão; II. Natureza do regime único; II.1. Regime complexo; II.2. Confronto regime estatutário/regime trabalhista; II.3. Outras conclusões; III. Compatibilização do regime único com os demais regimes em vigor; III.1. Inteligência do artigo 24 do ADCT; III.2. Questões específicas.

Introdução

A Constituição Federal, ao estabelecer os princípios que devem reger a organização e o regime jurídico dos servidores públicos civis, introduziu importante inovação, requerendo a instituição de regime jurídico único e planos de carreira para esses servidores das pessoas jurídicas de direito público.

Reza o art. 39 da Constituição Federal:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, *regime jurídico único* e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas” (grifo nosso).

Para viabilizar a imediata implantação dessa medida, estatui o art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses contados de sua promulgação.”

Referido prazo encerrou-se em 5 de abril de 1990.

Abrangência do regime único

O preceito constitucional que impõe a instituição de um regime jurídico único oferece, como primeiro ponto a ser esclarecido, a indagação referente à área de vigência do regime único; ao âmbito de validade material e pessoal do regime unificado.

Qual seria o alcance do regime único? Teria o texto constitucional efetivamente decidido submeter todos os servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações — sem embargo de estarem juridicamente vinculados a pessoas jurídicas autônomas — a um só e ao mesmo regime jurídico?

I.1. Os agentes administrativos nas Constituições anteriores

A exata compreensão do disposto no art. 39 da Constituição Federal, especialmente no que concerne à extensão e ao significado da expressão *regime jurídico único*, não pode prescindir do elemento histórico, exigindo que se tome como ponto de partida a situação existente na vigência da ordem constitucional substituída.

Sob as Constituições anteriores surgiram, na administração pública, diversas modalidades ou espécies de servidores, que se achavam distribuídos, no momento da elaboração da Constituição de 1988, pelas seguintes categorias:

- a) funcionários públicos *stricto sensu*;
- b) servidores admitidos para serviços temporários;
- c) servidores contratados sob regime especial para a prestação de serviços técnico-especializados;
- d) servidores contratados no regime da CLT; e, em número inexpressivo,
- e) extranumerários e demais remanescentes, regimes de outros regimes (v.g. interinos).

Tal diversidade de regimes, constituída ao longo do tempo, ganhou corpo sob o art. 106 da Constituição de 1967-69, que facultava à União, aos Estados e aos Municípios editar *lei especial* instituindo “o regime jurí-

dico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada”.

Entendia-se, na oportunidade, que tal dispositivo permitiria maior flexibilidade à administração pública, atendendo melhor às suas conveniências, no tocante ao recrutamento de serviços temporários e de profissionais técnicos especializados⁽¹⁾. A premissa de tal orientação era a de que a “administração pública não consegue, habitualmente, apenas com o seu quadro de pessoal estatutário atingir todas as metas programadas”⁽²⁾.

Na prática, todavia, essa faculdade não correspondeu inteiramente às melhores expectativas, desvirtuando-se os regimes especiais a ponto de se transformarem, em alguns momentos, no meio normal de recrutamento de servidores (em São Paulo, por exemplo, com a Lei n.º 500, de 13-11-74, chegou a despontar, numerosa, a categoria dos servidores admitidos em caráter *temporário* para funções de natureza *permanente*).

Com o passar do tempo, por obra de vários fatores jurídicos e políticos, esses diversos regimes começaram a ganhar rumo convergente, evoluindo em direção à igualdade, sob o influxo da progressiva superação das injustiças sofridas por esses servidores, nos campos remuneratório, laboral e previdenciário.

Nessa via, anularam-se as pretensas vantagens que ofereciam os regimes especiais, avultando os seus aspectos negativos na área de gerenciamento de pessoal, assim como as emulações e as desigualdades, cotidianamente ampliadas pela coexistência, no mesmo serviço, de trabalhadores com direitos e deveres diferentes.

O elemento histórico, portanto, evidencia que a expressão *regime único* corresponde à solução encontrada pelo constituinte de 1988 para obviar os inconvenientes propiciados pela multiplicidade de regimes diversos no seio da administração pública.

1.2. *Visão doutrinária*

Não há uniformidade entre os doutrinadores acerca do alcance da exigência de unificação de regimes, registrando-se, nos trabalhos até agora publicados, duas orientações divergentes:

Concepção abrangente

Os autores mais reputados têm entendido, prestigiando a literalidade do texto constitucional, que a administração pública está obrigada a adotar

(1) Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª ed. São Paulo, 1979, p. 383.

(2) Cf. COELHO MOTA, Carlos Pinto. Terceiro Regime Jurídico in *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*. Canela, 1981, p. 66.

o mesmo regime jurídico para seus servidores, independentemente de estarem estes vinculados à administração direta ou às autarquias e fundações públicas. Nessa ótica, as pessoas jurídicas de direito público, sem distinção entre si, devem adotar um mesmo e único regime como instrumento para a prestação do serviço público.

Entre os primeiros — partidários da noção mais abrangente — alinha-se o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA ⁽³⁾, que afirma:

“Quer-se que nestas três áreas se adote um único regime jurídico para os seus servidores, ou seja, o regime adotado para a administração direta deve ser o mesmo para as administrações autárquicas e fundacionais.

.....

Bem, então em que consistirá o regime único? Parece-nos, por tudo que acabamos de ver, que ele pode referir-se, por um lado, à unidade administrativa para cada uma das administrações federais, estaduais, distritais e municipais e, especialmente, a unidade formal, no sentido de que o regime adotado na administração direta será também adotado nas autarquias e fundações.

A administração pode escolher organizar seu funcionalismo todo com base em cargos, assim também nas autarquias e fundações públicas, ou só com base em emprego, cujo provimento depende de concurso como naquele, e assim também nas autarquias e fundações. Se adotar os três tipos, e também contratação para a prestação de serviços temporários, assim igualmente para autarquias e fundações públicas.”

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO ⁽⁴⁾ considera também que a exigência do regime jurídico único tem o sentido de “uniformizar o tratamento de pessoal entre administração direta, autarquias e fundações”.

“O que o texto veio coibir foi que existisse dada disciplina de servidores para a administração direta, outra para a autarquia tal, mais outra para a autarquia qual e outras, ainda, para suas fundações públicas. Esse o sentido de regime jurídico único: regime uniforme entre os aludidos organismos.

Advirta-se, pois: não são os servidores delas que estarão todos eles, inexoravelmente, submissos a um só regime, a um regime único. As pessoas de direito público é que não poderão ter diversidade de regimes entre si.”

(3) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed. rev. e ampliada. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1989, pp. 578-580.

(4) *Regime Constitucional dos Servidores*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1990, pp. 79-89.

HELY LOPES MEIRELLES ⁽⁵⁾ define:

“Regime jurídico único é o estabelecido pela entidade estatal — União, Estados e Municípios — no âmbito de sua competência, para todos os servidores de sua administração direta, autárquica e fundacional, excluídas desse regime as empresas públicas e sociedades de economia mista, que poderão ter regimes diversificados, sujeitando-se, contudo, às disposições constitucionais referentes à investidura em cargo ou emprego por concurso público, bem como à proibição de acumulação de cargo, emprego ou função” (art. 37, I, II, XVI, XVII).

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ⁽⁶⁾ deixa claro que:

“Embora surjam tentativas de buscar sentido diverso ao artigo 39, a sua interpretação, quer literal, quer sistemática, permite inferir que o objetivo da norma é unificar, no âmbito de cada esfera de governo (federal, estadual, municipal), o regime jurídico dos servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas; pela interpretação literal, é isso precisamente o que está escrito no dispositivo; e pela interpretação sistemática, essa conclusão é a que melhor se enquadra com o princípio da isonomia que inspirou basicamente o constituinte nesse capítulo da Constituição. Com a adoção do regime jurídico único, os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas terão igualdade de direitos e obrigações perante a entidade política a que servem; sua isonomia diante da lei estará assegurada.”

Regime único no âmbito de cada entidade, com diversificação para as autarquias e fundações

Outros autores, entretanto, presos a uma perspectiva restritiva, sustentam que a expressão regime único impõe tratamento uniforme apenas para os servidores da mesma pessoa jurídica, destinado que está a afastar a coexistência, no mesmo ambiente de trabalho — na mesma repartição, às vezes —, de trabalhadores com direitos e deveres diferentes, sem excluir, nesse enfoque, a viabilidade de possuírem as autarquias e as fundações públicas um regime próprio, desigual entre si e do aplicado à administração direta.

Consideram, pois, que o disposto no artigo 39 da Constituição Federal significa exclusivamente o fim da multiplicidade de regimes no seio do mesmo organismo, sem prejuízo da diversificação entre as várias entidades (administração direta, autarquias e fundações públicas).

(5) *Direito Administrativo Brasileiro*, ed. São Paulo, Rev. Trib., 1990, p. 358.

(6) *Direito Administrativo*. São Paulo, ed. Atlas, 1990, p. 311.

DIOGENES GASPARINI (7), referindo-se ao artigo 24 do ADCT, assinala:

“Assim, cada uma das referidas entidades deve nesse prazo, mediante lei, compatibilizar os vários regimes jurídicos funcionais que vigoram com a instituição de um só regime. Esse pode ser o estatutário ou o celetista. Cabe ao Chefe do Poder Executivo optar por um ou por outro. Também lhe cabe escolher um regime para a administração direta, autárquica e fundacional ou instituir, por exemplo, o estatutário para a administração direta e autárquica e o celetista para as fundações.”

IVAN BARBOSA RIGOLIN (8) escreve:

“O texto constitucional não permite concluir de imediato se todas as autarquias de um mesmo nível (por exemplo, do Estado do Rio de Janeiro) deverão ter um só regime, ou se cada uma poderá ter um que escolha; o mesmo se diga quanto às fundações públicas. O que nos parece mais sensato é a primeira idéia: cada Município elege um regime para sua administração direta, um único para todas as suas autarquias, e um único para todas as suas fundações públicas. O mesmo com relação a cada Estado, à União e ao Distrito Federal.”

II.3. Primeira conclusão

Do exposto, resulta, como primeira conclusão, a partir da qual se deve aprofundar o exame do tema, que:

1. A opinião jurídica mais ponderável, a par da própria literalidade do texto, favorece o entendimento de que o regime jurídico único deve ser o mesmo tanto para os servidores da administração centralizada, de qualquer nível, como para os servidores autárquicos e os servidores das fundações públicas. Esse ponto de vista é o que nos parece mais acertado, já que, além de corresponder exatamente ao sentido dos vocábulos utilizados para traduzir o pensamento exteriorizado no texto constitucional, reflete a solução mais adequada para a superação das desigualdades que se vinham verificando, ao longo do tempo, não apenas na esfera da administração direta senão também no círculo das demais entidades de direito público, integrantes da administração descentralizada.

2. Todavia — ainda que em contradição à melhor doutrina — há quem considere possível sustentar que o regime jurídico único não precisa necessariamente ser o mesmo para a administração centralizada, autarquias e fundações, parecendo admissível, nesse enfoque, a adoção de regimes diversos,

(7) *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 107.

(8) *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo, 1989, pp. 118-127.

único cada qual no respectivo âmbito de validade; a unicidade deve ser mantida no âmbito da administração direta assim como único deve ser, na respectiva esfera, o regime da generalidade das autarquias e das fundações públicas.

Reitere-se, contudo, que essa última interpretação não é cabível nem conveniente, conquanto possa seduzir por uma aparente facilidade de aplicação; pelo sentido prático que ofereceria à vista dos múltiplos regimes atualmente praticados. Ao contrário, porém — como adiante será demonstrado —, quando se esclarece o significado correto do regime único e se compreende, sem equívocos, a forma preconizada para sua implantação, verifica-se que essa visão está assentada em premissas falsas e não corresponde, de modo nenhum, ao intento do legislador constituinte.

Natureza do regime único

Estaria de alguma forma prefixada na Constituição a natureza do regime único? Deve o regime jurídico único, forçosamente, ser o regime estatutário (regime de cargo), ou, alternativamente, pode ser o regime trabalhista (regime de emprego)? Podem ambas as formas conviver ou são reciprocamente excludentes?

Também sobre esse ponto divergem os autores e, apenas para exemplificar o dissídio, cotejem-se as seguintes opiniões:

“É indubitavelmente certo que o regime comum, normal, dos servidores públicos civis terá de ser um regime de direito público; o regime de cargo, de funcionário público — não o de emprego (9).
.....

Não nos parece nem um pouco razoável a idéia de que o regime único precise ser o estatutário, sob alegações tais quais: é o único próprio de cada esfera; a Carta menciona “planos de carreira”, e isto é “mais estatutário do que trabalhista”, ou outras. Em absoluto” (10).

II.1. *Regime complexo*

Não obstante as divergências de enfoque, há, nas várias colocações feitas, muitos pontos consensuais, cuja convergência permite que se estabeleça um conceito suficientemente claro acerca da índole do regime jurídico de que fala o art. 39 da Constituição.

A primeira observação que nos parece relevante é a de que regime jurídico uno não significa regime jurídico puro; ao contrário, parece claro que o regime único pode e, em algumas situações, deve ser um regime composto, heterogêneo, integrado por normas de diversas ordens.

(9) CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 82.

(10) IVAN BARBOSA RIGOLIN, op. cit., p. 121.

A unidade requerida pela Constituição é *formal* e não *material*: o regime único não precisa ser homogêneo; deve, contudo, ser igual em todas as pessoas jurídicas de direito público.

De outra parte, seria extremamente simplista afirmar-se que a União, os Estados e os Municípios poderão adotar o regime que lhes parecer mais conveniente: o estatutário ou o celetista. Na verdade, o regime jurídico único jamais poderá ser exclusivamente celetista ou estatutário, entre outras razões, porque:

a) algumas carreiras do serviço público (Advocacia Geral, Defensoria Pública, etc.), na União e Estados certamente possuem um regime que é constitucionalmente predefinido, sob a forma estatutária;

b) o art. 37, inciso IX, da Constituição prevê:

“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público”;

instituindo a coexistência de dois regimes pelo menos: o estatutário e o temporário;

c) ainda que o regime único escolhido seja o celetista, como poderá ocorrer no nível municipal⁽¹¹⁾, sempre vigorarão as derrogações impostas pela Constituição e pela presença do Estado num dos pólos da relação trabalhista.

Bem por essas razões, a Constituição, em seu art. 37, ao tratar da *acessibilidade* ao serviço público, refere-se indiscriminadamente a *cargos, empregos ou funções*, abrangendo todas as modalidades possíveis. Em outras passagens (v.g. arts. 40, 51, IV; 52, XIII etc.), o texto constitucional repete a referência a cargos, empregos ou funções, patenteando que a expressão regime único não é sinônimo de regime puro; reflete apenas a exigência de um regime uniforme de pessoal na administração direta, autarquias e fundações.

II.2. *Confronto: regime estatutário/regime trabalhista*

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO⁽¹²⁾, ressaltando que o regime trabalhista foi concebido para disciplinar relações entre particulares, estando sujeito, ainda que com temperamentos, à *autonomia de vontade* das partes, enfatiza:

“Não cabe a menor hesitação em concluir que o regime previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, do de emprego — embora sem estar proscrito de modo absoluto —

(11) RIGOLIN, op. cit., p. 121.

(12) Op. cit., p. 81.

é radical e definitivamente incompatível com a regência da generalidade dos servidores públicos civis, servidores que são das pessoas jurídicas de direito público.”

No Estado de São Paulo, em face da tradição e da abrangência do regime estatutário, a conjuntura não permite dúvidas de que este deve ser o regime a ser adotado como básico, comum ou ordinário. O regime único há de ser o regime de cargos, *estatutário*, consubstanciado hoje na Lei n.º 10.261/68 e respectivas alterações.

Ademais de ser tradicionalmente adotado, o regime estatutário inequivocamente é o que melhor corresponde ao interesse público, na medida em que, por propiciar garantias, assegura a neutralidade do corpo funcional e defende melhor a impessoalidade, moralidade e finalidade pública da ação administrativa.

Ainda: por ser um regime de direito público, situa-se na esfera de competência estadual (CF, art. 25, 1.º), podendo, pois, ser pelo próprio Estado moldado e transformado segundo os ditames da realidade e as exigências do interesse público; o regime trabalhista, sendo de competência exclusiva da União (CF, art. 22, I), aplica-se tal como vigente, insuscetível de adaptações em nível local.

II.3. Outras conclusões

1. No tocante à administração em geral, pode-se afirmar que a Constituição não impõe, de antemão, a escolha de um determinado regime:

“cada pessoa política (União, Estados, Municípios) tem liberdade de optar pelo regime que lhe parecer mais conveniente; uns poderão adotar o regime estatutário, outros o regime da CLT, ou, ainda, o regime contratual específico para os servidores públicos” (13).

2. No âmbito da União e dos Estados, contudo, jamais se poderá adotar exclusivamente o regime celetista, pois a Constituição Federal impõe que determinadas carreiras dessas esferas governamentais tenham, necessariamente, o regime estatutário.

3. No Estado de São Paulo o regime básico de pessoal, o regime ordinário, há de ser o *regime estatutário*.

4. Embora não se recomende, o regime celetista ou regime de emprego pode também ser adotado, marginalmente e em caráter excepcional, de par com o regime estatutário:

“Em suma; só mesmo para agentes encarregados de atividades materiais subalternas, que não envolvem a prática de atos

(13) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, op. cit., p. 311.

jurídicos nem poder decisório algum e não concorrem para a sua formação é que pode ser admitido o regime de emprego" (14).

5. Para atender a necessidade temporária, de excepcional interesse público, poderá haver casos de contratação por tempo determinado, na forma a ser fixada em lei estadual (CF, art. 37, IX), paralelamente ao regime único, sem com ele interferir, já que tais contratações administrativas hão de ser efetivamente excepcionais e temporárias, devendo ser imediatamente dispensados os servidores assim contratados, tão logo cessem as pressupostas "necessidades temporárias de excepcional interesse público".

Compatibilização do regime único com os demais regimes, atualmente em vigor

De quanto ficou exposto, resulta que o regime jurídico único deve ser, no Estado de São Paulo, o *regime estatutário*, consubstanciado basicamente na Lei n.º 10.261/68, com as respectivas alterações e derrogações (v.g. Estatuto do Magistério, Lei Orgânica da Polícia).

Em face da existência de numerosos servidores sujeitos a outros regimes, especialmente os temporários/permanentes da Lei n.º 500/74 e os regidos pela CLT, cabe discutir as questões emergentes da necessidade de compatibilização desse pessoal com o regime estatutário, a ser instituído como *único*.

Deverão tais servidores ser absorvidos pelo regime estatutário? Poderá a lei transformar em cargos as funções por eles atualmente exercidas? Será permitido à Administração Pública conservar os regimes atualmente existentes, em caráter provisório, até a sua natural extinção?

Agrava-se a dificuldade oferecida por essas questões ante a estabilidade excepcional concedida aos servidores públicos pelo artigo 19 do ADCT da Constituição de 1988, que determina que

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

Evidente que, no momento da compatibilização, o tratamento a ser dispensado aos servidores assim estabilizados deve levar em conta essa circunstância, podendo não ser o mesmo dos servidores não estáveis, conquanto de regime idêntico.

Outra questão, igualmente tormentosa, decorre do entendimento de que o regime jurídico único deve ser apenas *um e o mesmo* para a administração direta, autarquias e fundações públicas.

(14) BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 85.

Estando a grande maioria do pessoal das autarquias e fundações públicas submetida ao regime celetista, é certo que a propagação do regime estatutário a esses entes da administração indireta transporta dificuldades sérias, levantando, entre tantas outras, indagações da seguinte ordem: Pode a administração alterar unilateralmente o contrato do empregado celetista? Devem os empregos ser transformados em cargos? Os contratos celetistas podem ser considerados extintos? O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço poderá ser movimentado?

III.1. *Inteligência do artigo 24 do ADCT*

Grande parte das questões levantadas em face da exigência do regime único decorre da escassa atenção prestada ao artigo 24 do ADCT da Constituição de 1988, cujo teor, para maior clareza, é repetido:

“Art. 19 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no artigo 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses contados de sua promulgação.”

Esse texto, em nenhum momento, impõe a integração, a mistura ou amálgama dos regimes atualmente existentes ao regime único; o regime unitário a ser instituído não necessita, não deve e nem pode aglutinar por inteiro os regimes praticados até a vigência da Constituição.

Bem ao contrário, essa disposição transitória, ao mesmo tempo em que reconhece que a adoção do regime jurídico único acarretará mudanças profundas na Administração Pública — tanto que se refere à *reforma administrativa* decorrente da compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no artigo 39 da Constituição — deixa claro que a tarefa deve ser cumprida paulatinamente, por isso conferindo às pessoas políticas que mencionam o prazo de dezoito meses apenas para editar as leis que estabeleçam os critérios para a referida compatibilização. O regime jurídico único, obviamente, deve ser instituído *ex nunc*, para vigorar no futuro.

A expressão *compatibilização*, cujo sentido exato não pode ser ignorado, oferece a chave para a correta inteligência do artigo 24. Segundo os dicionaristas, compatível é *o que pode coexistir; que é conciliável, harmonizável* (cf. *Novo Dicionário Aurélio; Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*, de FRANCISCO SILVEIRA BUENO). CALDAS AULETE assim registra o verbete: *compatível, adj. — que pode existir conjuntamente ou conciliar-se com outro ou com outros.*

Advirta-se que a pesquisa da acepção correta dos vocábulos não deve ser confundida com o apego à interpretação literal, constituindo-se, ao contrário, em etapa indispensável do processo hermenêutico: o sentido expresso pela letra do texto não deve ser distorcido nem desprezado, embora deva ser cotejado com os dados históricos, sistemáticos e com os valores jurídicos

e sociais, para que possa conduzir ao verdadeiro sentido e alcance das regras jurídicas.

É o que estamos fazendo, nesse passo, ao realçar que é a própria Constituição que determina que o regime a ser instituído como único e os demais regimes ora existentes devem ser conciliados; fato que, à luz da boa hermenêutica, evidentemente, exclui o pressuposto de que estaria impondo a compatibilização de situações que reputasse inarmonizáveis.

Ora, na medida em que compatível é aquilo que *pode existir conjuntamente*, parece claro que a tarefa de compatibilização dos quadros de pessoal da Administração, em hipótese alguma, demanda a imediata incorporação ou junção de todos os regimes praticados; ao reverso, exige que se conciliem; que a situação atualmente existente seja harmonizada com o regime único, de modo a que, transitoriamente, no futuro, todos convivam, existindo conjuntamente.

Assim, à vista do disposto no artigo 24, a Administração *deve* instituir um regime jurídico único e *pode* manter provisoriamente os vários regimes existentes, até que os mesmos venham a ser naturalmente extintos, já que nenhuma outra admissão de servidor poderá ser feita fora do regime único.

É evidente que essa interpretação não sugere que possa a administração pública adotar uma posição inteiramente passiva, permanecendo estática em face do problema ou que se abstenha de implementar, imediatamente, todas as medidas que se incluam no âmbito de sua competência e que possam contribuir para que o processo de uniformização de seus quadros de pessoal se desenvolva de forma mais célere e dinâmica, de modo a permitir que, no menor prazo possível, o regime jurídico único se torne efetivamente singular, pondo fim à compatibilização de situações constituídas no passado e destinadas à extinção.

Essa visão, contudo, afasta e resolve alguns problemas fundados em premissa equivocada — originada da confusão que se faz entre *compatibilização* e *integração*.

De fato, muitas das questões que têm sido levantadas, em matéria de regime único, derivam de antecedentes logicamente insustentáveis e erigem-se, pois, em problemas rigorosamente insolúveis: por exemplo — Como poderia o Estado, sem invadir a competência da União ou violar a lei, alterar unilateralmente contratos trabalhistas?

Precisamente problemas dessa ordem, nascidos de uma falsa premissa inicial, é que têm levado muitos a se deixarem seduzir por interpretações restritivas, que culminam por afirmar que, afinal, o regime único pode ser pelo menos dois ou três regimes diferentes, na defesa de soluções construtivas em excesso, que brigam com a letra expressa da Constituição e retiram do princípio constitucional nela albergado sua eficácia benfazeja e moralizadora.

III.2. *Questões específicas*

Esclarecido o verdadeiro significado do artigo 24 do ADCT, as questões específicas referentes à compatibilização dos vários regimes praticados no Estado de São Paulo com o regime único a ser instituído tornam-se passíveis de solução coerente; que não prejudique a continuidade do serviço público nem viole os demais princípios que alicerçam a organização e o regime jurídico dos servidores públicos civis.

O ponto de partida é o de que o regime único há de ser o estatutário e que, em consequência, todos os demais servidores devem ser postos em quadros especiais, destinados à extinção. Tal premissa vale tanto para a Administração direta como para as autarquias e fundações públicas.

O critério básico para a integração ao regime único estatutário, há de ser o ingresso por concurso público, na forma do artigo 37 da Constituição, sendo tal exigência, obviamente, válida também para os servidores colocados em quadros especiais.

Em princípio, pois, os servidores estabilizados extraordinariamente, por força do artigo 19 do ADCT, não poderão ser integrados, desde logo e por lei ordinária, aos quadros estatutários, já que tal providência é expressamente vedada tanto pelo artigo 37, II, da Constituição Federal quanto pelo parágrafo primeiro do próprio artigo 19, que estatui:

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

Igualmente, consideramos que a lei *não poderá* instituir concurso interno, restrito aos servidores estabilizados pelo artigo 19 do ADCT, caso contrário, ficaria destituída de sentido a regra que determina, como efeito da estabilidade, a contagem como *título* do tempo de serviço prestado. Em tese, num concurso interno, realizado entre exercentes das mesmas funções, muitos, senão todos, teriam exatamente o mesmo título.

A regra do concurso público é universal e a Constituição não fala em *concurso de efetivação*, mas sim em que os servidores estáveis deverão se submeter a concurso *para fins de efetivação*.

Os servidores temporários, regidos pela Lei n.º 500/74, que tenham ingressado no serviço público mediante aprovação em seleção pública e que tenham sido estabilizados pelo artigo 19 do ADCT, todavia, poderão ter as respectivas funções transformadas em cargos, ingressando imediatamente no regime estatutário, bastando que a lei de critérios a ser editada em obediência ao disposto no artigo 24 do ADCT assim o determine. Essa facilidade, contudo, pressupõe que a lei em tela estabeleça requisitos objetivos a serem preenchidos pelas provas de seleção anteriormente realizadas, como

condição de sua assimilação ao concurso público, para os fins do artigo 37 da Constituição.

Os contratos dos servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho deverão ser respeitados, caso se trate de servidores estáveis. Todavia, os empregos não poderão ser transformados em cargos, prevalecendo, em relação a estes, a regra do concurso público como única fórmula para sua integração ao regime estatutário.

Todos os servidores não estáveis deverão ser substituídos por ocupantes de cargos públicos, preenchidos por concurso público.

Nas autarquias e fundações públicas o mesmo deverá ser observado, sendo absolutamente incabíveis, em face do texto da Constituição, quaisquer objeções, lastreadas em renitências de ordem doutrinária, no sentido de que as fundações, por serem privadas, não poderiam submeter-se a um regime jurídico de direito público. A Constituição encerrou definitivamente essa pendência, equiparando, no particular, todas as pessoas jurídicas de direito público. Consagrou a doutrina de que as fundações instituídas para a gestão de serviço estatal de natureza administrativa possuem natureza pública, acolhendo orientação vitoriosa no Supremo Tribunal Federal⁽¹⁵⁾.

Nas autarquias e fundações que possuam exclusivamente servidores celetistas, deverão ser criados os quadros de cargos paralelamente aos quadros especiais em extinção; na medida das necessidades dessas entidades, deverão ser abertos concursos públicos; serão conservados os servidores celetistas estáveis, até o encerramento normal do contrato de trabalho e, depois da definição do regime único, nessas pessoas jurídicas somente serão admitidos ocupantes de cargos. Os celetistas não estáveis deverão ser, oportunamente, dispensados e substituídos por servidores estatutários.

Os pontos que acabamos de abordar correspondem às principais questões específicas que sóem ser levantadas em relação ao tema. Certamente, outras existem e, conforme os contornos do regime único a ser instituído, outras tantas surgirão.

Todavia, as diretrizes principais que deverão orientar a resolução dos casos emergentes desdobram-se naturalmente das proposições aqui defendidas, dependendo, na variação que possam oferecer, da decisão política que venha a ser firmada a respeito do assunto. O presente trabalho visa a instrumentalizar essa decisão, procurando fixar, com auxílio de recursos científicos e técnico-jurídicos, dentre as várias possibilidades de significado da norma jurídica, aquela que se mostra mais compatível com a moldura constitucional e com a realidade jurídico-administrativa sobre a qual deverá operar.

(15) Cf. *RTJ*, vol. 113, p. 314.

Da exigibilidade de limites de idade e da eleição de critérios de desempate fundados em idade em concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento de cargo ou emprego público

JOSÉ LEONE CORDEIRO LETTE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Situação anterior a 1988. 3. Situação posterior à promulgação da Constituição de 1988. 3.1. Dos limites de idade. 3.2. Dos outros requisitos. 3.3. Da condição de funcionário público. 3.4. Das empresas públicas e das sociedades de economia mista. 3.5. Da auto-aplicabilidade do § 2º do art. 39, no tópico. 3.6. Da seleção "versus" admissão. 3.7. Da aposentadoria setuagenária compulsória. 4. Conclusão.

1. *Introdução*

Com o advento da Carta de 1988, arguiu-se se ainda persiste a constitucionalidade, mais ainda, se outrora era constitucional a exigência de limites de idade como condição para inscrição em concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento de cargo público, bem como a eleição de critérios de desempate por conta de idade nos referidos concursos.

2. *Situação anterior a 1988*

A Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não assegurava aos pretendentes a cargo público, quando submetidos a concurso público para o seu preenchimento, proteção contra critério de admissão por motivo de idade.

Disponha o referido diploma: “os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei” (art. 97, *caput*). Concomitante a isso, segundo o princípio da isonomia, a Constituição em seu art. 153, § 1.º, assegurava a todos igualdade “perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas”. Assim, a lei ordinária, no que tange aos requisitos para a acessibilidade a cargo público, não poderia fazer qualquer exigência relacionada a sexo, raça, trabalho, credo religioso ou convicções políticas, eis que tais variáveis haviam sido eleitas como baluartes do princípio da isonomia, sendo, com isso, defeso quaisquer comportamentos, ainda que da própria lei, e mormente dela, alicerçados nesses motivos.

Por outro lado, como bem se pode ver, a variável “idade” não fora incluída pela dita Carta entre aquelas apontadas no art. 153, § 1.º Assim, quaisquer exigências feitas em lei relacionadas a idade, postas como parâmetros para o provimento de cargo público, fixando limites mínimos ou máximos de idade, ou ambos, bem como aquelas feitas em concursos públicos de provas ou de provas e títulos para preenchimento dos ditos cargos, referentes aos mesmos limites de idade ou a critérios de desempate fundados em idade, levados a cabo na vigência da Carta de 1967 — no caso dos concursos, desde que com respaldo legal, pois a ninguém era lícito exigir algo de outrem sem que lei previamente assim o dispusesse, consoante o § 2.º do art. 153 da mesma Carta, princípio da reserva legal, também assegurado pela nova Lei — não iam de encontro ao que dispunha a Constituição. Com isso, já que tais exigências relativas a idade não maculavam a Constituição, as mesmas podiam ser tidas como constitucionais.

Situação distinta se nos apresenta a partir de outubro de 1988, com a entrada em vigência da nova Constituição.

3. Situação posterior à promulgação da Constituição de 1988

A Carta de 1988, em seu art. 7.º, XXX, dispõe, *verbo ad verbum*: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil.

3.1. Dos limites de idade

Da inteligência da transcrita máxima depreende-se, dentre outras coisas, que é vedado peremptoriamente ao empregador eleger a idade como critério para recrutar pessoal, objetivando, *a posteriori*, a contratação. Vale notar que quaisquer exigências no tocante a idade ferem a norma constitucional. Não importa a natureza intrínseca da exigência. Tanto seria inconstitucional, *verbì gratia*, aquela que determinasse limites entre maiores de

1 (um) ano e menores de 160 (cento e sessenta) anos de idade, quanto aquela que fixasse a exigência entre menores de 1 (um) e maiores de 160 (cento e sessenta) anos de idade. Ambas as situações feririam o disposto constitucionalmente.

Poder-se-ia contra-argumentar que seria impossível a alguém, no caso da segunda hipótese, evocar eficiente e eficazmente em juízo a tutela constitucional, eis que o pleiteante iria ver o seu processo extinto com sentença terminativa e ter seu apelo prejudicado, pela carência de ação, com fulcro na inexistência de interesse (art. 3.º c/c 267, VI, da Lei Processual Civil), no pressuposto de que, excluído propositadamente o caso do limite mínimo, é humanamente impossível se viver além de século e meio. A presente assertiva, contudo, nada mais faz senão evidenciar a autonomia do direito processual em relação ao direito material. D'outra forma colocado, não obstante esteja o pleiteante desguarnecido pelas normas de processo, nem por isso deixa de subsistir o seu direito de ver a norma constitucional obedecida. Mais ainda; tal contra-argumento jamais poderia ser levantado no caso de o pleito ser encaminhado por iniciativa do representante do Ministério Público, v.g., numa ação direta de inconstitucionalidade, como agente responsável pela defesa da ordem jurídica, e como encarregado de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição (arts. 127, *caput*, e 128, I, da Constituição), sendo, *in casu*, incabível argumentar-se ser o mesmo carecedor de ação por não ter interesse no feito.

3.2. *Dos outros requisitos*

Convém observar que a proibição de se adotar critérios de admissão por motivo de idade não prejudica a exigibilidade de outros requisitos validamente previstos em lei, tais como aqueles referentes à escolaridade, títulos e outros, bem assim a realização de testes e provas específicas, tais como as de aptidão e resistência físicas, psicotécnicas, etc.

3.3. *Da condição de funcionário público*

Segundo óbice seria aquele fundamentado no argumento mediante o qual o disposto no art. 7.º, e incisos, não se aplica aos servidores públicos, contratados pelo poder público, eis que a relação contratual entre essas partes não é de natureza trabalhista, na especificidade do termo.

Argumento procedente, em parte.

É bem verdade e ponto pacífico que o disposto no mencionado dispositivo não se destina aos servidores públicos, tampouco à relação contratual entre os mesmos e o poder público. Entrementes, o art. 39, § 2.º, *in fine* da Carta Política, parte especialmente destinada aos servidores públicos,

determina ser aplicável o disposto no art. 7.º, XXX, aos servidores da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim das autarquias e das fundações públicas no âmbito de suas respectivas competências, exclusive, note-se, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Com isso, as administrações diretas federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, além da autárquica e da fundacional vinculadas às respectivas esferas de governo, estão sujeitas à observância do disposto no art. 7.º, XXX, da Constituição, e impedidas, com isso, de fazerem quaisquer imposições relacionadas a limites de idade para preenchimento de cargo ou emprego público ou por ocasião de inscrição em concurso para provimento desses cargos.

3.4. *Das empresas públicas e das sociedades de economia mista*

Em vista das empresas públicas e das sociedades de economia mista não terem sido incluídas entre aqueles entes apontados no art. 39, já que ambas fazem parte da denominada administração indireta, hipótese específica poderia ser levantada no sentido de se afirmar que tais entidades não estariam proibidas de eleger restrições referentes a limites de idade para o preenchimento de seus empregos, bem como de elegê-los na oportunidade de realização de concursos públicos para o seu provimento.

Quanto a tal colocação, não há dúvida de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não são abrangidas pelo citado art. 39. Mesmo porque, o vínculo contratual entre essas entidades e seus contratados é eminentemente de caráter trabalhista. Em socorro e ratificação de tal afirmação vem o art. 173, § 1.º, da Constituição, *ipsis litteris*: "A empresa pública e a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias". De tal norma é forçoso concluir que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não estão sujeitas às disposições do art. 39; estão, isso sim, sob o império direto do próprio art. 7.º e incisos, dentre eles o XXX, tendo em vista a natureza da relação contratual, de caráter trabalhista.

3.5. *Da auto-aplicabilidade do § 2.º do art. 39, no tópico*

A afirmação de que a aplicabilidade do disposto no art. 39, § 2.º, está sujeita à instituição do regime jurídico único é insubsistente.

O regime jurídico de que fala a Constituição, objetiva a confecção de planos de carreiras baseados numa classificação de cargos que leve em conta a semelhança e complexidade das tarefas. A *mens legis* do regime jurídico único é dar por findo a diversidade de situações jurídicas em que se encontra os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, seja da administração direta, seja das autarquias

ou das fundações públicas a eles vinculadas. A norma parte do pressuposto de que não há por que haver distinção de regimes jurídicos entre servidores que desempenham a mesma função, qual seja, a função pública.

Pelo exposto, está evidente que o mandamento constitucional referente ao regime jurídico único é um imperativo instrumental, enquanto que o mandamento referente ao direito de não sofrer a ação de critérios de admissão por motivo de idade, é um imperativo material. Além do que, os servidores públicos, ou aqueles que almejam tal condição através de concurso público de provas ou de provas e títulos, não poderão ter seus direitos tolhidos pela inércia da administração, que se omite ou se nega a instituir tal regime. Como se isso não bastasse, a própria Carta, no § 1.º do seu art. 5.º, normatiza expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais” — inserta na qual está todo o capítulo ‘Dos Direitos Sociais’, do qual faz parte o art. 7.º e incisos — “têm aplicação imediata”. Assim é que, não há que se falar em dependência entre a implantação do regime jurídico único para os servidores públicos e a aplicabilidade do disposto no § 2.º do art. 39.

3.6. *Da seleção versus admissão*

Coisa outra poderia ser aventada no sentido de se afirmar que o disposto no art. 7.º, XXX, no tocante ao critério de admissão por motivo de idade, por força do disposto no art. 39, § 2.º, não pode se referir às exigências feitas quando da realização de concursos públicos para provimento de cargos públicos, em vista dos mesmos se constituírem instrumentos de seleção e não meios de admissão.

Argumento ponderoso, todavia, vulnerável.

A questão em foco deve ser tratada na sua exata dimensão.

Não há dúvida de que o concurso público, recurso de que a administração se utiliza, facultado pela lei, para recrutar pessoal objetivando a contratação, é efetivamente um instrumento de seleção. Mas o objetivo desse processo seletivo é a admissão. O dispositivo constitucional requer, no caso, exegese teleológica, e não gramatical, ao contrário do que normalmente ocorre com a quase totalidade dos dispositivos de tal natureza. A finalidade da norma constitucional estaria sendo burlada se se inadmitisse a eleição de critérios de admissão que levassem em conta o fator idade apenas quando da efetiva contratação, permitindo-se, por outro lado, a eleição de tais critérios por ocasião do respectivo concurso. Seria inócua a proteção deferida pela norma constitucional aos pretendentes a cargo público quando submetidos a concurso público para o seu provimento. Eis o verdadeiro alcance da norma.

3.7. Da aposentadoria setuagenária compulsória

A questão da aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais, de que trata o art. 40, II, da Constituição, ante o tema aqui abordado, reveste-se de especial relevância.

Se por um lado a Constituição proíbe critérios de admissão por motivo de idade quando da contratação de funcionários ou de empregados públicos, o mesmo diploma determina que aqueles que atingirem os setenta anos de idade deverão ser aposentados compulsoriamente. Os dois imperativos não são juridicamente conflitantes, embora excludentes. No caso, seria de se questionar como compatibilizar os dois imperativos constitucionais.

O limite de idade, máximo e único, que, a despeito do art. 39, § 2.º, c/c art. 7.º, XXX, poderia, e deve, ser exigido como condição para ingresso no serviço público, seria o de setenta anos, em virtude da aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II. O fundamento de tal exigibilidade não é outro senão a hermenêutica sistêmica dos três dispositivos constitucionais. Não seria de bom alvitre lógico, tampouco jurídico, permitir-se que pretendentes a cargo público, com idade igual ou superior àquela estabelecida para a aposentadoria compulsória, pudessem, sob a evocação da combinação dos dois primeiros artigos há pouco mencionados, ingressar no serviço público para, logo em seguida, serem aposentados compulsoriamente sob a imposição do art. 40, II.

Por sua vez, o pretendente a cargo ou emprego público que contar idade inferior ao limite estabelecido para a dita aposentadoria, se selecionado, terá posse e exercício assegurados, aposentando-se compulsoriamente ao atingir aquele limite de idade, podendo lançar mão, para cálculo do benefício da inatividade, da "contagem recíproca do tempo de contribuição" prevista no § 2.º do art. 202 da Carta Política. Outro e qualquer limite de idade exigido como pré-condição para ingresso no serviço público é, reitera-se, *contra legem*.

4. Conclusão

É inconstitucional a exigência de limites de idade como pré-requisito para ocupação de cargo público da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como também das autarquias e das fundações públicas vinculadas a essas esferas de governo e, por conseguinte, a mesma exigência feita em inscrição para concurso público de provas ou de provas e títulos para preenchimento desses cargos, por força do art. 39, § 2.º, c/c art. 7.º, XXX, da Constituição Federal, assim como para empregos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, neste caso por imposição tão-somente ao art. 7.º, XXX, e, em ambos os casos, a eleição de critérios de desempate fundados em idade nos referidos concursos. O único limite exigível é o de setenta anos, por imposição lógica do art. 40, II, que trata da aposentadoria compulsória.

Princípios básicos da administração pública

JARBAS MARANHÃO

Foi Secretário de Estado, Deputado Constituinte em 1946, Senador, Presidente do Tribunal de Contas de Pernambuco, Professor de Direito Constitucional. É membro da Academia Pernambucana de Letras

Existem princípios básicos relativos à administração pública.

O princípio da legalidade, ou seja, de subordinação à lei. A validade do ato administrativo está em ser conforme ao Direito. É o princípio primordial na caracterização do Estado democrático.

Esse Estado é de predominante teor ético. Daí o princípio da moralidade administrativa.

Mas o Estado visa a um determinado fim: o bem comum. Interesse coletivo, que traduz o princípio da finalidade.

Como ensina HELY LOPES MEIRELLES, “por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociável de toda atividade pública”.

Compreende-se, assim, que o respeito à legalidade envolve outro compromisso, que é o dever da boa administração. Boa administração que se traduz em contas eticamente corretas, tecnicamente certas, apropriadas do ponto de vista econômico e de resultados socialmente úteis. Seria o princípio da responsabilidade.

Todo este ideal necessita concretizar-se nos atos humanos, na ação do Estado. Daí a função de fiscalização, que é também inerente aos regimes políticos de liberdade.

Foi o constitucionalismo liberal que a instituiu no entendimento de que se os parlamentos fazem as leis deve caber-lhes acompanhar a sua realização pelo Poder Executivo. Se às Assembléias Políticas cabe a missão relevante de discutir e votar a Lei de Meios, compete-lhes, em consequência, o poder de controlar a administração orçamentária e financeira, um dos pontos altos na evolução do Estado.

É o controle externo, como é denominado atualmente, tendo em vista que o Poder Executivo desenvolve também o sistema de autocontrole ou controle interno, ambos definidos na Constituição vigente do país.

O controle interno visa a criar condições para assegurar eficácia ao controle externo, à realização da receita e da despesa, a acompanhar a execução do orçamento e programas de trabalho, bem como avaliar os

resultados e verificar a execução dos contratos, e pode desenvolver-se nas formas *a priori*, concomitante e *a posteriori*. É eminentemente administrativo.

Por sua vez, o controle externo é, ao mesmo tempo, político e técnico, nos termos de nossa Constituição.

Seu aspecto político compete ao Poder Legislativo, ou seja, aos representantes do povo, até porque esse tipo de fiscalização é uma conquista da democracia. Da atuação técnica incumbem-se os Tribunais de Contas.

Quais os objetivos do controle externo? Pode-se resumi-los em: verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, e o cumprimento da lei orçamentária. Relevantes tarefas às quais correspondem nobres e complexas atribuições, deferidas, na Lei Magna, às Cortes de Contas.

São tão amplas as incumbências do Tribunal de Contas que um ilustre administrativista classificou-as de opinativas, verificadoras, assessoradoras, corretivas e jurisdicionais administrativas (Hely Lopes Meirelles).

O controle político ou parlamentar considera os ângulos da legalidade e ainda do mérito, isto é, da conveniência e oportunidade.

O controle do Tribunal de Contas exerce-se para o cumprimento das leis financeiras e contábeis.

Cumpre-lhe opinar sobre as contas globais, ou de exercício, dos Governos; realizar auditoria financeira e orçamentária nas unidades administrativas dos três Poderes; representar ao Executivo e ao Legislativo sobre irregularidades e abusos defrontados no exame das contas, e assinar prazos para sua regularização, sustando o ato impugnado, se excedido o prazo, exceto em relação aos contratos.

Neste caso deve solicitar ao Legislativo que determine idêntica medida ou outra necessária ao resguardo dos objetivos legais.

É seu dever, ainda, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos, inclusive as contas das autarquias (conquista da Constituição de 1946), das sociedades de economia mista, empresas públicas, órgãos autônomos e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público (Reivindicações de Congresso dos Tribunais de Contas adotadas pelo Poder Público).

Uma de suas obrigações mais constantes é apreciar a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões; tudo isso sem esquecer o Parecer Prévio que emite sobre as contas das Prefeituras e Câmaras Municipais e sem levar em conta as denúncias que investiga, sindicâncias que realiza e as consultas a que pedagogicamente responde, num valioso trabalho de orientação.

De qualquer forma, a experiência conduziu o legislador a fazer substituir controles de natureza formal, exercidos sobre papéis, pelo acompanhamento mais direto e constante da conduta administrativa na execução do orçamento e dos programas de trabalho, nele estabelecidos.

Buscou-se com essa orientação um controle mais vigilante e eficiente, poupando-se o Tribunal de atividades menos práticas e propiciando-lhe, ao contrário, uma atuação mais dinâmica e proveitosa.

Enfim, é imperativo consolidar as Instituições de Contas mediante instrumentos legais e recursos técnicos que lhes fortaleçam o desempenho, não somente no que se relaciona com o aspecto formal das averiguações, mas, também, quanto aos resultados da execução dos programas.

Devemos buscar a eficácia dos Tribunais de Contas como órgãos destinados ao serviço do país e da democracia.

Auto-regulação e mercado de opções

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Professor
Catedrático de Direito Civil da UERJ

1. Embora caiba à CVM exercer amplamente as suas competências no mercado de capitais, a sua atuação em relação às operações de Bolsas, e, especialmente, no tocante às opções, sofrem restrições decorrentes do próprio texto da lei e de sua regulamentação.

2. Efetivamente, o art. 17 da Lei n.º 6.385 assegura às Bolsas autonomia administrativa, financeira e patrimonial, estabelecendo que, sobre as mesmas, a CVM exercerá, tão-somente, a sua supervisão. Consta ainda, no mesmo artigo, parágrafo único, que *incumbe às Bolsas de Valores, como órgãos auxiliares da CVM, fiscalizar os respectivos membros e as operações nelas realizadas, sendo responsáveis por essa fiscalização de acordo com a doutrina e a jurisprudência.*

3. Sendo a CVM competente para fiscalizar o mercado, o art. 8.º, no seu § 1.º, da Lei n.º 6.385, esclarece que essa atuação não exclui a competência das Bolsas de Valores em relação aos seus membros e aos valores nelas negociados (art. 8.º, § 1.º), havendo pois uma delimitação da competência da CVM e das Bolsas.

4. A auto-regulação, assegurada pela lei, tem assim, como limites, além da competência recursal da CVM, em relação às decisões das Bolsas de Valores, uma competência residual complementar exercida nos casos da ocorrência de situações anormais, às quais se refere expressamente o art. 9.º, § 1.º da Lei n.º 6.385, que concede poderes à CVM para intervir no mercado. Essa intervenção pressupõe uma situação anormal, como tal definida pelo Conselho Monetário Nacional, e que pode justificar a suspensão da negociação de determinado título ou a decretação do recesso em certa Bolsa de Valores, a suspensão ou cancelamento de registros previstos pela lei, a divulgação de informações ou recomendação e a proibição de prática de atos específicos pelos participantes do mercado.

5. Verifica-se, que, na própria lei, as posições da CVM e das Bolsas de Valores são definidas de tal modo que a primeira possa exercer sobre as demais uma *supervisão, que não se confunde com a subordinação hierárquica*, mas envolve poderes específicos de regulamentação, de revisão de certos atos e excepcionalmente, de intervenção sob forma legalmente determinada, nos casos específicos de ocorrência de situações anormais.

6. Os casos anormais foram definidos pela Resolução n.º 702 do Conselho Monetário Nacional e as normas legais contidas na Lei n.º 6.385 foram regulamentadas, no tocante à divisão de competência entre a CVM e as Bolsas, em vários artigos da Resolução n.º 922, do Conselho Monetário Nacional (arts. 2.º, 5.º, 6.º), e em diversas Instruções da própria CVM, que também são *vinculatórias para o seu Colegiado e para o seu Presidente e que examinaremos em seguida*.

7. Embora haja divergência na doutrina, os autores costumam considerar as Bolsas de Valores como verdadeiros serviços públicos exercidos por entidades privadas aos quais foi delegado o poder de polícia sobre os seus membros e as operações realizadas em seus recintos.

8. Assim escreve o Professor FÁBIO KONDER COMPARATO que:

“O art. 17 da Lei n.º 6.385 é, nesse particular, decisivo, ao caracterizar as Bolsas de Valores como “órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários”. O auxílio só pode ser, obviamente, para o desempenho das tarefas de serviço público que a própria lei atribui à CVM, entre as quais avulta o exercício do poder de polícia no mercado de capitais. Esse poder de polícia, as Bolsas o exercem, não apenas no recinto do pregão e durante a sua realização, mas também fora dele, fiscalizando as atividades das sociedades corretoras associadas e exigindo esclarecimentos públicos às companhias abertas, emissoras de título cotados, em aplicação do princípio legal de *full disclosure* (i.e.: n.º 6.404, de 1976, art. 157, § 4.º)”. (FÁBIO KONDER COMPARATO. Parecer sobre a Competência da BOVESPA, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 60, pág. 50.)

9. A jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, também reconhece que o *dever de fiscalização de operações realizadas no pregão e a conseqüente responsabilidade, tanto no plano disciplinar quanto na área civil, incumbem às Bolsas de Valores, conforme se verifica pelo acórdão do RE n.º 86.771, julgado pelo Excelso Pretório em 16-11-1978*. No referido feito, o eminente relator, Ministro ANTONIO NEDER, salientou no seu voto, que foi acompanhado, por unanimidade pelo plenário do mais alto tribunal do país, que:

“..... a Lei n.º 4.728/65 define as Bolsas de Valores como sendo organizações privadas que exercem função

pública, embora não falta quem as defina como sendo entidades públicas, pormenor que não interessa a este julgamento, porque, entidade pública ou privada a *Bolsa de Valores do Rio de Janeiro*, ela é uma pessoa jurídica instituída para, dentre outras atribuições, fiscalizar qualquer corretora que foi admitida como seu membro e quaisquer sociedades que negociem seus títulos no campo bolsista."

10. Por sua vez, o saudoso Ministro CUNHA PEIXOTO, eminente professor de Direito Comercial, salientou que:

"A responsabilidade das Bolsas de Valores através do Fundo de Garantia, é, pois, objetiva, independe de culpa ou dolo. Na verdade, se a principal função das Bolsas de Valores não fosse a de preservar os padrões éticos de comportamento dos corretores, não teria sentido a própria existência das Bolsas. Na Argentina, idêntica é a situação." (Acórdão já citado.)

11. Cabendo, assim, às Bolsas a responsabilidade pela fiscalização das operações realizadas no seu recinto, podem e devem aplicar as sanções cabíveis no caso de qualquer irregularidade ou ilegalidade e, especialmente, nas hipóteses de manipulação, cabendo recurso de suas decisões para a CVM, nos termos da Instrução CVM n.º 5 e da Resolução n.º 39 agora substituída pela de n.º 922. No caso de recurso, a CVM apreciará a decisão, como órgão de segunda instância, existindo ampla recorribilidade, para a CVM, de todas as decisões disciplinadoras das Bolsas. (JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, Sobre o Poder Disciplinar da CVM, in *Revista de Direito Mercantil*, n.º 43, pág. 73.)

12. A supervisão que a CVM exerce sobre as Bolsas de Valores tem sido definida como uma tutela genérica, parecida com a exercida pelo Ministro da Fazenda sobre a CVM, pela União Federal em relação aos Estados-Membros ou por estes em relação aos Municípios, compatibilizando-se com a autonomia do órgão ou da entidade tuteladora ou sujeita à supervisão.

13. Como bem ensina PONTES DE MIRANDA, a supervisão não importa em ingerência no órgão tutelado, mas em inspeção e vigilância em relação à sua conduta, tão-somente em setores específicos e nos casos e formas legalmente previstos (*Tratado de Direito Privado*, vol. LII, Rio, Borsoi, 1966, pág. 22).

14. A autonomia, significando a submissão à própria lei (auto-próprio + nomos-regra), se concilia perfeitamente com os conceitos de auto-regulação e de supervisão da CVM. Esta pode ser definida, mediante aplicação analógica do art. 26 do Decreto-Lei n.º 200, como sendo a competência do órgão regulador para fixar metas e estabelecer uma política geral, funcionando como órgão revisor, sem prejuízo da manutenção da eficiência e da autonomia administrativa e operacional da entidade supervisionada, que tem responsabilidade básica e própria.

15. A doutrina e alguns dos antigos Diretores da CVM têm condenado a excessiva intervenção da autarquia no mercado de opções, alegando que o princípio da auto-regulação estava sendo violado e ensejando o risco de ser transformada “a regulação exercida pela entidade governamental em administração do mercado, o que, evidentemente, não é desejável”.

16. A CVM inspirou-se na sua congênere norte-americana, a SEC, da qual foi um dos primeiros presidentes WILLIAM O. DOUGLAS que, posteriormente, viria ser Presidente da Corte Suprema e que definiu a filosofia da auto-regulação ao afirmar que não mais concebia as Bolsas como “clubes privados”, pois o atendimento ao interesse público tornava essa concepção arcaica. Assim mesmo, entendia que as Bolsas deveriam assumir a regulação e fiscalização do mercado, atribuindo-se ao Estado um papel de supervisão ou uma função subsidiária. Concluía o eminente jurista americano que pretendia

“Deixar que as Bolsas tomem o comando, ficando o governo com um papel residual.” (LOUIS LOSS, *Fundamentals of Securities Regulation*, 1983, págs. 685/686.)

17. Posteriormente, na ocasião da elaboração do chamado MALONEY ACT, o Congresso americano, encaminhado o mercado de balcão, também optou por uma menor presença da SEC, a CVM norte-americana, e uma maior delegação de poderes à entidade auto-reguladora, salientado, na ocasião, que:

“A Comissão acredita que há dois programas alternativos capazes de enfrentar este problema de regulamentação adequada do mercado de balcão. O primeiro envolve uma expansão significativa da organização da Comissão de Valores Mobiliários; a multiplicação de representações; um grande aumento nos gastos dos fundos públicos; ampliação do problema de esquivar-se aos males da burocracia; e uma regulamentação minuciosa, detalhada e rígida da condução legal dos negócios. Isto pode muito bem significar uma expansão do processo atual de registro de *brokers* e *dealers* na SEC para incluir a condenação não apenas dos desonestos como ainda daqueles pouco dispostos ou incapazes de ajustarem-se a padrões rígidos de responsabilidade financeira, conduta profissional e eficiência técnica. O segundo destes programas alternativos, que a comissão acredita ser claramente preferível ao primeiro, está detalhado no S. 3255. Este programa baseia-se na regulamentação cooperativa, em que as tarefas serão amplamente desempenhadas por organizações representativas de bancos de investimento, *dealers* e *brokers* em que o governo exerce uma supervisão adequada do interesse público e ainda poderes suplementares de regulamentação direta. À luz do conceito de uma Bolsa de Valores de fato bem organizada e bem conduzida, nos termos da supervisão instituída pelo Securities Exchange Act de

1934, pode-se aferir as possibilidades de um programa dessa ordem.”

18. Nos vários países, nos quais a auto-regulação foi adotada, sempre se entendeu que devia importar em garantir o autopolicimento pelas Bolsas de Valores das operações nelas realizadas, cabendo ao órgão supervisor avaliar, tão-somente, o comportamento das próprias Bolsas, conhecendo ainda, em grau de recurso, das decisões em relação aos quais não houve conformidade dos interessados, como acontece no Direito Brasileiro, em relação às hipóteses previstas nos incisos, XI, XII, XIV, XVII, XVIII e XIX do art. 18 da Resolução n.º 922/84.

19. Examinando as peculiaridades da auto-regulação, em seminário realizado no Rio de Janeiro em 1979, W. L. SOMMERVILLE escreveu que:

... Assim como um tribunal de apelação deve considerar apenas a legalidade de uma decisão administrativa, ao invés da justeza de decisão política adotada, da mesma forma uma comissão reguladora deve restringir seus poderes de revisão e não interferir indevidamente com a jurisdição inicial da organização auto-reguladora. Essa filosofia de preservação da autonomia reguladora para valorizar a sua eficácia pode ser encontrada, nos EUA, na seção 21 (f) da Lei de Bolsas de Valores e Títulos (Securities Exchange Act.) (Seminário Internacional de Auto-Regulação de 5/6 de março de 1979, organizado pela CVM/CNBV e CODIMEC, p. 34) (grifamos).

20. Dentro da mesma orientação, a idéia básica dominante é a da criação de um duplo grau de fiscalização: as Bolsas fiscalizam as corretoras e as operações das mesmas e a Comissão de Valores fiscaliza as Bolsas.

21. No Brasil, a Lei n.º 6.385 não previu a existência do mercado de opções, que lhe é posterior. A regulamentação das opções veio a surgir com as Instruções n.ºs 14/80 e 36/84, que adotaram o princípio da auto-regulação. Art. 9.º da Instrução CVM n.º 14, de 17-10-1980, tem a seguinte redação:

“Art. 9.º — Cabe à Bolsa de Valores criar um sistema de controle em relação às operações com opções que possibilite, a qualquer momento, a imediata verificação do cumprimento das determinações desta Instrução, bem como de normas e regulamentos complementares que vierem a ser editados.” (Legislação sobre Mercado, 1986, p. 726.)

22. Por sua vez, os artigos 10 e 15 da mesma Instrução, esclarecem que:

“Art. 10 — Deve a Bolsa de Valores dispor de um sistema de divulgação de informações que permita aos participantes do

mercado acompanhar a evolução dos negócios com opções realizados em seu recinto.

.....
Art. 15 — Para admitir operações com opções em seu recinto de negociação, a Bolsa de Valores deverá submeter, previamente, à aprovação da CVM, normas e regulamentos referentes a tais operações.

Parágrafo único — Posteriores alterações nas normas e regulamentos editados pela Bolsa de Valores devem ser imediatamente comunicados à CVM, acompanhadas da devida justificação.”

23. Verifica-se que a auto-regulação das Bolsas foi implantada em 1980 para as opções, reservando-se a CVM, tão-somente, a apreciação das normas e regulamentos do referido mercado, mas não a fiscalização do estabelecimento de limites para a concentração, conforme defluído pelo art. 15 acima transcrito.

24. Na ocasião, a CVM baixou a Nota Explicativa n.º 20/80, na qual salientou o modo pelo qual a auto-regulação devia ser aplicada em relação às opções, conforme se verifica pelo seguinte texto:

“De acordo com esses pressupostos, a Instrução CVM n.º 014/80, ora apresentada, define regras gerais e didáticas, cabendo às Bolsas de Valores o detalhamento das normas e regulamentos a serem observados nas operações com opções em seus recintos de negociações, devendo, entretanto, submetê-las previamente à CVM para aprovação.

Adicionalmente, cabe ressaltar que *fica sob a responsabilidade das Bolsas de Valores a administração do mercado de opções*, devendo as eventuais alterações dos atos e regulamentos, inicialmente estabelecidos pelas bolsas, serem justificados posteriormente à CVM, *que acompanhará o exercício desse poder auto-regulador.*”

25. Posteriormente, a auto-regulação foi mantida na Instrução n.º 36/84, de 8-8-1984, que tratou dos limites nos seus arts. 8.º e 9.º, reconhecendo que as Bolsas tinham a faculdade de estabelecê-los, em condições normais, e a obrigação de fazê-lo nos casos de ameaça ao bom funcionamento do mercado. A Instrução determinou o seguinte:

“Art. 8.º — As Bolsas de Valores que operarem nos mercados a futuro, a termo e de opções deverão manter sistema de controle que lhes permita verificar diariamente o grau de concentração dos investidores nas diversas ações operadas nesses mercados.

§ 1.º — *As Bolsas de Valores poderão estabelecer limites de participação de Investidores nos mercados a futuro, a termo e de opções, devendo necessariamente fazê-lo sempre que se verificar grau de concentração que coloque em risco o funcionamento regular e ordenado do mercado de valores mobiliários.*”

26. Finalmente, ao ser elaborada a Instrução n.º 77, as áreas técnicas e jurídicas da CVM elaboraram parecer-conjunto CVM/SDM/GJ2/n.º 1/88, publicado na *Revista*, da autarquia, n.º 20, pág. 32, no qual foi salientado que:

“Um dos princípios que procuramos preservar e até mesmo fortalecer foi o da auto-regulação, delimitando apenas as competências próprias das Bolsas de Valores e esclarecendo quais as decisões que necessitam de prévia manifestação do Órgão regulador.

Neste sentido, *a Instrução, aperfeiçoando os mecanismos necessários ao controle da concentração nos mercados futuros, estabeleceu a obrigatoriedade de as Bolsas constituírem um comitê cujas atribuições são, basicamente, as de prevenir e corrigir processos que possam colocar em risco o funcionamento regular e ordenado do mercado.*

.....

No tocante à legislação específica do mercado norte-americano de opções de ações, a SEC — Securities and Exchange Commission não fixa limites para o mercado, mas exige que as bolsas adotem suas próprias regras e as façam cumprir, constituindo falta grave a omissão das bolsas nesse sentido.

.....

Constata-se, portanto, que a sistemática da Instrução CVM n.º 77/88 não discrepa do modelo utilizado em outros mercados, nos quais *fica a encargo das bolsas a fixação dos limites de participação e aplicação de medidas de desconcentração, observadas as restrições porventura definidas pelo Órgão regulador.*” (Revista citada, n.º 20, pág. 32.)

27. Assim, na Instrução n.º 77 foi mantida a auto-regulação, definindo-se mais adequadamente as competências, deveres e direitos tanto das Bolsas, como da CVM, e tornando obrigatória a fixação de limites e sujeitando as conseqüentes modificações dos regimentos das Bolsas à prévia aprovação da CVM.

28. Se obedecida e cumprida pelas Bolsas, que por disposição expressa de lei são autônomas, *ter-se-ia evitado a crise acontecida em 8 de junho do corrente ano.* Na realidade, essa Instrução CVM n.º 77 ofereceu às Bolsas de Valores *todos os meios necessários e suficientes para combater a concentração nas operações.*

29. Apreciando a posição da CVM, a empresa de Consultoria *Lopes Filho* escreveu, na época, no seu boletim especializado:

“Salto Qualitativo

A Comissão de Valores Mobiliários acaba de divulgar a Instrução n.º 77 que passa a orientar e regular genericamente os mercados futuro e de opções.

O macro objetivo de ter-se elaborado tal Instrução deve-se à necessidade de evitar a concentração excessiva nesses segmentos, particularmente no de opções. A Instrução n.º 77, teve no seu bojo a caracterização da auto-regulação e da crença numa economia de mercado. Nossos Constituintes diriam que é um primor de democracia. A CVM deixa para as Bolsas toda a responsabilidade de fixar parâmetros de concentração por comitente, corretora, DTVM e BI, além de querer regras estáveis para as séries de opções abertas com negociação (com isso preserva os aplicadores de mudanças bruscas de legislação).

Exige ainda que os limites estejam perfeitamente bem definidos, cabendo aos Conselhos das Bolsas aprovarem por maioria de 2/3 dos presentes, as decisões tomadas.

.....

A postura do Presidente ARNOLDO WALD e de seu Colegiado deve ser louvada e tida como exemplo para nossos próprios governantes em matéria de se escolher o caminho da prudência com opção (sem trocadilho).” (Informe Semanal n.º 20/88.)

30. A Instrução n.º 77 produziu importantes efeitos, cabendo, salientar que, segundo depoimento do Presidente da Bolsa do Rio de Janeiro na Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, a *Bolsa do Rio de Janeiro determinou 85 vezes, entre agosto e dezembro de 1988, que fossem desfeitas operações que violavam a Instrução n.º 77, ocorrendo o mesmo fato 49 vezes durante os seis primeiros meses de 1989, ou seja no total de 134 vezes em menos de um ano.*

31. Acresce que, sempre foi entendimento da CVM e, especialmente, do seu corpo técnico, que o poder de supervisão da CVM não deve comprometer a autonomia das Bolsas, devendo a autarquia “agir através das Bolsas, prestigiando-as e acompanhando-as em sua atuação, interferindo apenas quando tiverem sido esgotados os meios razoáveis para a correção de uma atuação insatisfatória” (Mem.º GJ 2/51/88, de 2-5-88, pág. 6).

32. Conseqüentemente, de acordo com a lei e a regulamentação tanto da CVM, como das Bolsas de Valores, a estas cabia a fiscalização da eventual excessiva concentração no mercado, respondendo perante a CVM se, neste sentido, não tiverem a adequada atuação. O princípio da auto-regulação significa pois a conciliação básica da autonomia das Bolsas com a sua responsabilidade, pois não há liberdade sem responsabilidade.

Os contratos de adesão e o sancionamento de cláusulas abusivas

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de
Direito Civil na Faculdade de Direito da
USP

SUMÁRIO

1. O sentido atual da economia do contrato e a técnica de vinculação por adesão. 2. A existência de cláusulas abusivas e seu sancionamento. 3. Orientações básicas quanto ao alcance desses contratos e o sancionamento de cláusulas abusivas.

1. O sentido atual da economia do contrato e a técnica de vinculação por adesão

Como vimos sustentando, a economia do contrato sofre, de há muito, o desequilíbrio gerado pela ausência de mecanismos eficientes de defesa do consumidor, fenômeno que decorre, principalmente, da defasagem entre a realidade negocial e o direito legislado e a proliferação de contratos de adesão, em que os disponentes promovem a autotutela de seus interesses, às vezes com cláusulas desfavoráveis aos consumidores ⁽¹⁾.

Com efeito, dominado o mercado produtor e o sistema de distribuição por empresas de grande porte — que colocam seus produtos, em maior escala, por via de redes de distribuição indireta, chegando estes aos consumidores através de contratos pré-elaborados —, é nula, ou reduzidíssima, a margem de participação volitiva dos adquirentes ou dos utentes na formação e na consecução dos negócios, na compra de bens de consumo, na

(1) Em vários textos, temos acentuado a existência do desequilíbrio e a necessidade de soluções que, a partir da livre economia, nos parecem mais concretizáveis, diante do quadro atual. O fracasso da política intervencionista e a estagnação da economia são, em diferentes países, os elementos indicativos mais evidentes dessa asserção.

fruição de serviços e em outras operações realizadas para a satisfação de suas necessidades normais

Ajunta-se a esse quadro a agressiva publicidade que se desenvolve por todos os veículos de comunicação existentes — em particular, pela mídia eletrônica — a acrescentar, diuturnamente, novos produtos e a despertar, assim, novos desejos e novos impulsos de compras à civilização atual, que, pela agitação, bem se poderia chamar de “civilização da ansiedade”.

Localizado nesse universo consumista, o particular assiste descrente, em nosso País, a intermináveis choques na economia, a congelamentos e a tabelamentos ineficazes, exatamente em função da inexistência de mecanismos de defesa compatíveis, em um Estado inerme e burocratizado, que não dispõe de condições efetivas e concretas para uma ação decisiva em prol da proteção dos consumidores.

Nesse campo, a intervenção do Estado tem-se pautado, em outros países, pela edição de leis específicas de tutela dos consumidores e pela instituição de organismos de defesa de seus interesses aparelhados de modo adequado. Completa-se essa ação com a atuação do Poder Judiciário, que vem firmando posições de relevo para a proteção concreta dos aderentes (ou consumidores).

Alcança-se, assim, tutela dos consumidores em três planos: administrativo (com a instituição de órgãos próprios estatais de defesa); legislativo (com a expedição de leis específicas) e judiciário (com a fixação de jurisprudência protetiva de largo espectro, como a definidora de responsabilidade objetiva do produtor pelo fato do produto).

Em nosso País, há várias disposições esparsas sobre a matéria, em leis de cunhos diversos, que, no entanto, não encontram aplicação concreta, nem impedem práticas abusivas que se repetem, com frequência, em especial às épocas de deflagração de legislação corretiva emergencial (tais como: sonegação de produtos, cobrança de ágio, diminuição da qualidade de produtos, formação de estoques especulativos, “maquillagem” de produtos e outros atos de desrespeito ao consumidor).

Somam-se a esse estado de coisas as práticas publicitárias abusivas e a imposição de cláusulas e de condições desfavoráveis ao consumidor nos contratos de adesão, sobre as quais nos temos detido, mostrando o respectivo alcance e os reflexos na teoria e na prática contratuais. Vimos então que, não obstante discussões doutrinárias, com posicionamentos díspares, tem-se por presente a noção de que são verdadeiros contratos, cujo contexto, no entanto, é pré-definido pelos disponentes ou fornecedores de bens ou de serviços, ficando em posição de desvantagem os aderentes (2).

(2) O fenômeno vem sendo apontado pela doutrina especializada, tendo, em diversos países, sido editadas leis ou códigos de defesa dos consumidores, com a instituição de mecanismos próprios, em que se destacam as leis da Alemanha, de Portugal, da Suécia, do México.

Realmente, não se mostra animadora a situação dos aderentes, no estágio atual, em termos negociais, pois na contratação por adesão não desfrutam de condições para poder discutir as cláusulas dos ajustes que celebram para a aquisição de bens, para a obtenção de financiamentos, para a fruição de serviços e para a satisfação de outras necessidades vitais.

2. *A existência de cláusulas abusivas e seu sancionamento*

Surgem, com os contratos de adesão, diferentes problemas para os aderentes, a par da quase nula participação de que desfrutam em sua assinatura: imposição de cláusulas não comutativas; imposição de ônus excessivos; falta de informações sobre o negócio, ou sobre os bens; redação equívoca de cláusulas; fixação de sancionamentos indevidos, ou desproporcionais, como a perda de numerário, ou de direito, ou do bem; previsão de exoneração de responsabilidade do disponente; transferência de responsabilidade do disponente para outrem, e outras tantas situações desfavoráveis.

Também quanto ao aspecto formal, inúmeras são as posições de desconforto para os consumidores, que vão desde a impossibilidade de leitura das cláusulas à adoção de formulários lacônicos e, muitas vezes, ininteligíveis, obscuros e de termos dúbios.

Mas, não obstante essas práticas abusivas no plano contratual, para a colocação de produtos na economia de escala, ainda não existe, entre nós, legislação própria para a regência da matéria: o complexo referido alia o casuismo à inexistência de visão sistêmica, não prevendo, ademais, sancionamentos adequados para práticas lesivas a interesses dos consumidores.

O regime contratual geral também não responde às exigências da evolução fática, uma vez que, fundado nos ideais do liberalismo, disciplina as relações entre os contratantes sob uma perspectiva igualitária, incompatível com o desnível existente em concreto, com proeminência dos grandes detentores de capitais.

Alguns temperamentos advindos da intervenção estatal tem-se consubstanciado na instituição de organismos de controle e de fiscalização em vários setores; na disciplinação e na normatização do conteúdo de certos contratos; na fixação de proibições em tema de contratos, ou de cláusulas de contratos, reduzidas, no entanto, a situações individuais discutidas em concreto.

Mas, em verdade, as distorções que o dirigismo contratual tem provocado distanciaram cada vez mais os consumidores de uma efetiva e adequada proteção para seus direitos, fortalecendo, ao revés, pela concentração econômica, os grandes conglomerados, que, com o poder de dispor e de instituir condições, acabam por ditar as regras para suas relações com os

distribuidores e com os consumidores em geral, forçando-os à mera adesão às cláusulas pré-dispostas e, de outro lado, dando azo ao surgimento, por parte de pessoas e de empresas inescrupulosas, das cláusulas abusivas referidas.

Constituíram-se, então, em vários países organizações e associações de defesa de consumidores, que têm exercido papel importante na orientação dos interessados e na definição de cláusulas e de diretrizes de ação (ou na defesa geral, ou na de categorias de consumidores, ou de pessoas economicamente mais fracas, como as de inquilinos). Também os organismos de proteção dos consumidores de cunho estatal têm estabelecido programas e ditado orientações em prol da categoria.

Mas, no Brasil, foi com a Constituição de 1988 que a temática ganhou foros de preocupação geral da Nação, inserindo-se, em seu contexto e no das Disposições Transitórias, normas em que a defesa do consumidor foi erigida em um dos princípios fundamentais da ordem econômica e a expedição de um Código próprio foi ordenada ao Congresso Nacional (respectivamente, art. 170, V, e art. 48 das Disposições Transitórias).

Com a nova Carta, a par de mecanismos individuais de defesa de direitos, passaram ao direito legislado mecanismos de ação coletivos, na proteção de grupos, ou de associações, ou de conjuntos de interesses supra-individuais, permitindo que, na linha do amparo a interesses coletivos e difusos, se elaborasse Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, que, encaminhado ao Congresso para apreciação, redundou no oferecimento de projetos, que ora se discutem, nos quais se consagram os direitos dos consumidores e se proscvem as cláusulas abusivas sob sancionamento próprio.

3. *Orientações básicas quanto ao alcance desses contratos e o sancionamento de cláusulas abusivas*

As orientações principais a que se pode chegar nessa matéria são: *a)* que a contratação por adesão é técnica ora admitida no mundo jurídico; *b)* não elide a existência de contrato, porque também se caracteriza pela convergência de declarações negociais; *c)* as cláusulas excedentes aos limites da autotutela, que na proposta à adesão se contêm, devem, como abusivas, ser sancionadas juridicamente; *d)* o princípio da autonomia da vontade, inobstante a intervenção do Estado e a ação dos disponentes, continua a prosperar, limitado por interesses gerais da coletividade (portanto, com redução de seu espectro); *e)* o contrato continua, embora sob feições várias, sendo a fórmula jurídica aplicável ao mundo negocial.

Com efeito, a contratação privada pode perfazer-se por técnicas de aproximação diferentes, de que a por adesão é uma delas e com larga aplicação prática, como demonstramos, no atendimento de exigências da própria

vida moderna e em razão das condições em que se estabelecem as múltiplas e complexas relações negociais, concluídas, às vezes, em átimos de tempo. Está, pois, acolhida na prática e na doutrina, em que divergem os autores apenas quanto à sua natureza e o seu alcance. Consubstancia-se pela prévia disposição, por um dos contratantes, de sua vontade negocial, abrindo-se a qualquer interessado o acolhimento.

Nessa modalidade de realização de negócios encontra-se presente a noção de contrato, porque segue sendo pelo encontro das declarações emitidas ou das ações assumidas que se perfaz, em todas as situações possíveis. Ora, acordo de vontade, embora uma esteja pré-estabelecida, é contrato, para todos os efeitos de direito, devendo assim, sofrer o influxo dos princípios e das regras próprias.

Entrementes e a nível individual, é na jurisprudência que o aderente tem obtido amparo em litígios contra abusos nos contratos de adesão, principalmente à luz do princípio da boa-fé e sob cominações próprias a cada situação (como a decretação de ineficácia de cláusula; a profligação de excessos, ou de garantias indevidas, a reparação de danos e outros sancionamentos). Várias decisões há em nossos repertórios, em que se estampa, principalmente, a necessidade de amparo ao economicamente mais fraco, em razão das premissas expostas e fundadas, basicamente, na teoria do abuso de direito e do dano injusto.

Mas, aplicáveis apenas a casos concretos julgados, não têm essas orientações servido à causa comum, beneficiando, dentro dos limites da coisa julgada, as partes envolvidas nas demandas. Daí, a orientação do direito projetado de conferir espectro mais amplo à posição dos Tribunais em questão sobre defesa do consumidor, a par da estipulação de tratamento sistemático ao assunto e a instituição de organismo nacional de amparo aos interesses dos aderentes nos contratos citados: com isso, mecanismos coletivos de ação foram previstos, com a participação de associações de defesa e do Ministério Público, reforçando-se, no plano judiciário, a proteção dos consumidores, a par da instituição de eficiente sistema preventivo.

A nível contratual, as principais posturas do direito projetado residem na definição de contrato de adesão — aceitando-se, pois, a espécie — e na elencação, com declaração de ineficácia, de cláusulas abusivas já detectadas na prática, a par de sancionamentos outros, em especial no âmbito da responsabilidade civil.

Com isso, objetiva-se conscientizar os agentes do mercado quanto à nulidade de tais práticas, bem como obviar o uso futuro, permitindo-se contratação baseada na comutatividade, admitida, no entanto, a técnica em si como meio de contratação.

Cumprido, pois, nos contratos de adesão, analisar-se suas cláusulas e, em sua valoração, detectados excessos, devem ser tidos como abusivos, para o sancionamento jurídico. Devem-se respeitar a comutatividade nos contratos

e todos os demais ditames da respectiva disciplinação jurídica no âmbito da teoria contratual.

Nesse campo, embora a evolução processada no plano ideológico, com a passagem ao neoliberalismo e a aceitação da função social do contrato, prosperam ainda os princípios clássicos, com o sentido e o alcance que atualmente manifesta o pensamento jurídico predominante, que expusemos em trabalho sobre dirigismo contratual (8).

Assim, no mundo negocial é ainda o contrato a fórmula jurídica própria, manifestando-se ora sob formas de consecução várias, mas que lhe não retiram a característica essencial de acordo de vontades instituidor de obrigações no mundo do Direito, subordinado, pois, aos respectivos contornos.

No sentido da proteção do consumidor, impõe-se ora certas orientações, que, com relação a cláusulas abusivas, podem ser expressas nas seguintes e principais observações (aliás, bem captadas pelos elaboradores do anteprojeto de defesa do consumidor): *a*) as cláusulas detectadas na prática devem ser explicitadas em lei e fulminadas de nulidade, além da satisfação de efeitos outros decorrentes; *b*) a par disso, a análise valorativa é que, na prática, definirá o alcance da cláusula, cumprindo, para tanto, na lei, abrigar-se fórmula geral que o permita; *c*) na interpretação dessas cláusulas, em divergências, omissões, ou obscuridades, deve a conclusão favorecer o economicamente mais fraco.

De fato, como nenhuma das partes pode exceder aos limites da ordem pública, da moral, da boa-fé e dos bons costumes — balizas maiores do sistema jurídico — cabe à lei, na defesa do economicamente mais fraco, enunciar e sancionar práticas abusivas detectadas, no mercado, em contratos de adesão.

Mas, o regime legal deve conter fórmula que permita, a par da enunciação de certas práticas, abranger situações outras de abuso que possam ocorrer, para o sancionamento devido, que deve consistir na declaração de ineficácia, sem prejuízo de reações outras compatíveis (como a destinada à reparação de danos).

A análise deve competir aos poderes competentes — judiciais ou extrajudiciais, conforme o caso, dada a participação de entidades administrativas na defesa do consumidor — em cuja interpretação deve prosperar a da exegese mais favorável ao aderente. Com efeito, nos casos de dúvida, de omissão, de obscuridade, e em situações como tais, dada a índole protecionista da legislação sobre a defesa do consumidor, é a seu favor que se deve inclinar o pronunciamento oficial.

(3) V. em especial nosso artigo "O dirigismo econômico e o direito contratual", em RT 526/20, e a extensa bibliografia ali indicada, à qual acrescentamos os novos textos em que embasamos nosso recente trabalho. "Os contratos de adesão e a defesa do consumidor", inserido na "Revista de Informação Legislativa".

A carta e o crime

N. P. TEIXEIRA DOS SANTOS

Professor da UFRJ. Membro do Conselho Nacional de Direito Autoral

SUMÁRIO

- 1 — *Introdução.*
- 2 — *A inviolabilidade da correspondência.*
 - 2.1 — *A Constituição de 1988.*
 - 2.2 — *A norma penal (arts. 151 e 152 do CP).*
- 3 — *A inviolabilidade do direito autoral.*
 - 3.1 — *A carta como obra intelectual.*
 - 3.2 — *A norma penal (arts. 184 a 186 do CP).*
- 4 — *Conclusão.*
- 5 — *Bibliografia.*

1 — *Introdução*

Toda carta é um ponto de encontro jurídico. O destinatário é proprietário do continente, isto é, do veículo, quase sempre do papel onde a carta vem escrita. O remetente conserva o direito autoral. Ambos, e ainda pessoas referidas, guardam um direito ao segredo, pois é normal que cartas falem de negócios, da vida amorosa, da saúde, enfim, de temas íntimos que devem ser preservados.

Já tive ocasião de desenvolver um trabalho a que denominei *As cartas na fronteira do desvio*. Ora, um dos extremos da conduta desviada é o crime, e é dele que agora eu quero falar.

Não é difícil que uma carta possa ser o corpo do delito. Em alguns passos o Código Penal se preocupa com ela, assim quando trata da inviolabilidade da correspondência, nos arts. 151 e 152. Logo adiante, fala na inviolabilidade dos segredos, nos arts. 153 e 154. E as cartas ainda podem surgir adiante, quando o Código afirma ser crime a violação de um direito autoral.

A questão, portanto, é muito rica de interesse, o que não escapou a um estudioso atento como o Desembargador MILTON FERNANDES:

“As cartas missivas, ou a correspondência trocada entre duas ou mais pessoas, constituem centro de vários e complexos direitos a que se dedicaram inúmeros autores” (1).

Não é tão numerosa assim a bibliografia sobre as cartas. Tanto que a obra mais citada ainda é o livro (magistral, na verdade) de François Géný,

(1) FERNANDES (1977), p. 138.

que é de 1911... Entre nós não conheço obra específica. Os comentaristas do Código dedicam às cartas a atenção que elas merecem no contexto de obra maior, como é o caso de Nélson Hungria, e, agora, Álvaro Mayrink da Costa ou Heleno Fragoso.

No meu plano para este trabalho, que intitulei *A carta e o crime*, pretendia aprisioná-la no triângulo já mencionado: 1) inviolabilidade da correspondência; 2) inviolabilidade dos segredos; 3) inviolabilidade do direito autoral. A segunda questão (os segredos) mostrou-se, no entanto, mais complexa do que eu esperava. Por isso reservei-a para um trabalho futuro. Talvez seja o aspecto mais interessante, e por isso o mais desafiador. Tenho em mãos, por exemplo, a correspondência de TRUFFAUT, o cineasta. Foi publicada no ano passado, e logo no prefácio lê-se:

“De acordo com a família de François Truffaut, retiramos raras passagens concernentes ao universo íntimo do autor e de seus amigos (*entourage*)”⁽²⁾.

Ora, o art. 153 do nosso Código Penal diz ser crime:

“Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem.”

Não se sabe com precisão o que seja “correspondência confidencial”. Após analisar as dificuldades que envolvem a questão, Ludovic Jardel conclui que a doutrina desistiu de encontrar uma definição precisa e jurídica da carta confidencial, tendo-se contentado em dizer que deve ser considerada como tal quando de seus termos resulta que é a tradução de pensamentos confiados pelo autor à discrição do destinatário. Isto é o que ensina MILTON FERNANDES⁽³⁾.

Fronteira nebulosa essa, quando se tem em mãos um caso concreto! Vê-se que a matéria merece um tratamento especial, que eu fico devendo como complemento deste trabalho.

2 — A inviolabilidade da correspondência

2.1 — A Constituição de 1988

Ao estabelecer os Direitos e as Garantias Fundamentais, a Constituição de 1988 diz claramente:

“Art. 5.º, XII — é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

(2) TRUFFAUT (1988), prefácio.

(3) FERNANDES (1977), p. 139.

A nova Constituição manteve o princípio respeitado nos textos anteriores. Assim é que a Constituição do Império já dizia: “O segredo das cartas é inviolável” (art. 179, 27). A de 1891: “É inviolável o sigilo de correspondência” (art. 72, § 18). A de 1934 é semelhante à de 1891 (art. 113, 8). A Constituição de 1937 assegurou: “A inviolabilidade de domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei” (art. 122, 6). A de 1946: “É inviolável o sigilo da correspondência” (art. 141, 6.º). A de 1967 afirmou: “São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas” (art. 150, § 9.º, que a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, transformou no art. 153, § 9.º).

Como se vê, o novo texto atualizou a regra. Considerou os progressos da informática, preservando o sigilo que devem guardar os bancos de dados. A validade das intercepções telefônicas sempre foram discutidas, na medida em que elas atendessem a um interesse social e à segurança nacional; discussão que não nos cabe aprofundar, a não ser para dizer que a exceção foi só para esse meio de comunicação, deixando intacto o sigilo de correspondência. Por isso, parece-nos inconstitucional o preceito ao art. 240 do Código de Processo Penal, que diz:

“Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem para:

f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeitas de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato.”

Nessa mesma condição pode incluir-se o art. 243, § 2.º do mesmo Código, que não permite a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, “salvo quando constituir elemento do corpo de delito” — inclusive cartas, naturalmente, como bem assinala DAMÁSIO E. DE JESUS (4).

Numa interpretação sistemática, tal garantia vem reforçada pela ênfase que a nova Constituição dá à defesa da intimidade. O art. 5.º, X, diz expressamente:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.”

Claro que uma carta pode ser um instrumento propício a essa violação, a todo momento em que se revele o que o seu autor, seu destinatário, ou mesmo um terceiro, pretendiam preservar.

É PONTES DE MIRANDA quem vai ao fundo, e fere a verdadeira natureza desse direito. Com sua arguta perspicácia para a coisa jurídica ele percebe que assim como aos homens se reconheceu a liberdade *ativa* de emissão do pensamento, reconheceu-se a liberdade *negativa*: pensar, porém

(4) JESUS (1981), p. 293.

não emitir; saber, porém não dizer. Quem sabe e não quer dizer é livre, como quem ignorasse. E então ele conduz o nosso raciocínio com sua lucidez peculiar:

“Para bem apanharmos o lugar em que nasce a liberdade correspondente à inviolabilidade de correspondência, é suficiente atentarmos na gradação: liberdade de pensar, liberdade de não pensar; liberdade de emitir o pensamento, liberdade de não emitir o pensamento; liberdade de emitir o pensamento para todos, liberdade de só o emitir para alguns ou para alguém, ou para si mesmo” (5).

Aí está a raiz desse direito que se conquistou: a liberdade que temos de só transmitir o pensamento para alguém. Toda carta é um círculo fechado que envolve o remetente e o destinatário. Rompê-lo, não só significa uma agressão à *privacidade*, como desestabiliza, pior ainda, desmorona, põe por terra toda a estrutura em que um estado de direito deve erguer-se. É ainda PONTES DE MIRANDA que ensina:

“A violação do segredo da correspondência acaba pela corrupção de todo o Estado. Por aí minorias perniciosas, detentoras de cargos, ou não, conseguem estar a par dos mais altos negócios e apropriar-se deles, pôr a serviço de partidos ou de grupos o monopólio das informações reservadas e estabelecer, a seu proveito, perigosa vigilância de vida pública e da vida privada dos homens” (6).

No entanto, essa garantia a própria Constituição vem mais tarde nos tirar. Expressamente, o sigilo de correspondência é restringido quando se institui o chamado Estado de Defesa (art. 136, § 1.º, I, b), e, mais adiante, o Estado de Sítio (art. 139, III).

Esperamos que tais artigos nunca venham a ser aplicados.

2.2 — A norma penal (arts. 151 e 152 do CP)

A exposição de motivos do Código de 1940 disse o seguinte:

“A inviolabilidade de correspondência é um interesse que reclama a tutela penal independentemente dos segredos acaso confiados por esse meio.”

Por isso o art. 151, que tratava dos crimes de violação de correspondência, estabeleceu:

“Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem.
Pena: etc.”

(5) MIRANDA (1968), p. 158.

(6) *Ibidem*, p. 160.

Seguíam-se quatro parágrafos. No 1.º alargava-se a abrangência da norma. No 2.º, qualificava-se o crime. O 3.º falava em *abuso de função*. O 4.º exigia representação, fazendo algumas exceções.

Ocorre que em 1978 foi sancionada a Lei n.º 6.538, que dispõe sobre os Serviços Postais. O seu Título IV revogou em parte tais disposições do Código, e criou outras formas criminosas, como a falsificação e uso indevido de selo-matérias que escapam ao nosso interesse. Vejamos o que diz o

“Art. 40 (Violação de correspondência). Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem: *Pena*: detenção de 6 meses, ou pagamento não excedente a 20 (vinte) dias-multa.

§ 1.º — (Sonegação ou Destinação de Correspondência) — Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte.

§ 2.º — (Aumento de Pena) — As penas aumentam-se da metade se há dano para outrem.”

O art. 41 incorpora algumas disposições ao art. 151 do CP. Como tratam da inviolabilidade do segredo postal, nós não vamos comentá-lo neste trabalho. Fiquemos no art. 40.

O crime de violação de correspondência consiste na ação de devassa do conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem.

O objeto material é a *correspondência* — canal de comunicação entre duas pessoas. Seja escrita em vernáculo ou em língua estrangeira, cifrada ou não, privada ou oficial. É condição que seja *fechada e atual*, o que significa que uma carta de significado histórico e afetivo não é protegida pela norma em foco. Como assinala MAYRINK DA COSTA:

“A proibição da leitura se refere apenas à correspondência *fechada* em via de expedição ou de entrega, e não à recebida e aberta pelo destinatário, ainda que a tenha fechado novamente, sem expedi-la.”⁽⁷⁾

E acrescenta, com perspicácia:

“Destarte, não importa, desde que seja determinado, que o destinatário da correspondência esteja morto, incapaz ou recolhido a uma unidade prisional; o violador responderá por ter devassado a correspondência.”⁽⁸⁾

Fato corrente é o de que detentos se queixam de que sua correspondência seja violada com frequência pela administração dos presídios. Já assinalamos a inconstitucionalidade do art. 240 do Código de Processo Pe-

(7) COSTA (1986), p. 315.

(8) *Ibidem*, p. 315.

nal. Vemos agora o aspecto criminoso dessa violação: a correspondência merece uma proteção ilimitada. Diga-se mais: o *sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa. Mas se a ação for praticada por quem se prevaleça do cargo, ou em abuso da função, a pena é agravada, conforme o art. 43 da citada Lei n.º 6.538.

Os *sujeitos passivos* são o remetente e o destinatário. Eles são os protegidos da indiscrição alheia.

A regra legal é rica em considerações, e quem as faz com maior finura é ainda MAYRINK DA COSTA. Ele observa, por exemplo, que a ação consiste em devassar indevidamente o conteúdo de correspondência alheia, verbo que é empregado no sentido de *conhecer*. Portanto, não é necessário *ler*: o cego e o analfabeto podem ser sujeitos ativos do crime, “desde que possam tomar conhecimento do conteúdo da correspondência” (9). Que nem precisa ser aberta, basta o emprego de aparelhagem eletrônica, ou qualquer processo ótico que permita o conhecimento ilegal. De outra parte, não importa a natureza do conteúdo, seja secreto, confidencial, fútil, jocoso; nem o grau do conhecimento alcançado: total ou parcial.

No entanto, o art. 10 da Lei n.º 6.538 abre algumas exceções:

“Art. 10 — Não constitui violação ao sigilo de correspondência postal a abertura de carta:

I — endereçada a homônimo, no mesmo endereço;

II — que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos;

III — que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos;

IV — que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e restituição.

Parágrafo único — Nos casos dos incisos II e III, a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário.”

Caso curioso é o que se refere à correspondência do *outro* cônjuge. Certamente que hoje já não se discute a questão, que tanto preocupava a doutrina. É que ao marido cabia um poder que as mulheres já lhe conquistaram. Veja-se, neste sentido, o que diz MAYRINK DA COSTA:

“Aos cônjuges não é lícito abrir a correspondência um do outro, contudo Maggiore advoga que o esposo tem o direito de abrir, ler e eventualmente interceptar a correspondência de sua esposa, quando houver suspeita de infidelidade conjugal. Para o ilustre professor de Palermo, à esposa não compete tal direito, pois para o marido inexistiria a *imbecillitas sexus*.” (V. Antolisei, Florian, Manzini, Solier, etc.)

(9) *Ibidem*, p. 316.

Mas o magistrado MAYRINK DA COSTA acrescenta, com justiça:

“A autoridade marital não autoriza a violação da correspondência da mulher, bem como a mulher não está autorizada a devassar a correspondência do marido. A correspondência de um não é a correspondência do outro. Enganam-se os autores que afirmam que o conteúdo não possa ser dirigido exclusivamente a um dos cônjuges.” (10)

Faço esta citação pelo pitoresco do problema, que tanto preocupava os grandes juristas. (Meu Deus, com que rapidez as mulheres progrediram neste século! Nem mais as suas cartas podemos ler!)

A tentativa é possível. É NELSON HUNGRIA quem diz: “Se o agente abre a correspondência, mas é impedido de conhecer-lhe o conteúdo, dar-se-á apenas a tentativa do crime” (11)

O *dolo* é elemento subjetivo indispensável à concretização do crime. É necessária uma vontade livre e consciente de devassar correspondência alheia fechada, sabendo a ilegitimidade do ato.

A pena é de detenção até 6 meses, ou pagamento não excedente a 20 dias-multa. A Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, que reforma a Parte Geral do Código Penal de 1940, diz em seu art. 58: “A multa prevista em cada tipo legal de crime tem os limites fixados no novo art. 49 e seus parágrafos.” Isto é, consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, que será, no mínimo, de 10, e no máximo, de 360 dias-multa. Assim (informa MAYRINK DA COSTA), “os parâmetros estão dentro dos limites da Lei n.º 7.209” (12).

A *songação* ou a *destruição* da correspondência são figuras equiparadas à violação. Portanto, quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, ou a destrói, ou a oculta, para impedir que chegue ao destinatário, comete o mesmo crime. Agora já não é preciso que a carta esteja fechada, pois o § 1.º do art. 40 é expresso: “embora não fechada”.

Não há, em nenhum caso, exigência de dano para outrem. Mas se ele ocorrer, a pena será aumentada da metade (§ 2.º, art. 40).

Como a nossa proposta é a de aprofundar a relação existente entre a carta e o crime, não vamos nos preocupar com os demais tipos de violação de comunicação, como a telegráfica ou a telefônica. *Carta*, define a lei — art. 47 —, é o “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.”

Crime é o que estamos tentando definir.

(10) *Ibidem*, p. 317.

(11) HUNGRIA (1958), p. 227.

(12) COSTA (1986), p. 318.

3 — A inviolabilidade do direito autoral

3.1 — A carta como obra intelectual

Ao relacionar as obras protegidas pelo direito autoral, a nossa Lei n.º 5.988, de 14-12-73, disse expressamente:

“Art. 6.º São obras intelectuais as criações do espírito de qualquer modo exteriorizadas, tais como:

I — os livros, brochuras, folhetos, cartas missivas e outros escritos.”

Vê-se, portanto, que as cartas vêm expressamente referidas, o que deixa indiscutível que ao remetente pertence a sua propriedade literária, científica e artística. E, como diz a Constituição, ao seu autor pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (art. 5.º, XXVIII).

A palavra *exclusivo* é muito importante, pois ela impede que o destinatário ou terceiro exerça o direito do autor, durante o prazo de proteção, que, segundo a regra da lei, dura toda a sua vida e mais 60 anos (art. 42 e parágrafos). Só então cai em domínio público. O vínculo autoral é tão forte que mesmo uma autorização dada para que o destinatário publique a carta em nada influi sobre a sua propriedade literária, que continua a lhe pertencer — ensina Carvalho Santos.

Uma questão que naturalmente surge agora é essa: qualquer carta ou somente as que contiverem valor literário estarão amparadas pelo direito autoral?

RAYMON LINDON parece limitar essa proteção, pelo que se infere do seguinte texto:

“As cartas escritas por um literato, um pensador, um filósofo, se elas exprimem idéias, opiniões, sentimentos, revestem-se ao mesmo tempo de um caráter confidencial e literário.

A forma epistolar é às vezes a que um autor adota para escrever sua obra. Três exemplos célebres: *Cartas a um Provincial*, de Pascal, *As Ligações Perigosas* e as *Cartas Persas*. De outro lado, as cartas de amor que tal grande romancista escrevesse a sua amante, mesmo se, no momento em que as escrevesse, não estivessem sendo destinadas à publicação, são também um pedaço de sua obra.

E não há dúvida hoje que, salvo convenções contrárias, sua divulgação, sua exploração (geralmente, em regra, depois da morte do interessado e do ou da destinatária) são regidas pelas regras da propriedade literária. A jurisprudência fornece muitos exemplos.” (13)

A questão não é tão simples. O princípio é de que só se protegem as obras intelectuais que sejam “criações do espírito de qualquer modo exte-

(13) LINDON (1974), pp. 261-2.

riorizadas". Estas são as expressões da lei, mas não ajudam muito. Vinculá-las a um valor literário é julgar-lhe o mérito e, como se sabe, é vedado discuti-lo quando se fala em direito autoral. ⁽¹⁴⁾ A correspondência de um pintor, por exemplo, pode não ter um grande valor literário, mas terá um valor histórico, técnico, documental, humano, enfim, é todo um patrimônio que o direito autoral deve preservar em favor de seu autor e sucessores. ⁽¹⁵⁾ As cartas de Van Gogh, ou de Di Cavalcanti, são bons exemplos.

No século XVIII, quando se vinha construindo o direito autoral tal como hoje se concebe, cita-se o caso *Pope v. Curl* (Inglaterra, 17 de junho de 1741). Um livreiro chamado Curl conseguiu certas cartas de autores célebres e as publicou sem o consentimento dos interessados. O assunto chegou à Câmara dos Lordes, estabelecendo-se que o destinatário tem unicamente uma co-propriedade com o autor da carta, e que o direito de publicação pertence ao remetente e não ao destinatário. ⁽¹⁶⁾

De onde se vê que vem de longe a tradição protetora quanto às cartas dos homens célebres. Mas se o remetente não o for? Há três posições teoricamente possíveis:

- 1.^a — Nenhuma carta é protegida.
- 2.^a — Todas as cartas são protegidas.
- 3.^a — Algumas cartas são protegidas.

Já vimos que a primeira hipótese está excluída. Se formos considerar a qualidade literária da carta, isso nos obriga a julgá-la, o que é vedado ao Juiz. Ademais, se todos os poemas são protegidos, sejam medíocres ou sem valor, por que só proteger cartas *bem escritas*? Considerar os méritos do remetente para proteger-lhe as cartas em prejuízo dos demais, seria cometer erro ainda maior. Que parâmetros teria o Juiz? A solução que resta é proteger *todas* as cartas. O texto da lei francesa deixa esse propósito bem nítido:

"Art. 2.^o As disposições da presente lei protegem os direitos dos autores sobre todas as obras do espírito, qualquer que seja o gênero, a forma de expressão, o mérito ou o destino." ⁽¹⁷⁾

(14) Para maior explanação, v. meu livro *A fotografia e o direito do autor*, indicado na bibliografia, pp. 19 e ss.

(15) Os poemas de Portinari estão protegidos. Por que não estarão as suas cartas?

(16) FARINAS (1982), p. 127.

(17) Contra: Paulo José da Costa Jr.: "Desde que a correspondência não seja confidencial, a obrigação de reserva, por parte do destinatário, desaparece. Só estaria ele impedido de publicá-la, se se tratasse de obra de engenho literário e, como tal, pudesse ser considerada expressão do direito de autor" (*O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 81, v. bibliografia).

A questão não é tão simples. Quem vai determinar se uma carta é "obra de engenho literário"? É afirmar que só se protegem as obras que mereçam o que é inadmissível em direito autoral. V. por exemplo, *Mérite et droit d'auteur*, de Caroline Carreau.

3.2 — A norma penal

Assim diz o Código Penal:

“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.

§ 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral.

Art. 185. Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo, ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística:

Pena: Detenção de dois meses a dois anos e multa de dois a dez cruzeiros.

Art. 186. Nos crimes previstos neste capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados em prejuízo de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, e nos casos previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 desta lei.”

Ora, como se viu no item anterior, as cartas estão protegidas pelo direito autoral. Portanto, violar o direito de seu autor constitui um crime.

NELSON HUNGRIA ensina que se trata de uma norma penal em branco: para definir o crime temos que nos valer da lei civil. ⁽¹⁸⁾ Também DAMÁSIO DE JESUS:

“Trata-se de norma penal em branco, uma vez que o conceito de direito autoral é fornecido pelo Direito Civil.” ⁽¹⁹⁾

O que seja direito autoral está contido ao longo da Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

(18) HUNGRIA (1958).

(19) JESUS (1981), v. 3, p. 7.

Sujeito ativo do crime é qualquer pessoa que viole esse direito. Violar significa infringir, transgredir. Transgredir o direito exclusivo que tem o autor de utilizar, publicar e reproduzir suas obras (Constituição, art. 5.º, XXVII). Que, portanto, vai ser o *sujeito passivo* do crime. Ele (o remetente), o cessionário de seus direitos, ou seus sucessores.

A duração dessa garantia está na lei:

“Art. 42. Os direitos patrimoniais do autor perduram por toda sua vida.

§ 1.º Os filhos, os pais, ou o cônjuge gozarão vitaliciamente dos direitos patrimoniais do autor, que se lhes forem transmitidos por sucessão *mortis causa*.

§ 2.º Os demais sucessores do autor gozarão dos direitos patrimoniais que este lhes transmitir pelo período de 60 anos, a contar de 1.º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento.

§ 3.º Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que aludem os parágrafos precedentes.”

Só no fim desse prazo é que uma carta cai em domínio público.

Mas é de notar que, ao mesmo tempo que a lei concede uma proteção ao autor, ela *limita* esse direito. E se apressa em enumerar, no Capítulo IV, quais sejam essas *limitações*.

Vejamos as que se aplicam às cartas, fazendo-lhes alguns comentários:

“Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

I — a reprodução:

a) de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no conteúdo de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso, e haja a indicação de origem e do nome do autor;”

Ora, há autores de cartas já publicadas que ainda não estão em domínio público. Talvez o exemplo clássico, entre nós, seja Mário de Andrade. Se, atendidos os requisitos da lei, um trecho de sua carta for reproduzido (numa antologia, por exemplo), não haverá violação. Portanto, não haverá crime.

“II — A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.”

Esta exceção legal é freqüentemente invocada. A reprografia permite, cada vez com mais perfeição, que textos sejam xerocopiados, e se o for “em um só exemplar”, não haverá violação. Assim é que, por exemplo,

cartas existentes em arquivos podem ser reproduzidas e utilizadas sem intuito de lucro.

“III — A citação, em livros, jornais ou revistas, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica.”

É o direito de *citar*, devendo, quem o fizer, mencionar a fonte. Ora, o destinatário de uma carta, ou mesmo quem a ela tenha acesso, não está impedido de fazer citações. O que não foi o caso de Paulo Mendes Campos, que em sua coluna do *Jornal do Brasil* de 2 de abril de 1989 (Caderno B/Especial, p. 2) transcreveu, *ipsis litteris*, três cartas que Vinícius de Moraes lhe escrevera em 1958.

“VII — A utilização de obras intelectuais quando indispensáveis à prova judiciária ou administrativa.”

É mais uma ocasião em que o direito autoral cede suas prerrogativas ao interesse social. Não seria natural que por sua causa se cometesse uma injustiça: então abre-se mais uma brecha na “exclusividade” de que fala a Constituição. Aliás, a própria Lei n.º 5.988 é expressa em seu art. 33: “As cartas missivas não podem ser publicadas sem permissão do autor, mas podem ser juntadas como documento, em autos oficiais”.

Finalmente temos esta limitação:

“Art. 50. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária, nem lhe implicarem descrédito.”

Custo a imaginar possa haver paródia de uma carta. Mas a paráfrase, isto é, o desdobramento de uma idéia que tenha sido expendida numa carta não constitui violação, portanto, não é crime.

Fora desses casos, a utilização de uma carta cujo autor, seu cessionário ou sucessores ainda estiverem protegidos, constitui crime. Crime que pode ter formas qualificadas, onde a pena é muito mais grave: reclusão de 1 a 4 anos e multa. São duas as condições:

Primeira: 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.

Facilmente configurável em se tratando de cartas, que podem ser publicadas tipográfica ou fonograficamente. Ou dramaticamente: há pouco tempo o ator Walmor Chagas, por certo autorizado, montou um espetáculo a que denominou *Prezado Amigo*, utilizando cartas escritas por Mário de Andrade a Carlos Drummond de Andrade. Se o fizesse sem licença cometeria crime qualificado. Como se leu, é preciso que a conduta do sujeito ativo tenha “fins de comércio”. E para a lei, teatro é comércio.

Segunda: se o agente vende, expõe à venda, introduz no país, adquire, oculta, ou tem em depósito, para fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzido com violação do direito autoral.

Poderá o autor de uma carta ver o seu direito violado, e enquadrar o criminoso nesse parágrafo?

Teoricamente sim. Cartas de celebridades poderão ser fixadas em fonogramas, e pirateadas. Fariam sucesso, por exemplo, as cartas que James Joyce escrevia à sua mulher Nora.

Como diz DAMÁSIO DE JESUS:

“É irrelevante que a obra intelectual seja reproduzida no todo ou em parte. É necessário que a reprodução seja desautorizada pelo autor (no caso de obra intelectual) ou pelo produtor (na hipótese de fonogramas ou de videofonogramas) ou por quem legalmente os represente.” (20)

O elemento subjetivo do crime de violação do direito autoral é o *dolo*. E a tentativa é admissível.

4 — Conclusão

O problema não está esgotado. Experimento a sensação do artista insatisfeito. Creio, no entanto, que consegui lançar as pontes que fazem com que uma carta pode transformar o seu detentor num criminoso. Achemos oportuno sublinhar com alguma ênfase os aspectos constitucionais, que envolvem o problema penal, pois sendo a Constituição tão nova, há pouca literatura a seu respeito; e ela acrescenta novidades importantes, como no que diz respeito à proteção da intimidade, valorizando os direitos humanos, que o nosso processo histórico havia marginalizado tão cruelmente. E o perfil dos crimes fica mais nítido quando a norma maior é mais expressa.

A questão dos segredos (art. 153 do Código Penal), como se disse na introdução, ficou projetada para um próximo trabalho. No entanto essa proteção é tão forte, que ela perpassa tudo o que disse quando tratei da inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152 do Código Penal), e do direito autoral (arts. 184 a 186 do mesmo Código).

O crime de violação do direito autoral, a esse demos um tratamento especial, em virtude da importância de seu estudo no mundo moderno. São tão freqüentes as transgressões, que se faz urgente a atualização da Lei n.º 5.988, que é de 1975. São quinze anos. Seriam poucos, mas a velocidade com que os processos de comunicação se modernizam, fazem com que as normas jurídicas que os regulam envelheçam muito rapidamente. (21) Não

(20) JESUS (1981), p. 9.

(21) O Conselho Nacional de Direito Autoral formulou um anteprojeto, que foi publicado no ano passado, para ser discutido. Na Câmara já transita o Projeto de Lei nº 2.148, de 1989, do Deputado José Genoino.

é sem propósito lembrar aqui essa questão, porque o art. 184 do Código Penal é uma norma penal em branco: é a lei civil que vai dizer em que consiste o crime de violação do direito autoral. Mister, portanto, que ela seja boa e sempre atual.

De outro lado, a morosidade da justiça cível tem feito com que advogados prefiram caracterizar o infrator diretamente como criminoso, pois este é um processo muito mais contundente. Daí, também, a atualidade de estudos nessa área do Direito.

5. *Bibliografia*

- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989. 1º v.: arts. 1º a 4º; 2º v.: arts. 5º a 17.
- CARREAU, Caroline. *Mérite et droit d'auteur*. Paris, LGDJ, 1981. 458 p.
- COSTA, Alvaro Mayrink da. *Direito Penal*. (Parte Especial. V. II). Rio de Janeiro, Forense, 1986. 750 p.
- COSTA JR., PAULO José da. *O direito de estar só: Tutela penal da intimidade*. São Paulo, Rev. Trib., 1970. 116 p.
- FARIÑAS MATONI, Luis María. *El derecho e la intimidad*. Madrid, Editorial Trivinen, (1982). 388 p.
- FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo, Saraiva, 1977. 316 p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. (Parte Especial, arts. 121 a 212). 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983. 616 p.
- GÉNY, François. *Des droits sur les lettres missives*. Paris, Sirey, 1911. 2 v.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1958. V. V e VI.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. (Parte Especial). 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo, Saraiva, 1981. 2 v.
- LONDON, Raymond. *Les droits de la personnalité*. Paris, Dalloz, 1974. 372 p.
- LONDON, Raymond. *Dictionnaire juridique — les droits de la personnalité*. Paris, Dalloz, 1983. 324 p.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo, Rev. Trib. 1968. T. 5, art. 150, § 9º 8 tomos.
- NAVARRA, Giuseppe. *Le lettere missive — I diritti sulle lettere; la conclusione degli alti giuridici privati per corrispondenza*. Firenze, Casa Editrice Dott. Carlo Cya, 1955. 362 p.
- POE, Edgar Allan. *La lettre volée*. In: *Histoires extraordinaires*. Trad. Charles Bandelaire. Paris, LGF, 1972, pp. 59-89. Coll. Le livre de poche.
- SANTOS, N. P. Teixeira dos. *A fotografia e o direito do autor*. São Paulo, LTr. Ed., 1977. 152 p.
- TRUFFAUT, François. *Correspondance*. Lettres recueillies par Gilles Jabot et Claude de Givray. Notes de G. J. Avant-projects de Jean-Luc Godard. Paris, 5 Continents — Hatier, 1988. 672 p.

O direito da personalidade como direito natural geral

Corrente naturalista clássica

LDUNA E. WEINERT

Professora Assistente da Universidade de Brasília. Advogada em Brasília.

A delimitação do tema ora proposto defronta-se com as mais variadas dificuldades, a começar por sua denominação, “direito da personalidade” que, embora venha-se impondo, entre os doutrinadores, especialmente os brasileiros (Walter Moraes, Orlando Gomes, Limongi França, Antônio Chaves, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria, dentre outros), é freqüentemente encontrada ao lado de outras, tais como “direitos essenciais da pessoa” ou “direitos subjetivos essenciais” (Tobéñas), “direitos da personalidade” (Gierke, Ferrara e autores mais modernos), “direitos à personalidade”, ou “essenciais”, ou “fundamentais da pessoa” (Ravá, Gangi, de Cupis), “direitos sobre a própria pessoa” (Windscheid, Campogrande), “direitos individuais” (Kohler, Gareis), “direitos pessoais” (Wachter, Bruns) e, ainda “direitos personalíssimos” (Pugliati, Rotondi), consoante bem assinala (CARLOS ALBERTO BITTAR *Os Direitos da Personalidade* — Editora Forense Universitária, 1989, 1.^a ed., p. 2).

Por outro lado, quanto ao seu conteúdo, verifica-se que “a doutrina do direito da personalidade, cheia ainda de imprecisões, contradições e perplexidades, continua a não dispensar o arrimo retórico para suprir o seu déficit de clareza e coerência”, conforme registra o Prof. WALTER MORAES, em estudo publicado na Revista dos Tribunais (RT 590/14) sob o título “Concepção Tomista de Pessoa — Um Contributo para a Teoria do Direito da Personalidade”, lembrando, também, o número sempre crescente desses direitos, como se constata das enumerações sugeridas por Henrique Hubman (32 direitos), e Limongi França (60 direitos).

Não obstante os percalços que vem enfrentando a evolução do tema, através de longo e tormentoso caminho, até o seu estágio atual, há dois aspectos em relação aos quais está ele irremediavelmente ligado, ainda que seja, como se verá adiante, para sua própria negação:

1 — trata-se de direitos relacionados à pessoa humana, como tal considerada, em sua individualidade e nos seus relacionamentos em sociedade;

2 — o desenvolvimento da teoria do direito da personalidade operou-se paralela e intimamente ligado à evolução do chamado direito natural, acompanhando-lhe os rumos e as tendências, ao longo da história da humanidade.

Sendo assim, a partir de breve histórico do direito natural, serão feitas algumas anotações sobre as manifestações simultaneamente ocorridas do direito da personalidade, valendo ressaltar, desde logo, a grande contribuição dada ao tema pelo cristianismo, que procurou dignificar o ser humano, como tal, bem como pelo iluminismo, que o colocou frente ao Estado, exortando as chamadas “liberdades públicas”.

No que tange ao direito natural, o primeiro fato a ser lembrado é, sem dúvida, o de que a discussão em torno do mesmo nunca esteve encerrada, de modo definitivo, ao longo de toda a história da humanidade, a partir do momento em que o homem conscientizou-se de sua individualidade, de sua existência sobre a face da Terra, embora, é lógico, tenham-se sucedido fases de inegável esplendor de seus estudos e pesquisas seguidas de flagrante desprestígio e negação mesma de sua existência.

O reconhecimento da existência de um direito superior e anterior, transcendente e supra-ordenado ao direito humano, ou histórico-positivo, jamais deixou de preocupar jusfilósofos de todas as épocas; quer seja através da palavra revelada (*lex divina*), ou indiretamente, na ordem natural de sua criação (*lex aeterna*) ou, ainda, deduzido da razão humana (*lex naturalis*), colocou-se sempre em questão a validade e a justiça das leis impostas por Deus e pelos homens, uma vez que, não obstante o sentido último das primeiras, teológico-metafísico, o problema está sempre na consideração imediata do jurista, no momento em que opera a subsunção do caso concreto à lei positiva.

Assim, através de sucessivas respostas, vimos a questão focalizada sob diversas óticas, que enfatizavam suas diferentes colocações ao longo do tempo, tendo como fundamento comum a necessidade de conceber-se “uma ordem mais alta e perfeita, um ponto ideal firme de referência crítica para a legislação vigente”.

Esta ordem, composta de um núcleo de princípios superiores e imutáveis, inspiraria, completaria ou modelaria a legislação positiva, visando a suprir suas deficiências e a responder às críticas e insatisfações levantadas pela consciência social.

Compondo esse núcleo de princípios superiores e imutáveis é que, embora ainda não revelados ou reconhecidos, alguns deles, estiveram sempre presentes, os hoje denominados direitos da personalidade, entre os quais o Prof. WALTER MORAES, no trabalho antes referido, menciona o direito à vida, ao corpo, à honra, à liberdade e outros, mais específicos, que vieram a ser acrescentados à lista, posteriormente.

Como o direito é sempre um ensaio de ser direito justo, no dizer de RADBRUCH e RECASÉNS SICHES, a longa caminhada do jusnaturalismo através dos tempos caracterizou-se, sempre, pela tentativa de conciliação da

imperecibilidade do ideal axiológico contido nas normas jurídicas com a variabilidade de suas representações histórico-sociais.

No dizer de MACHADO NETO, que bem acentua a importância do jusnaturalismo, sua longa tradição oferece-se, no mundo jurídico, com a mesma insistência e domínio ideológico das idéias grandiosas e dos pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes (*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* — Saraiva, SP, 1969, p. 21).

Efetivamente, esse é o ponto vital concernente ao direito natural e no qual o mesmo se identifica totalmente ao direito da personalidade, qual seja, a sua universalidade e imperecibilidade, fundadas na ontológica indagação da existência de fato, para lá dos fenômenos, de alguma coisa suscetível de ser apreendida pelo espírito humano e dotada de forte objetividade e independência do sujeito cognoscente, ou, em outras palavras, saber-se se, para lá do mundo sensível dos homens, haverá outro mundo de que o primeiro seja mero reflexo ou cópia.

Quanto ao direito natural, a essa ordem de estudos denomina-se, hoje, na moderna terminologia filosófica, Axiologia ou Filosofia dos Valores, que se volta, essencialmente, a averiguar-se, sobrepondo-se a todas as opiniões e valorações dadas por cada homem ou povo, nas diversas épocas, existirá algo de em si mesmo verdadeiro e justo, com geral e universal validade para todos os homens, e que, no dizer de Antígona, de Sófocles, “não é de hoje nem de ontem, mas de todos os tempos e não foi inventado pelos humanos”.

No que concerne ao direito da personalidade, tem-se que essas mesmas indagações se encontram na base, no fundamento mais profundo e mais distante de sua existência, a orientar de modo contínuo toda a sua trajetória, no sentido não apenas de sua revelação mas, sobretudo, de seu respeito, sua observância por parte dos homens, entre si, e do Estado, em relação a eles.

Ainda quanto à magnitude do tema, vale lembrar MICHEL VILLEY, que logrou sintetizá-la, ao assinalar que a doutrina do direito natural clássico salva a autonomia do direito contra o perigo inerente a todas as outras teorias, qual seja, o de ser absorvido à moral, à economia, à administração e à política; que ela nos dota de quadros sólidos, além de ser autenticamente especulativa e, por fim, que não deixou de ser ensinada depois de vinte e cinco séculos, sendo o seu valor garantido por milhares de juristas e filósofos (*Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* — Capítulo VII — p. 165).

Cumprir lembrar, porém, que os direitos da personalidade, embora sempre presentes, de forma expressa ou não, na cogitação dos juristas e filósofos, somente alcançaram sagração na medida em que os Estados passaram a lhes dar a proteção das normas jurídicas, seja a nível constitucional, espelhando as chamadas “liberdades públicas”, seja a nível de legislação ordinária, ingressando no campo do direito privado, sem que isso signifique, contudo, que os mesmos fiquem restritos àqueles que obtiveram o acolhimen-

to dos ordenamentos jurídicos, pois esses direitos, consoante alerta Carlos Alberto Bittar, na mesma linha de pensamento jusnaturalista, “existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações” (*op. cit.*, p. 8).

Voltando à história, tem-se que, para os gregos, o direito participava diretamente da ordem ontologicamente imutável das coisas, sendo ele mesmo a expressão de uma essência metafísica ou a própria justiça essencial, valendo salientar que não ocorria, em verdade, àquela época, a distinção entre o problema da justiça e do direito, que deveria ser a explicitação da ordem imutável (da família, da tribo da polis), bem como a neutralização das violações contra ele cometidas.

Com efeito, essa identificação direito = justiça = lei fica bem clara nas palavras de PLATÃO, no diálogo entre Sócrates, o jovem e o estrangeiro, após ter esse último imaginado hipóteses em que a lei natural das coisas tivesse sido violada e que leis tivessem sido elaboradas para coibir tais agressões, *verbis*:

“A meu ver, pois, as leis resultam de múltiplas experiências e cada artigo é apresentado ao povo através da orientação e exortação de conselheiros bem-intencionados. Aquele que ousasse infringi-las cometeria uma falta cem vezes mais grave que a primeira, perturbando qualquer atividade muito mais que a lei escrita.”

E, mais adiante arremata PLATÃO:

“Portanto, em qualquer domínio em que se estabeleçam leis e códigos escritos, impõe-se, em segundo lugar, jamais permitir ao indivíduo ou à massa qualquer ato que possa infringi-los, no que quer que seja.” (Série *Os Pensadores*, Abril Cultural, 2.^a ed., p. 248.)

ARISTÓTELES, por outro lado, em sua “Ética a Nicômaco — V”, após ponderar sobre a imprescindibilidade de equilíbrio; de proporção entre as coisas, formula seu conceito de justiça, fundado, como se verá, nessa mesma noção de proporção:

“E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao seu próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas.” (Série *Os Pensadores*, Abril Cultural, 2.^a ed., p. 129.)

O sécluo V marcou-se pela grave crise sofística que levou a opor a *nomos* dos homens e da política à *physis*, estabelecendo-se uma subjetividade individualística de características democráticas.

O idealismo de PLATÃO conduziu o pensamento grego, no entanto, como visto acima, de volta a uma ordem ideal-necessária que fosse, a um

só tempo, modelo e fundamento ontológico da ordem político-social, enquanto que o racionalismo estóico levou a que de novo a *physis* se tornasse sinônimo de *nomos*, fundido num justo universal.

Cumprе salientar, por fim, que ao tempo de PLATÃO, o indivíduo, como ser humano, carecia de dimensão pessoal, e a personalidade, como tal, era desconhecida vez que somente se cogitava de direitos do cidadão, dos civis; como membro da cidade, sendo certo que, somente mais adiante, ao desaparecer o sistema da polis, com o império de Alexandre Magno (século VI a.C.), o homem deixou de ser elemento integrativo da cidade, ou seja, a vida humana passou a ter feição própria universal.

O panorama jurídico romano foi, entretanto, bastante diverso. A Justiça identificava-se com a ordem jurídica objetiva, uma vez que, para compreender regulativamente o direito, faltavam ao jurista da época dois pressupostos essenciais, representados pelo sentido histórico e o reconhecimento da autonomia da consciência ética, ou seja, a própria dimensão de subjetividade do jurídico.

Importante, entretanto, foi o legado a nós deixado por Roma, substanciado na autonomia e constituição específica do *jus*, representadas pela expressa intenção de justiça de seu pensamento jurídico. Aí estão, até nossos dias, expressões tais como *bona fides*, *justa causa*, *aequitas*, *utilitas*, *humanitas*, dentre outras, que provam o afirmado, não obstante não haverem alcançado os romanos uma exata compreensão da colocação intencional-normativa da justiça.

No que concerne ao direito da personalidade, diversas passagens do Digesto comprovam a existência de preocupação em torno do mesmo, tais como a *actio iniuriarum*, que seria uma proteção indireta da personalidade sendo certo que juristas que sustentaram a doutrina do *jus in se ipsum* (direitos sobre si mesmo), como De Amesqua e Vangerow, assinalaram que o direito romano concedia ao homem uma indefinida *potestas in se ipsum*, bem como que o homem livre (conforme fosse cidadão romano ou liberto) tinha a propriedade de seu corpo, argumentos esses que são, contudo, contrariados pela frase de Ulpiano, encontrada no Digesto, segundo a qual *dominus membrorum suorum nemo videtur*, ou seja, nenhuma pessoa pode se considerar dona de seus membros, a demonstrar que não chegou a ser estabelecido, àquela época, o conceito de propriedade sobre o corpo humano.

Foi o cristianismo, entretanto, que veio a fincar o primeiro grande marco histórico, na evolução do direito natural e, simultaneamente, do direito da personalidade.

Com efeito, a principal contribuição do teológico dualismo cristão ao pensamento filosófico foi a instituição, na compreensão do normativo, de um elemento novo e fundamental, o princípio axiológico, e não apenas a simples associação ao direito humano e socialmente condicionado dos romanos, da dimensão metafísico-individualista da melhor interpretação grega.

Partindo do axioma fundamental de que Deus não é apenas o supremo e perfeíssimo Ser mas o sumo Bem, perfeita e justa é a Sua lei; *legis*

corruptio, por via de consequência, no dizer de Santo Tomás, seriam todas aquelas que Dele se desviassem ou não cumprissem o Seu princípio último de validade.

Os fundamentos filosóficos da “Concepção Tomística de Pessoa” estão muito bem expostos pelo Prof. WALTER MORAES em trabalho que, com esse título, publicou na *Revista dos Tribunais*, ao qual me reporto, para destacar, inicialmente, a seguinte passagem:

“O uso da palavra *persona* para designar o indivíduo humano foi introduzido pelo direito romano. Mas a pesquisa do conceito de pessoa como ente distinto do fisiopsiquismo humano (ausente em Aristóteles e nas demais filosofias grega) é iniciativa da filosofia patrística. A palavra *personalitas*, bem como o correspondente conceito, é criação exclusivamente escolástica. Ao tempo de Alberto Magno e Tomás de Aquino, o pensamento filosófico-teológico, organizado em *Schola*, já há mais de três séculos e seguindo geralmente os padrões da filosofia platônica, recebeu o contingente orgânico e metafísico do aristotelismo, e com ele novos e inusitados padrões de realismo, disciplina e exatidão racionais.

Não cuide o leitor em deparar entre os tomistas puros, mesmo os do século XX ou XIX, o tema da pessoa-personalidade tratado na área da Psicologia (Filosofia Natural) ou da Ética, cujos subsídios, sem embargo, são indispensáveis para completar-lhe a noção e, designadamente, para introduzi-lo no âmbito do Direito. O trato psicológico e moral da pessoa e da personalidade só aparece na filosofia dos tomistas que avançaram alguns aspectos sistemáticos da disciplina aristotélica, às vezes, aliás, muito proveitosamente.” (RT 590/17.)

No mesmo estudo, após salientar que, do ponto de vista da metafísica, “a relação entre personalidade e pessoa é a de subsistência e substância”, o Prof. WALTER MORAES esclarece que “o suposto da natureza racional se diz *pessoa*”, acrescentando que “esta noção explica a clássica definição de Boécio acatada e sustentada por S. Tomás e invocada ainda hoje pelos melhores psicólogos: “substância individual da natureza racional” (*Persona est rationalis naturae individua substantia*), na qual o termo *individua* vale, conforme La Vaissière, como indivisa em si (singular e hipostática) e separada de qualquer outra substância (*divisa a quo libet alio substanciali*), incomunicável” (RT 590/17-18).

Ainda no que concerne à contribuição dada pelo teológico dualismo cristão ao desenvolvimento dos direitos da personalidade, em sua indissociação com o direito natural, resta lembrar que, para Santo Agostinho, a *lex intima* era aquela através de que Deus falava aos homens na consciência, a *recta conscientia* dos que, feitos à imagem e semelhança Dele, tinham a alma, a razão e o coração, bem como a íntima consciência, iluminados pela lei divina; revelado o absoluto, nada mais restava que a adequação das normas

de direito à sua visão abrangedora, num movimento caracteristicamente descendente.

Vê-se, a esse ponto, que já existiam condições para a configuração verdadeiramente axiológico-normativa do direito, intimamente relacionada a seu fundamento de validade, ou seja, ao problema de sua justiça, bem como que essa visão abrangia, igualmente, um pressuposto de dinamismo da vontade divina, refletido no desenvolvimento da ordem de criação, com implicações quanto à possibilidade de compreensão da historicidade particular das ordens normativas.

A introdução da idéia do dualismo objetivo do universo jurídico fincou-se de forma incontestável e irremediável no cenário filosófico, não sendo mesmo superado pelas novas correntes de pensamento surgidas na Idade Moderna. O que ocorreu, em verdade, foi a sua radicalização, caracterizada pela opção feita no sentido de um espírito problemático e criador, experimentador e agente, que veio a substituir a atitude contemplativa e receptiva da posição anterior.

A consequência dessa nova postura foi o surgimento de sucessivas respostas ao problema, todas de um racionalismo cartesiano: o realismo conceitual do idealismo metafísico, o transcendentalismo formal kantiano, o intelectualismo técnico da ciência, o individualismo contratualista e abstrato e outras, de que resultou um jus-naturalismo *more geometrico*, em que os princípios do *justum*, que deveriam compor determinada ordem jurídico-social apresentavam-se, em suma, deduzidos da própria natureza, de forma lógico-racional. Esse "direito natural" refletia, obviamente, duplicidade de ordens, em face do direito positivo-histórico vigente, impasse que conduziu à superação da doutrina jusnaturalista, no século XIX, por uma nova ordem de pensamento jurídico, tendente a excluir, de forma total e contundente, as indagações a respeito da validade material ou da justiça do direito, vistas já agora como impertinentes e estranhas, mesmo à Ciência do Direito, sendo claro que, nesse contexto, os chamados direitos da personalidade atravessaram período de inegável desprestígio, exceto quanto àqueles que já haviam alcançado a tutela jurídica dos Estados.

Para concluir este breve estudo do direito da personalidade como direito natural geral, segundo a corrente naturalista clássica, que teve, nos séculos XVII e XVIII, ilustres representantes, como Baltasar Gómez De Amesqua e Samuel Von Stryk, no século XIX, Vangerow, Puchta, Gareis, Kohler, Gierke e Dernburg e, no século XX, Ravá e Ferrara, vale transcrever a parte final do estudo do Prof. WALTER MORAES, já referido, que bem sintetiza o tema:

"9. O direito objetivo da personalidade.

Anotada a inadequação do *nomen* "direito de personalidade", bem como da imagem conceitual daí emergente, à realidade da correspondente relação (n.º 6), importa, sem embargo, reconhecer que o dito nome é, hoje, expressão geralmente empregada na doutrina e nas leis para designar os direitos que estamos a versar. É

uma denominação que a terminologia jurídica já assimilou, aparentemente como fato consumado. Resta estarmos avisados de que estes direitos não objetivam a personalidade nem bens que a integrem, senão o composto natural do homem a que a personalidade infunde substancialidade pessoal e determinação na linha da natureza. De sorte, que o termo "personalidade", ganha, aqui, acepção analógica, referindo-se a realidades essencialmente diversas.

A norma *básica* que ordena esse tipo de relação jurídica, ao mesmo tempo em que assegura ao sujeito, absolutamente, a disposição de partes de sua própria natureza, impõe, como ficou assinalado (n.º 1), a sujeito passivo universalmente tomado, um dever geral de abstenção ou respeito, dizendo, v.g.: "respeita a vida de cada homem". É uma regra de teor simples e denso e de alcance extensíssimo, a qual responde ao caráter absoluto e à essencialidade do direito e do objeto que compreende; é, destarte, absoluta, e poder-se-ia dizer categórica.

A ordem normativa ou conjunto das normas que disciplinam as citadas relações chamamos, outrossim, *direito da personalidade*." (RT 590/21-22.)

À guisa de conclusão, cumpre recordar que o tema não se esgotou nem se esgotará jamais vez que, a cada momento, novas facetas do direito da personalidade poderão ser reveladas, sendo certo, por outro lado, que as conquistas até aqui obtidas são irreversíveis, vez que guiadas por um movimento em espiral, sem retorno.

Por fim, registre-se que a nova Constituição brasileira, de 1988, consagrou, em seu texto e, em especial, em seu art. 5.º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, dando-lhes a força e a cogência da Lei Maior, uma nova pletora de direitos, alguns ainda não garantidos, até então, ampliando com isso, o largo campo por onde já se espria o direito da personalidade.

Bibliografia

- MORAES, Walter — "Concepção Tomista da Pessoa" — in *Revista dos Tribunais*, n.º 590/14.
- BITTAR, Carlos Alberto — *Os Direitos da Personalidade* — Forense Universitária — Biblioteca Jurídica, ed., 1989.
- BODENHEIMER, Edgar — "*Ciência do Direito — Filosofia e Metodologia Jurídicas*" — Forense, Rio de Janeiro.
- LIMA, Hermes — *Introdução à Ciência do Direito* — Freitas Bastos, 15ª ed., 1966.
- MACHADO NETO — *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* — A. L., Saraiva, SP, 1969.
- NEVES, A. Castanheira — *Lições de Introdução ao Estudo do Direito* — Coimbra, 1968/69.
- SICHES, Luis Recaséns — *Iusnaturalismos Actuales Comparados* — Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones e Intercambio — Madrid — 1970.
- VILLEY, Michel — *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*.

Pesquisas em seres humanos *

Prof. ANTONIO CHAVES

Presidente do Instituto Interamericano de
Direito de Autor — IIDA

SUMÁRIO

1. *A Política Nacional de Saúde.* 2. *Pesquisa em seres humanos.* 3. *Aspectos éticos.* 4. *A questão do risco.* 5. *Pesquisa de novos recursos profiláticos. Diagnósticos terapêuticos e de reabilitação.* 6. *Pesquisa em menores de idade (idade inferior a 18 anos completos) e em indivíduos sem condições de dar conscientemente seu consentimento em participar (Capítulo IV da Resolução nº 1/88).* 7. *Pesquisa em mulheres em idade fértil, mulheres grávidas, pesquisa em conceitos, pesquisa durante o trabalho do parto, no puerpério e na lactação. Pesquisa em óbito fetal (Capítulo V).* 8. *Pesquisa em embriões e fetos.* 9. *Pesquisas em recém-nascidos.* 10. *Pesquisa em indivíduos com presumível restrição a espontaneidade no consentimento (Capítulo VI).* 11. *Pesquisa em órgãos, tecidos e seus derivados, cadáveres e parte de seres humanos (Capítulo VII).*

1. *A Política Nacional de Saúde*

Do latim, *perquirere* — procurar com diligência, procurar por toda parte, indagar com profundidade, buscar com cuidado e empenho, “pesquisa” exprime tanto na jurídica como nas demais ciências todo trabalho persistente no encaminhamento de um problema, de uma idéia particular ou de uma intuição que leve à descoberta de novos princípios, processos, métodos ou matérias.

Não há setor da natureza ou da atividade humana que por ela não possa ser abrangido, nem época da história da humanidade em que, mais do que a atual, centenas de milhares de especialistas no mundo inteiro não se lhe tenha dedicado.

* Do livro em preparo *Direitos Conexos*, com seis Capítulos: Direitos dos Intérpretes; Direitos das Empresas de Comunicação; Direito à imagem; Ciência e Invenção; Pesquisa — cada um dos quais com subtítulos.

Obtido o resultado, firmado o princípio, passa-se a outra esfera de cogitação: o aproveitamento dos efeitos, já no âmbito da tecnologia e dos seus aperfeiçoamentos.

Dela se ocupa longamente a Constituição Federal, ao dispor:

“Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1.º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2.º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3.º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4.º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5.º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.”

Na implantação e execução da Política Nacional de Saúde conta o Ministro de Estado da Saúde com a assistência do Conselho Nacional de Saúde (CNS), órgão de deliberação coletiva de segundo grau, cuja organização e atribuições são reguladas pelo Decreto n.º 93.933, de 14-1-1987.

No exercício da competência de atuação normativa nas áreas concernentes à promoção, proteção e recuperação da saúde cabe-lhe privativamente, art. 2.º, § 1.º, dispor sobre questões de interesse sanitário relativas ao uso humano de medicamentos, produtos de higiene, cosméticos, alimentos, hemoterapia, entorpecentes, saneantes domissanitários, ressalvada a competência da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária para, nessas mesmas áreas de atuação, estabelecer diretrizes concernentes à fiscalização e ao controle.

§ 2.º Compete também ao Conselho Nacional de Saúde o exercício da função de avaliação tecnológica e o estabelecimento de padrões de assistência à saúde, bem como o pronunciamento a respeito de outras matérias que, mediante justificativa de natureza técnica, venham a ser definidas pela maioria do Conselho.

Considera o § 1.º do art. 3.º colaboradores do CNS as seguintes instituições:

— Associação Médica Brasileira, Academia Nacional de Medicina, Academia Nacional de Medicina Militar, Associação Brasileira de Enfermagem, Associação Brasileira de Odontologia, Federação Brasileira de Nutrição, Sociedade Brasileira de Medicina Veterinária, Academia Nacional de Farmácia, Academia Brasileira de Ciências e Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência.

Admite o art. 4.º que o Conselho convide autoridades, cientistas e técnicos nacionais ou estrangeiros para colaborarem em estudos ou participarem de órgãos técnicos especializados instituídos no âmbito do Conselho, sob a presidência de um conselheiro designado pelo Colegiado.

2. *Pesquisas em seres humanos*

O Código de Ética Médica contém oito proibições, que versam quatro assuntos fundamentais.

a. Pesquisa em seres humanos, vedando ao médico:

Artigo 122. Participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos.

Artigo 123. Realizar pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e conseqüências da pesquisa.

Parágrafo único. Caso o paciente não tenha condições de dar seu livre consentimento, a pesquisa somente poderá ser realizada, em seu próprio benefício, após expressa autorização de seu responsável legal.

Artigo 124. Usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis conseqüências.

Artigo 127. Realizar pesquisa médica em ser humano sem submeter o protocolo a aprovação e acompanhamento de comissão isenta de qualquer dependência em relação ao pesquisador.

Artigo 128. Realizar pesquisa médica em voluntários, sadios ou não, que tenham direta ou indiretamente dependência ou subordinação relativamente ao pesquisador.

b. Pesquisa na comunidade:

Artigo 125. Promover pesquisa médica na comunidade sem o conhecimento dessa coletividade e sem que o objetivo seja a proteção da saúde pública, respeitadas as características locais.

c. Salvaguarda da independência profissional:

Artigo 126. Obter vantagens pessoais, ter qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional em relação a financiadores de pesquisa médica da qual participe.

d. Evitar prejuízo do paciente:

Artigo 129. Executar ou participar de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente.

Marco importantíssimo na atualização e mesmo no futuro desenvolvimento das ciências médica e farmacológica constitui a Resolução n.º 1, de 13-6-1988, subscrita pelo Dr. FRANCISCO XAVIER REBUSCHI, presidente do Conselho Nacional de Saúde, no uso da competência que lhe é outorgada pelo Decreto n.º 93.933, de 14-1-1987.

Seus 99 artigos estão divididos em 16 Capítulos, versando, respectivamente:

I — normas de pesquisa em saúde (arts. 1-3);

II — aspectos éticos da pesquisa em seres humanos (4-16);

III — pesquisa de novos recursos profiláticos. Diagnósticos terapêuticos e de reabilitação (17-23);

IV — pesquisa em menores de idade inferior a 18 anos completos e em indivíduos sem condições de dar conscientemente seu consentimento em participar (24-28);

V — pesquisa em mulheres em idade fértil, mulheres grávidas, pesquisa em conceptos. Pesquisa durante o trabalho de parto, no puerpério e na lactação. Pesquisa em óbito fetal (29-43);

VI — pesquisa em indivíduos com presumível restrição e espontaneidade no consentimento (44-47);

VII — pesquisa em órgãos, tecidos e seus derivados, cadáveres e parte de seres humanos (48 e 49);

VIII — da pesquisa farmacológica (50-56);

IX — da pesquisa de outros recursos novos (57-59);

X — da pesquisa com microorganismos patogênicos ou material biológico que possa contê-los (60-69);

XI — pesquisas que impliquem na construção e manejo de ácidos nucleicos recombinantes (70-73);

XII — pesquisa com isótopos radioativos, dispositivos e geradores de radiações ionizantes e eletromagnéticas (74-82);

XIII — dos comitês internos das instituições de saúde (82-98);

XIV — execução da pesquisa nas instituições de saúde (94-99).

A resolução, de aplicação em todo o território nacional, declara de ordem pública e de interesse geral suas disposições (art. 1.º), indicando o dispositivo seguinte que a pesquisa na área de saúde compreende o desenvolvimento de ações que contribuam:

I — ao conhecimento dos processos biológicos e psicológicos nos seres humanos;

II — ao conhecimento dos vínculos entre as causas de doenças, a prática médica e a estrutura social;

III — a prevenção e controle dos problemas de saúde;

IV — ao conhecimento e avaliação dos efeitos nocivos do ambiente na saúde;

V — ao estudo de técnicas e métodos que se recomendem ou empreguem para a prestação de serviços de saúde;

VI — a produção de insumos para a saúde.

Em relação a essa matéria corresponde ao Ministério da Saúde, nos termos do dispositivo seguinte:

I — emitir as normas técnicas a que se submeterá, em todo o território nacional, a realização de pesquisas para a saúde e verificar seu cumprimento;

II — determinar a periodicidade e as características da informação sobre a pesquisa, que deverão ser proporcionadas pela entidade que a está realizando.

5. Aspectos éticos

Cuidando também dos aspectos éticos da pesquisa em seres humanos, determina no Capítulo II, a Resolução n.º 1, do CNS, de 13-6-1988, art. 4.º, que em toda pesquisa em que o ser humano for submetido a estudo, prevaleça o critério de respeito à sua dignidade e à proteção de seus direitos e bem-estar, desenvolvendo-se conforme as bases que o art. 5.º especifica:

I — ser adequada aos princípios científicos e éticos que a justifiquem;

II — estar fundamentada na experimentação prévia realizada em animais, em laboratórios ou em outros fatos científicos;

III — ser realizada somente quando conhecimento que se pretende obter não possa ser obtido por outro meio;

IV — prevalecer sempre de probabilidades dos benefícios esperados sobre os riscos previsíveis;

V — contar com o consentimento do indivíduo objeto da pesquisa ou seu representante legal, por escrito, após ter sido convenientemente informado, com as exceções que este regulamento assinala;

VI — ser realizada por profissionais da área da saúde a que se refere o artigo 95 deste regulamento, com conhecimento e experiência para cuidar da integridade do ser humano, sob a responsabilidade de uma instituição de atenção à saúde e que conte com os recursos humanos e materiais necessários que garantam o bem-estar do indivíduo da pesquisa;

VII — contar com o parecer favorável do Comitê de Ética e de Segurança Biológica, quando for o caso;

VIII — dar ciência ao responsável pela instituição de atenção à saúde onde será realizada a pesquisa e à Divisão Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Na presença da *privacidade* do indivíduo objeto dessas pesquisas, manda o art. 6.º seja identificado somente quando os resultados o requeiram e este o *autorize*.

A descoberta dos protocolos das experiências de médicos nazistas, como Joseph Mengele, ao final da 2.ª Guerra Mundial levantou controvérsias sobre a ética do uso de seus resultados.

Quase meio século depois desses estudos sobre as reações do corpo humano sob temperaturas anormalmente baixas, sua validade ética e técnica foi discutida em meados de maio de 1989 por 200 especialistas reunidos na Universidade de Minnesota preocupados com o risco que corre a ciência moderna através da manipulação genética de embriões, por exemplo, reproduzir o universo moral dos carrascos nazistas. Os cientistas alertaram para que algumas experiências poderão vir a produzir situações em que os países chegarão a escolher para seus futuros filhos o nível de inteligência, condições físicas e até aptidão esportiva que quiserem.

“No futuro seremos capazes de manufaturar crianças a partir do embrião, que será organizado por informações contidas num catálogo”, adverte GEORGE ANNAS, professor de Legislação da Saúde na Universidade de Boston.

Enquanto alguns participantes do encontro diziam que os experimentos nazistas ofereciam intuições interessantes sobre a fisiologia humana, outros duvidavam da sua validade, dizendo que foram mal concebidos e aplicados sobre pessoas enfraquecidas e mal nutridas, que serviriam de base para dados comprometidos.

A questão permanece aberta. Alguns cientistas defendiam o banimento puro e simples dos dados obtidos fornecidos pelas cobaias dos campos de concentração. A maioria dos participantes, no entanto, considerou os dados aproveitáveis, desde que utilizados dentro de parâmetros éticos.

Pelo menos mais dez pacientes terminais de câncer, todos voluntários e com menos de 90 dias de expectativa de vida, já foram selecionados para participar das experiências.

O objetivo do estudo é saber porque não está funcionando bem um tipo de terapia considerada altamente promissor. Rosemberg havia anteriormente desenvolvido um tratamento para estimular o próprio organismo a combater o câncer por meio de seus anticorpos.

O objetivo final da experiência, diz Rosemberg, é desenvolver linfócitos alterados geneticamente que sejam mais efetivos no combate ao câncer.

Mas os animais estão destinados a importante prestação também no setor da Aids.

Uma equipe de cientistas do Centro de Controle de Doenças dos Estados Unidos, sob a chefia do biólogo molecular CLYDE HART, apresentou na edição de 12-1-1990 da revista *Science* uma explicação para uma questão intrigante: por que o homem é o único animal que morre ao ser infectado por aquele vírus? A razão consistira em que ele sai de sua forma letárgica graças a proteínas que são produzidas por genes presentes unicamente na espécie humana.

Verificou que dos 23 pares de cromossomos que o ser humano tem nos núcleos de todas as células, contendo todas as informações necessárias ao funcionamento do organismo, o gene está localizado no cromossomo 12. Vão agora tentar localizar exatamente onde fica esse gene no cromossomo 12, identificar que proteína ou ação regulatória ele executa para então consertar esse efeito.

No simpósio *A Ética e o Embrião*, transcrito em "Diálogo" do "Harper's Magazine", foi levantada a questão dos óvulos fertilizados *in vitro* portadores da síndrome de Down ou com outros distúrbios graves poderem ser destruídos.

A jurista NANCY NEVELOFF DUBLER respondeu positivamente, com relação a essas e outras doenças reconhecidas como excepcionalmente dolorosas e difíceis, que não são um "bem".

A indagação de como saber quais as características que não são um bem para seres humanos, JEREMY RIFKIN lembrou que a cada ano são localizadas em maior número marcas genéticas indicadoras de doenças no gene singular. Com a existência da tecnologia para removê-las, haverá pressão dos pais nesse sentido. Breve eles terão um registro genético de todas

as características que podem transmitir aos filhos. Os pais se tornarão estatísticos. Irão perguntar: *Preciso sobrecarregar meu filho com esta característica particular?*

Onde traçar a linha? Há muitos milhares de características recessivas. A leucemia pode matar a criança aos três anos, a doença do coração aos 30 e o Alzheimer aos 50. Em que ponto deve-se dizer não?

“Quando um engenheiro elimina um defeito no projeto de uma ferramenta, isto é engenharia. Porque se vai direto ao âmago da verdadeira tecnologia que se criou. Lembre-se, porque alguma coisa pode ser feita não quer dizer que inevitavelmente deva ser feita. Através da história muito mais tecnologias foram rejeitadas por várias culturas do que aceitas. Foi somente nos últimos 200 anos que no mundo ocidental passamos a acreditar que se uma coisa pode ser feita, é inevitável — um *fait accompli*. Como se as novas tecnologias chegassem aqui de forma misteriosa, nos fizessem tropeçar e, em consequência, tivéssemos que conviver com elas como o fazemos com as estações do ano. Esta visão não nos permite assumir a responsabilidade. Não acho que nenhuma dessas coisas sejam um *fait accompli*.”

4. *A questão do risco*

O dispositivo seguinte da Resolução n.º 1 enfrenta o problema do risco: probabilidade de que o indivíduo sofra algum dano como consequência imediata ou tardia do estudo, classificando as pesquisas em três categorias:

I — pesquisa sem riscos: estudos que empregam técnicas e métodos retrospectivos de pesquisa e aqueles em que não se realiza nenhuma intervenção ou modificação intencional nas variáveis fisiológicas e sociais dos indivíduos que participam no estudo, entre os quais se consideram: questionários, entrevistas, revisão de prontuários clínicos e outros, nos quais não se identifique nem seja invasivo à intimidade do indivíduo;

II — pesquisa com risco mínimo: estudos prospectivos que empreguem o registro de dados através de procedimentos comuns em exames físicos ou psicológicos de diagnósticos ou tratamento rotineiros, entre os quais se consideram: pesar o indivíduo, audiometria, eletrocardiograma, termografia, coleção de excretas e secreções externas, obtenção de placenta durante o parto, coleção de líquido amniótico ao romper-se a membrana da bolsa amniótica, obtenção de saliva, dentes deciduais e dentes permanentes extraídos por indicação terapêutica, placa bacteriana dental e cálculos removidos por procedimentos profiláticos não evasivos, corte de cabelo e unhas sem causar desfiguramento,

extração de sangue por punção venosa em adultos em bom estado de saúde, com frequência máxima de duas vezes por semana e volume máximo de 450ml em dois meses, exceto durante a gravidez, exercício moderado em voluntários sãos, provas psicológicas a indivíduos ou grupos nos quais não se manipulará a conduta do indivíduo, pesquisa com medicamentos de uso comum, com ampla margem terapêutica e autorizados para sua venda, empregando-se as indicações, doses e vias de administração estabelecidas e que não sejam os medicamentos de pesquisa que se definem no artigo 50 deste regulamento entre outros; e

III — pesquisa com risco maior que o mínimo: são aquelas em que as probabilidades de afetar o indivíduo são significativas, entre as quais se consideram: estudos radiológicos e com microondas, pesquisas com medicamentos e modalidades que se definem no artigo 50 do Regulamento, pesquisa com novos dispositivos, estudos que incluem procedimentos cirúrgicos, extração de sangue maior que 2% do volume circulante em recém-nascido, punção liquiórica, amniocentese e outras técnicas ou procedimentos invasivos e o uso de placebo, entre outros.

Art. 8 — O pesquisador principal suspenderá a pesquisa imediatamente ao perceber algum risco ou dano à saúde do indivíduo em que se realiza a pesquisa. Do mesmo modo, será suspensa de imediato quando o indivíduo objeto da pesquisa assim o desejar.

Art. 9 — É responsabilidade da instituição de atenção à saúde proporcionar assistência médica ao indivíduo que sofra algum dano, se este estiver relacionado diretamente com a pesquisa, sem prejuízo da indenização que lhe corresponda.

Art. 10 — Entende-se por consentimento pós-informação o acordo por escrito mediante o qual o indivíduo objeto da pesquisa ou, se for o caso, seu representante legal, autoriza sua participação na pesquisa, com pleno conhecimento da natureza dos procedimentos e riscos a que se submeterá, com a capacidade de livre arbítrio e sem qualquer coação.

Para que o Consentimento Pós-Informação se considere existente, o indivíduo objeto da pesquisa, ou se for o caso seu representante legal, deverá receber uma explicação clara e completa, de tal forma que possa compreendê-la, pelo menos, sobre os onze aspectos que o art. 11 menudeia:

I — a justificativa e os objetivos da pesquisa;

II — os procedimentos que serão utilizados e seu propósito, incluindo a identificação dos procedimentos que são experimentais;

III — os desconfortos ou riscos esperados;

IV — os benefícios que se pode obter;

V — os procedimentos alternativos que possam ser vantajosos para o indivíduo;

VI — a garantia de receber resposta a qualquer pergunta ou esclarecimento a qualquer dúvida acerca dos procedimentos, riscos, benefícios e outros assuntos relacionados com a pesquisa e o tratamento do indivíduo;

VII — a liberdade de retirar seu consentimento a qualquer momento e deixar de participar no estudo, sem que isto traga prejuízo à continuação do seu cuidado e tratamento;

VIII — a segurança de que não se identificará o indivíduo e que se manterá o caráter confidencial da informação relacionada com a sua privacidade;

IX — o compromisso de proporcionar informação atualizada obtida durante o estudo, ainda que esta possa afetar a vontade do indivíduo em continuar participando;

X — a disponibilidade de tratamento médico e a indenização a que legalmente teria direito, por parte da instituição de atenção à saúde, em caso de danos que a justifiquem, diretamente causados pela pesquisa; e

XI — que se existirem gastos adicionais, estes serão absorvidos pelo orçamento da pesquisa.

Art. 12 — O Consentimento Pós-Informação deverá formular-se por escrito e deverá reunir os seguintes requisitos:

I — ser elaborado pelo pesquisador principal, indicando a informação assinalada no artigo anterior;

II — ser revisado e aprovado pelo Comitê de Ética da instituição de atenção à saúde;

III — ser assinado pelo indivíduo objeto da pesquisa ou seu representante legal. Se o indivíduo da pesquisa não souber assinar, imprimirá sua impressão digital;

IV — o documento será assinado em duas vias, ficando uma via em poder do indivíduo ou de seu representante legal.

Art. 13 — Em caso de pesquisa com risco mínimo, o Comitê de Ética, por razões justificadas, poderá autorizar que o Consentimento Pós-Informação se obtenha sem formular-se por

escrito e, tratando-se de pesquisa sem risco, poderá dispensar o pesquisador da obtenção do Consentimento Pós-Infirmação.

Art. 14 — Se existir algum tipo de dependência, ascendência ou subordinação do indivíduo objeto da pesquisa, que o impeça de outorgar livremente seu consentimento, este deve ser obtido por outro membro da equipe de pesquisa, completamente independente da relação pesquisador-indivíduo.

Art. 15 — Quando se presume que a capacidade mental do indivíduo possa variar ao longo da pesquisa, o Consentimento Pós-Infirmação deve ser reavaliado pelo Comitê de Ética da instituição responsável pela pesquisa.

Art. 16 — Quando um paciente psiquiátrico está internado em uma instituição por ser objeto de uma ação judicial, além de se cumprir com o assinalado nos artigos anteriores, será necessário obter a aprovação prévia da autoridade que conheça o caso.

5. *Pesquisa de novos recursos profiláticos. Diagnósticos terapêuticos e de reabilitação*

Para a realização dessas pesquisas exige o art. 17, já no Cap. III, a aprovação do Comitê de Ética da instituição de atenção à saúde devidamente credenciada pelo Conselho Nacional de Saúde.

Art. 18 — O credenciamento das instituições deverá ser ao mesmo requerido mediante apresentação de documentação que demonstra estar a instituição preparada para o desenvolvimento das pesquisas a que se propõe.

Considera o art. 19 naturalmente credenciados os serviços com pós-graduação aprovada pelo Ministério da Educação, independentemente pois daquele requerimento, desde que estejam classificados com grau A pela CAPES/Ministério da Educação.

A documentação que a instituição responsável pela pesquisa deve manter em arquivo de fácil acesso está especificada no art. 20:

1. Protocolo experimental contendo:

Título curto, descritivo, mencionando as substâncias pesquisadas.

Nome completo, filiação e assinatura do pesquisador principal, do pesquisador responsável pelo centro, em casos de estudos em mais de um centro, e do monitor do estudo, quando aplicável.

Resumo contendo o objetivo, a caracterização do estudo (comparativo ou não, cego ou não, grupos paralelos ou cruzados, etc.), duração total do estudo e período individual de observação, número de pacientes, dose e modo de administração das substâncias utilizadas no estudo, critérios de inclusão, e de exclusão, métodos de avaliação da eficácia e da segurança.

Descrição das características das substâncias utilizadas e informações sobre as fases anteriores de pesquisa.

Caracterização do estudo quanto a fase; o método de alocação para o tratamento (sequencial, alternado, aleatório, estratificado, etc.); aberto ou cego e, se cego, de que forma (simples, duplo ou duplo placebo, etc.); uso ou não de placebo e justificação dos produtos ativos de comparação; utilização de pacientes ambulatoriais ou internados.

Duração total do estudo e previsão da disponibilidade de relatório final. Duração de período de pesquisa de cada paciente, justificando este período.

Número de pacientes, informando o número total e sua distribuição por centro, caso seja multicêntrico, estabelecendo um número mínimo de pacientes por centro.

Posologia e modo de administração das substâncias em pesquisa incluindo via da administração, duração do tratamento, horário e relação com refeições, informações sobre tratamentos concomitantes ou adicionais.

Crítérios detalhados de inclusão e exclusão, definindo os termos empregados ou fazendo referência a classificações internacionalmente aceitas.

Caracterização das substâncias e/ou drogas a utilizar, com quantificação e referência à sua origem e necessidade ou não de importação. Descrição das embalagens nos diz respeito a quantidade e rótulos.

Descrição dos métodos a serem aplicados, incluindo a avaliação da eficácia e da tolerabilidade. Caracterização cronológica e metodológica das determinações laboratoriais e outros recursos de propriedade armada.

Descrição de como serão analisados os resultados obtidos.

Conduta prevista nas experiências adversas e emergenciais.

Considerações éticas e administrativas pertinentes.

Referência ao caráter confidencial dos dados, quando for o caso, e condições de divulgação dos resultados.

Referências bibliográficas.

2. Fichas de observação individual.
3. Carta de aprovação do Comitê de Ética da instituição de atenção à saúde (incluindo aprovação do Termo de Consentimento de Pós-Informação).
4. Modelo do Termo de Consentimento de Participação específica para o estudo.
5. *Curriculum vitae* do pesquisador principal e dos responsáveis pelo centro de pesquisa em estudo multicêntrico.
6. Características de instituição responsável pelo desenvolvimento do estudo.

Artigo 21 — Os indivíduos deverão ser ressarcidos das despesas decorrentes de sua participação na pesquisa e poderão ser indenizados na proporção do tempo dispendido. A importância da indenização não poderá ser de tal monta a interferir com a autonomia de decisão do indivíduo ou responsável.

Qualquer forma de remuneração não deve gerar conflitos de interesse de pesquisadores, estando, nestes casos, condicionados à avaliação do Comitê de Ética da instituição de atenção à saúde.

Artigo 22 — O Comitê de Ética da instituição de atenção à saúde deve ser informado de todas as experiências adversas ou fatos relevantes que alterem o curso normal do estudo. Deverá também enviar à Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos o protocolo inicial, relato de eventuais efeitos adversos e o relatório final da pesquisa, quando se tratar de procedimentos novos, de acordo com o Capítulo III.

Artigo 23 — O Conselho Nacional de Saúde é o órgão máximo de recurso nos casos de rejeição ou modificação de projetos de pesquisa, que não possam ser decididos no âmbito da própria instituição de atenção à saúde ou, ainda, nos casos de denúncia por parte de órgãos públicos ou privados.

6. *Pesquisa em menores de idade (idade inferior a 18 anos completos) e em indivíduos sem condições de dar conscientemente seu consentimento em participar (Capítulo IV da Resolução n.º 1/88)*

Para pesquisas com esses indivíduos exige o art. 30 o consentimento de participação, nos moldes dos artigos 11 e 12.

“Art. 24 — Pesquisas em menores de idade ter especial atenção para toxicidade relativa a mecanismos metabólicos e fisiológicos imaturos, sendo necessariamente precedido por estudos pré-clínicos em animais imaturos.”

Decisão dramática relativa a indivíduo sem condições de dar conscientemente seu consentimento foi a que teve de tomar — segundo noticiava a *Folha de S. Paulo* de 23-9-1981 —, o Juiz de Direito da 2.^a Vara de Assis, comarca do interior do Estado, IRINEU ANTÔNIO PEDROTI, ao julgar improcedente a ação requerida por Edna Colesi de Carvalho. Não autorizou a cirurgia por ela pretendida, consistente em retirar um rim do filho incapaz e interdito, Roniran Colesi de Carvalho, para transplante em Sebastião Guaraci de Carvalho, marido da requerente e pai do paciente.

Não se deixou assim pressionar o magistrado pelo argumento de que o paciente, internado em hospital, corria sério risco, com insuficiência renal grave, não aceitando a alegação de que o filho excepcional havia manifestado o desejo de realizar a doação.

“Roniran” — frisou a sentença — “nasceu marcado pelo dedo de Deus para a vida e tirar-lhe um órgão seria o mesmo que tirar-lhe a luz da vida,”

não se mostrando convencido pelas declarações dos demais filhos de Edna Colesi sobre a impossibilidade deles próprios fazerem a doação.

O pedido não podia ser acolhido por colocar em risco a vida do incapaz e ser ilegal ao infringir disposições legais que admitem transplantes apenas em pessoas capazes e maiores.

Pesquisas nos indivíduos de que trata nesse capítulo, exige o art. 25, tenham consentimento escrito de participação aprovado pelo Comitê de Ética da instituição de atenção à saúde e assinado pelo responsável legal.

Quando existirem condições de compreensão deve-se também obter o consentimento de participação dos indivíduos além daquele previsto no art. 18.

Artigo 27 — As pesquisas qualificadas como pesquisas de risco e com possibilidade de benefício direto para o indivíduo serão admissíveis nos termos do art. 27 quando:

O risco se justifique pela importância do benefício esperado;

O benefício seja maior ou igual a outras alternativas já estabelecidas para diagnóstico e tratamento.

As pesquisas qualificadas como pesquisas de risco e sem benefício direto ao indivíduo serão admissíveis com as seguintes considerações:

1. Quando o risco for mínimo:

a. o procedimento experimental deve ser razoável, com condições de ser bem suportado pelo indivíduo, considerando sua situação médica, psicológica, social, educacional; e

b. o procedimento experimental deve ter elevada possibilidade de gerar compreensão do processo a que se destina, com possibilidade de melhoria para outros indivíduos.

2. Quando o risco for maior que o mínimo:

a. a pesquisa deve oferecer elevada possibilidade de gerar conhecimento para entender, prevenir ou avaliar um problema grave que afete o bem-estar dos indivíduos de experimentação; e

b. o Comitê de Ética deverá definir e estabelecer uma supervisão estrita da pesquisa para determinar a conduta em caso de aumento dos riscos previstos ou surgimento de situações inesperadas, que requeiram até a interrupção do estudo (art. 28).

7. *Pesquisa em mulheres em idade fértil, mulheres grávidas, pesquisa em conceptos, pesquisa durante o trabalho de parto, no puerpério e na lactação. Pesquisa em óbito fetal (Capítulo V)*

Artigo 29 — Além dos requisitos éticos genéricos para pesquisa em seres humanos, as pesquisas em indivíduos abrangidos por este capítulo conforme dez definições que especifica, de mulheres em idade fértil, gravidez, embrião, feto, óbito fetal, nascimento vivo, nascimento morto, trabalho de parto, puerpério e lactação.

Artigo 31. Em pesquisa com mulheres férteis, qualificadas como de risco maior que o mínimo, deve-se tomar medidas para:

1. Assegurar que as mulheres não estejam grávidas;
2. Orientá-las para que venham a engravidar durante a pesquisa.

Art. 32 — As pesquisas em mulheres grávidas devem, sempre que possível, ser procedidas de pesquisas em mulheres não grávidas, exceto quando gravidez por objeto fundamental de pesquisa.

Art. 33 — As pesquisas em mulheres grávidas sem benefício terapêutico para as mesmas, objetivando gerar conhecimento, não deverão ter risco maior que o mínimo para a mulher, o embrião ou o feto.

Art. 34 — As pesquisas em mulheres grávidas que requeiram um procedimento experimental não relacionado à gravidez, mas com benefício terapêutico para a mulher (por exemplo: toxemia gravídica, diabetes, hipertensão, neoplasias, etc.), não de-

verão expor o embrião ou o feto a um risco maior que o mínimo, exceto quando o procedimento possa salvar a vida da mulher.

Art. 35 — As pesquisas em mulheres grávidas com benefício terapêutico relacionado com a gravidez serão permitidas quando:

1. Objetivarem melhora à saúde da grávida com um risco mínimo para o embrião ou o feto; ou

2. Objetivarem aumentar a viabilidade do feto com o risco mínimo para a grávida.

Art. 36 — Em pesquisas com mulheres grávidas, os pesquisadores não poderão decidir o momento e o tipo de parto adequados à grávida. Todas as decisões assistenciais quanto à grávida e quanto à viabilidade do feto deverão ser submetidas, antecipadamente, sempre que possível, ao Comitê de Ética.

Art. 37 — O consentimento de participação para pesquisas durante o trabalho de parto deve ser obtido antes que o mesmo se inicie, e ênfase especial deve ser dada a que consentimento pode ser retirado a qualquer momento durante o trabalho de parto.

Art. 38 — As pesquisas durante o puerpério serão permitidas desde que não interfiram com a saúde da mãe e do recém-nascido.

Art. 39 — As pesquisas durante a lactação serão autorizadas quando não haja risco para lactante ou quando haja impossibilidade de amamentação.

Nos casos de rescisão voluntária, de não iniciar ou de interromper o aleitamento, termo de consentimento deve conter claramente explicação sobre a conveniência do aleitamento materno.

8. *Pesquisas em embriões e fetos*

O art. 29 da Resolução CNS n.º 1/88 define embrião como produto da concepção desde a concepção do óvulo até o final da décima-segunda semana de gestação.

O problema fundamental é saber se o embrião é “coisa”, ou conjunto de tecidos humanos, ou “ser humano”, questão fundamental também na questão do direito ao aborto.

Tivemos oportunidade, em *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1986, pág. 32, de nos referir ao primeiro caso

de demanda surgido nos EUA, em 1983, relativo ao nascimento de uma criança "de proveta", por ter nascido mongolóide, recusada, sob invocação de análise de tipos sanguíneos, pelo "encomendante" da gravidez e fornecedor do sêmen.

Controvérsia maior foi no entanto objeto de decisão no dia 21-9-1989 pelo juiz DELE YOUNG, de Maryville, Tennessee, que a considerou a mais difícil de sua vida, ao outorgar a Mary Sue Davis — 28 anos, divorciada desde o início do ano de Junior Lewis Davis, 30 anos — a custódia dos sete óvulos fertilizados artificialmente quando ainda eram casados. De acordo com o juiz, os embriões congelados devem ser considerados seres humanos e não propriedade de alguém. "A vida começa no momento da concepção. O casamento dos Davis produziu seres humanos, em proveta, que poderão agora se transformar em filhos".

Mary, que não tem filhos, argumentou que os óvulos fertilizados em laboratório são "vida humana" e podem representar sua última oportunidade de ter um filho, depois de cinco gestações frustradas e três tentativas sem êxito de conseguir uma fertilização "in vitro".

Numa sentença de 57 páginas, YOUNG afirma que "as orientações pelas quais a Sociedade Americana de Fertilidade procura regulamentar os procedimentos médicos no processo de fertilização artificial não podem ser impostas à Corte".

Os embriões estão congelados em nitrogênio, no Centro de Fertilidade do Tennessee, em Knoxville. Mary disse ao juiz que se não puder ter seus próprios filhos não poderá doar os embriões para outro casal, caso a mulher também não consiga engravidar por meios naturais. Segundo ela, essa possibilidade é melhor do que deixá-los ser destruídos.

"Não estou certo de que a medida possa basear-se estritamente no direito à vida", comentou no dia seguinte John Robertson, professor de Ética da Universidade do Texas. "Não há precedentes nos casos de Direito ou de Ética que sirvam de base para negar que um embrião é um ser humano, e por isso temos obrigação de deixá-lo nascer." De acordo com o professor, pode-se até discutir se o processo de fertilização "in vitro" é legal, "já que os embriões podem ser afetados e até tornados inviáveis durante o processo".

Robertson não está entusiasmado com a sentença do juiz YOUNG. "Penso que há uma boa chance de que ela não prevaleça na justiça estadual e muito menos na Suprema Corte. Ela contraria todos os preceitos legais adotados até agora", diz. O professor George Annas, da Universidade de Boston, faz coro com Robertson: "Foi uma decisão bizarra, que se deveu mais a motivos

políticos que jurídicos. O juiz decidiu o que as pessoas do Tennessee queriam”.

Para reforçar sua argumentação, YOUNG disse que os embriões não sobrevivem mais de dois anos congelados e, portanto, não aceitava o pedido de Junior Davis, o ex-marido de Mary Sue, de mantê-los indefinidamente nesse estado. Especialistas garantiram que Mary tem apenas 10% de chance de levar adiante a gravidez com algum dos embriões congelados.”

As questões neste setor estão destinadas a multiplicar-se.

Não noticiava a imprensa do dia 9-3-1990 que nos EUA uma senhora, que se havia engravidado com o sêmen do marido pré-morto, ambos brancos, guardado num banco de esperma, deu à luz uma criança negra?

Moveu ao estabelecimento uma ação exigindo ressarcimento de milhões de dólares que certamente não repararão os sofrimentos morais dela e do filho, mas que irão contribuir, como ela mesma adverte, para que casos semelhantes não se repitam.

O médico psiquiatra ROBIN MURRAY, diretor do Instituto de Psiquiatria da Universidade de Londres, declarou, em São Paulo, onde esteve para palestras sobre genética e doenças nervosas, no dia 13-4-1989, que mais de 50% dos casos de esquizofrenia são causados por defeitos genéticos:

“Estudamos 200 casos, inclusive gêmeos, nos quais uma pessoa era esquizofrênica, e outra normal, e constatamos que a anormalidade estava relacionada com defeitos dos genes, localizados no braço menor do cromossomo cinco, explica Murray. O gene defeituoso produziria uma proteína errada, que agiria, segundo os pesquisadores, no lóbulo temporal da base do cérebro, onde ocorre o distúrbio. Semelhante a um curto-circuito numa rede de instalação elétrica, as células nervosas são levadas a decodificar erroneamente as mensagens transmitidas ao cérebro pelo meio ambiente, após receber a carga de uma proteína fabricada pelo gene defeituoso.

Um barulho de carro passando na rua, por exemplo, é interpretado pelas células nervosas do esquizofrênico como gritos de alguém que insulta o doente. O esquizofrênico passa a reagir ao estímulo externo de forma desequilibrada.

“Quando pudermos isolar essa proteína, vamos ter chance de produzir outra substância que a anule, evitando os casos de esquisofrenia”.

Outros pesquisadores, no entanto, acreditam que mais genes, além do situado no cromossomo 5, tenham culpa pela doença. Ela estaria também

associada aos genes que regulam a produção ou absorção de um neurotransmissor chamado dopamina.

Feto — define a mesma resolução — é “produto da concepção desde o início da trigésima semana de gestação até à expulsão ou extração”.

É óbito fetal, a morte do feto no útero.

“Uma das áreas que mais deverá crescer e se conhecer no próximo século é a da medicina fetal, aliando informática com experiência médica”, afirmou Vera Moreira, de OESP, 18-1-1990, pág. 4, ao doutor Wladimir Corrêa Taborda, obstetra com especialização em hipertensão da Escola Paulista de Medicina.

Ao contrário do que ocorria há alguns anos, quando os problemas da criança só podiam ser tratados pós-nascimento, atualmente, já a partir do segundo mês, diagnosticam-se problemas genéticos e, aos quatro meses, é possível conferir se o bebê está com todos os membros perfeitos. São muitos os problemas que já podem ser detectados, como mongolismo, tumores, anencefalia, má formação congênita etc. Além de se saber com antecedência o sexo e o grau de maturidade do bebê, para o caso de antecipação do nascimento. Tudo isso é feito a partir de mostras de sangue, placenta e líquido amniótico.

Até cirurgias plásticas podem ser realizadas em fetos no quinto mês de gravidez, no útero materno. Pelo menos as corretivas para lábio leporino, ao que informou no dia 19-2-1990 o cirurgião plástico mexicano FERNANDO ORTIZ MONASTERIO, durante o 10.º Simpósio Internacional de Cirurgia Craniofacial, em São Paulo, com a vantagem de não deixar cicatrizes na criança, e sem riscos para a mãe e o bebê.

A técnica consiste em localizar, através de ultra-sonografia, a posição da cabeça do feto. Em seguida, é feito um pequeno corte no abdômen para atingir a bolsa amniótica e o rosto do bebê. Uma microincisão, logo depois suturada, é realizada em seu lábio com a ajuda de uma lupa. Esse procedimento demonstrou sua eficiência em 37 experiências cirúrgicas, pois, ao nascer, as cobaias não apresentaram nenhum sinal de cicatriz.

Exames de ultra-sonografia mais apurados são capazes de detectar o defeito, sem margem de erro, a partir do quarto mês de gravidez. Em uma família sem antecedentes, a possibilidade de uma criança ter lábio leporino é de uma em 800 nascimentos. Quando o pai ou a mãe apresenta o problema, essa perspectiva amplia-se dez vezes.

O Conselho Deliberativo do Hospital das Clínicas de São Paulo autorizou, em meados de novembro de 1989 — segundo notícia OESP de 28-11-1989, pág. 15 —, a realização pela primeira vez no Brasil de um transplante de substância negra do cérebro, que poderá curar um caso de mal de Parkinson do tipo catatônico.

A autorização foi dada após vários meses de discussão e depois que a Comissão de Ética do HC e também o diretor clínico da instituição, professor Antranik Manissadjian, aprovaram em separado a intervenção cirúrgica.

A equipe autorizada a realizar o transplante, já feito experimentalmente nos Estados Unidos, é dirigida pelo neurologista Raul Marino e a decisão foi demorada porque no caso específico da substância negra, o doador deve ser necessariamente um feto humano de pelo menos cinco meses. A proposta é o uso, como doador, de um feto absolutamente inviável, isto é, que não tenha qualquer possibilidade de sobreviver até o final da gestação.

Até hoje, os cientistas ignoram porque o cérebro deixa de produzir a dopamina, mas já se comprovou em experiência que transplante da substância negra retirada do cérebro de um feto devolve ao doente a capacidade de produzir o neurotransmissor. A dopamina transmite, e às vezes modula, os impulsos involuntários do corpo e sua ausência provoca descontrole muscular.

Admite o art. 40 da aludida Resolução n.º 1 sejam objeto de pesquisa os fetos apenas quando o procedimento experimental assegure máxima segurança para gravidez, o feto e a grávida.

Parece estar assim superada a fase que foi qualificada de *regulatória*, em que a preocupação se voltava mais para os problemas médicos e legislativos do que para aliviar a sorte dos pacientes.

Noticiava-se aos 27-6-1989 que o primeiro instituto de bioética fundado nos Estados Unidos há duas décadas na reunião que realizara em Manhattan para fazer uma avaliação das conquistas feitas nesse período, muita coisa mudou desde 1970, quando as convicções éticas baseavam em critérios emocionais e não podiam ser analisadas racionalmente. Agora, argumentam os fundadores do instituto, filósofos, teólogos e cientistas sentem que as descobertas básicas sobre genética, o cérebro e outros assuntos trouxeram uma revolução capaz de reformular a existência humana.

O transplante em fetos também teve que vencer resistências: na década dos 70, vários pais tentaram salvar a vida de filhos que nasciam com falhas imunológicas, encerrando-os em bolhas plásticas esterilizadas, onde ficavam a salvo de agentes infecciosos. O mais famoso deles, David, viveu no Texas, Estados Unidos, uma curta existência à espera de que a medicina descobrisse um remédio para sua doença. O médico French Anderson, diretor do laboratório de hematologia molecular de Bethesda, chegou a pedir licença às autoridades para fazer um transplante de células brancas modificadas em crianças como David, mas a permissão foi negada. Não era um implante comum.

Em junho de 1988 foi realizada em segredo uma operação revelada somente meses mais tarde pela revista inglesa *Lancet* e transcrita pelo OESP de 1.º-4-1989, pág. 11:

“Uma equipe médica do Hospital Edouard-Herriot, em Lyon, França, transplantou células de dois fetos mortos em abortos naturais para um terceiro com apenas 28 semanas ainda no útero da mãe. As células “adotadas” se transformaram em órgãos saudáveis.

O garoto, que nasceu normalmente em agosto, identificado apenas pelo nome de David, ainda vai ficar alguns meses numa bolha de vidro, isolado, até que seu sistema imunológico transplantado tenha se desenvolvido completamente, o que vai demorar pouco.

Os médicos acham que David poderá passar seu primeiro aniversário ao ar livre, como toda criança. Ele vai ter mais sorte que seu homônimo que ficou famoso na década passada como o “menino da bolha”, que tinha a mesma doença e morreu recentemente.”

A técnica, desenvolvida pelo médico Jean Louis Touraine, é revolucionária. Em vez de transplantar órgãos já formados, como é rotina nos hospitais de todo mundo, injeta células do fígado e do timo diretamente na circulação do embrião, através do cordão umbilical. Como o feto está em formação, na 28.ª semana, as células ainda estão migrando. Indiferenciadas, elas procuram o lugar onde vão se especializar, transformando-se em órgãos.

As células doadas, portanto, misturaram-se com as do embrião, migraram para o fígado e timo e foram incorporadas na formação desses órgãos.

“Agora, elas estão aprendendo a diferenciar o que é o organismo que as recebeu dos agentes invasores, que devem ser combatidos”, explica Jorge Elias. Quando essas células “adotadas” se reproduzem, passam a produzir linfócitos perfeitos, já educados para reconhecer e combater infecções.

Touraine injetou no feto apenas 7mm³ de células saudáveis, mas essa quantidade é suficiente para o garoto David ter formado um sistema imunológico funcional. Até agora não foi notado o menor sinal de rejeição dessas células, o que indica que elas foram plenamente aceitas pelo organismo. Evita-se, dessa forma, a mais grave seqüela das operações de transplante em adultos, que têm de continuar tomando drogas anti-rejeição até o fim da vida.”

O puro transplante de células provenientes de fetos e que são destinadas a recolonizar um órgão destruído, para neles injetar uma substância de que

está carente seria — de acordo com os especialistas do Instituto Nacional da Saúde e da Pesquisa Médica da França — o setor mais sofisticado da reconstrução humana, principalmente no que se refere ao cérebro, à medula espinhal, aos músculos e ao tratamento de deficiências imunológicas congênitas.

Os pesquisadores prevêem diferentes transplantes, que permitam a pessoas paralisadas após uma importante lesão de medula espinhal recuperar muitas funções originais. “Observamos que as funções, aparentemente desaparecidas nas células nervosas adultas, reaparecem com o contato de células embrionárias”, afirma Alain Privat, diretor de pesquisa do Inserm de Montpellier.

O editor do Harper's Magazine, LEWIS H. LAPHAM, assistido por NANCY NEVELOFF DUBLER, diretora de assuntos legais e éticos no Centro Médico Montefiore na cidade de Nova Iorque, reuniu num simpósio: *A Ética e o Embrião*, Thomas H. Murray, diretor do Center for Bioethics da Escola de Medicina da Universidade Case Western Reserver, em Cleveland, Ohio; Jeremy Reserve, em Cleveland, Ohio; Jeremi Rifkin, presidente da Foundation on Economic Trends em Washington, D. C.; Lee Salk, professor de psicologia no Centro Médico da Universidade Cornell e de desenvolvimento infantil na Universidade Brown, para discutir três assuntos: implante de cérebros de fetos, determinação do sexo antes da concepção e engenharia genética.

Seus resultados foram publicados na edição de setembro de 1987 daquela revista, e transcritos, com a devida autorização, por *Diálogo*, editada pelo Consulado-Geral dos EUA do Rio, n.º 4, 21, 1988, págs. 57-63.

À indagação de LAPHAM, se a descoberta da técnica de transplante do tecido fetal para reverter a doença de Alzheimer levantará problemas com o seu uso generalizado, DUBLER respondeu que tudo depende das restrições aplicadas, das suposições sobre o feto e do contexto. O feto merece respeito. Portanto, o princípio exigiria que nada de degradante ou repugnante fosse feito com ele.

Suponhamos que uma mulher opte por um aborto e que o feto removido tenha tecido cerebral capaz de ser efetivamente transplantado. Se a mãe não fizer objeção, ele poderá ser usado. É indispensável a exigência preliminar de que o assunto não seja tratado em termos comerciais. A mulher não deve obter lucro com o procedimento. A questão do lucro para o médico é ligeiramente mais complicada.

RIFKLIN observou que sempre que a ética de uma nova tecnologia entra em debate, é geralmente muito tarde para lhe mudar o curso, porque a tecnologia já está oculta no mercado. A comunidade religiosa, os filósofos sociais e os estudiosos da ética — para seu desgosto — não tiveram oportunidade de opinar, na hora da tomada de decisões, sobre essas tecnologias.

As pesquisas com produtos de aborto e natimortos deverão — nos termos do art. 43 da Resolução CNS n.º 1/88 — obedecer regulamentação específica.

Uma nova técnica para transplante de medula óssea, utilizando o sangue do cordão umbilical de uma criança recém-nascida foi apresentada, segundo se noticiou aos 20-1-1990, na Universidade do Arizona por EDWARD BOYCE, e teria salvo, em Paris, a vida de um menino que sofria de anemia de Fanconi.

A medula do paciente é destruída com radiação e substituída pelas células precursoras (que produzem glóbulos brancos, vermelhos e plaquetas) do sangue contido no cordão umbilical. Essa substituição é realizada da mesma forma que em um transplante tradicional, através de uma transfusão da veia. O sangue — mantido congelado até o transplante — pertencia ao cordão umbilical da irmã do paciente, o que garantiu a compatibilidade genética e evitou a rejeição.

Explica o Prof. JORGE KALIL, imunologista da USP, consistir a grande novidade da técnica na comprovação de que no sangue do cordão umbilical estão presentes as células precursoras, que nos adultos ficam concentradas na medula óssea. “Quando essas células penetram na corrente sanguínea do paciente, vão se alojar automaticamente na medula óssea e, de lá, fabricar novas células e refazer o seu sistema imunológico”.

9. *Pesquisas em recém-nascidos*

“Os recém-nascidos” — dispõe o art. 41 da Resolução CNS n.º 1/88 — “não serão objeto de pesquisa até que se tenha certeza de que estejam vivos, salvo quando procedimento experimental possa inequivocamente aumentar sua possibilidade de sobrevivência”. Os estudos em recém-nascidos são permitidos quando não geram nenhum risco e objetivam gerar conhecimento generalizável importante, que não possa ser obtido de outra forma.

“Art. 42 — Os nascidos vivos poderão ser objeto de pesquisa, desde que cumpridos os dispositivos para pesquisa com menores de idade.”

O exemplar de 1.º-4-1989 do OESP, pág. 11, refere-se à tentativa do médico STEVEN ROSEMBERG de realizar um implante genético: fazer alterações em glóbulos brancos de pacientes com menos de 90 dias de vida, para tentar descobrir por que essas células falham no combate à doença. A experiência não é curativa: visa a aperfeiçoar as técnicas de diagnóstico — mas, mesmo assim, encontra forte resistência.

As autoridades americanas nada têm contra a tentativa, que é inócua e altamente controlada, mas temem com isso abrir uma porta e criar um

precedente que resulte numa enxurrada de experiências sem controle, que coloque nas mãos de cientistas inescrupulosos as chaves de manipulação dos mais íntimos segredos da gênese humana.

E no de 13 do mesmo mês, pág. 16, informa SÉRGIO ADEODATO, do Rio de Janeiro, que as técnicas para a reconstituição do crânio e face de crianças que nascem com imperfeições haviam sido discutidas na véspera, durante o curso internacional de neurocirurgia pediátrica realizada no Colégio Brasileiro de Cirurgias.

Uma nova técnica que utiliza raio *lazer* e uma serra milimétrica de alta velocidade de oscilação, numa operação que exige a presença de pelo menos sete especialistas e dura entre cinco e dez horas, é feita na maioria dos casos no primeiro dia de vida da criança, que costuma receber alta no dia seguinte.

10. *Pesquisa em indivíduos com presumível restrição e espontaneidade no consentimento (Capítulo VI)*

Art. 44 — Fazem parte do grupo de indivíduos, de que trata este capítulo, os estudantes, empregados de hospitais e laboratórios militares, reclusos ou internos em centros de readaptação social e todos os indivíduos cujo consentimento de participação possa ser influenciado por alguma autoridade.

Art. 45 — Quando realizarem pesquisas com esses indivíduos, o Comitê de Ética deverá ter um membro capaz de expressar seus interesses específicos, conhecendo seus valores sociais, culturais e morais.

Art. 46 — Deve ser assegurado direito de recusa em participação sem que isso prejudique as relações trabalhistas, escolares, militares, etc., do indivíduo.

Art. 47 — Deve ser assegurado que as informações obtidas na pesquisa não sejam utilizadas em prejuízo dos indivíduos.

11. *Pesquisa em órgãos, tecidos e seus derivados, cadáveres e parte de seres humanos (Capítulo VII)*

Art. 48 — A investigação a que se refere este capítulo compreende a que se inclui a utilização de órgãos, tecidos e seus derivados, produtos e cadáver de seres humanos, assim como o conjunto de atividades relativas à sua obtenção, conservação e utilização, preparação e destino final.

Art. 49 — Deve ser observada a regulamentação específica sobre a matéria.

Prolegómenos para la reflexión penal-criminológica sobre el derecho a culminar la vida con dignidad (la eutanasia) (*)

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho Penal, Facultad de
Derecho, San Sebastian

1. *Planteamiento general*

Constantemente, a través de la Historia, la religión-moral se encuentra cuestionada por la ciencia en su imparable desarrollo: primero se interfieren las ciencias naturales (astronomía, Galileo), después las ciencias del hombre (psicología, antropología, la libertad), después las ciencias de la dialéctica, de la historia (economía política, marxismo), hoy la nueva medicina y sus derivadas.

En estas páginas se habla de temas diversos, aparentemente inconexos, pero en realidad son ramas y raíces de un tronco central, ramas y raíces cuyo estudio interdisciplinar (quizás asistemático) resulta esclarecedor para

(*) Las siguientes páginas han aparecido en el libro publicado en la Universidad de Santiago de Compostela (1989), en memoria del Profesor Agustín Fernández Albr.

la solución de algunos problemas concretos o al menos para establecer perspectivas nuevas exigidas por problemas hasta hoy desconocidos.

El tema *el derecho a culminar la vida con dignidad* conlleva una serie de visiones éticas, antropológicas, sociales, médicas, jurídicas, económicas, criminológicas, etc., "que necesariamente se complementan" y, como es lógico, deben estudiarse holísticamente.

El catedrático de Valladolid, Angel Torío, en su análisis sobre la eutanasia pasiva concluye atinadamente que el acto médico *sub iudice* "debe ser objeto de consideración de acuerdo con el criterio técnico científico, pero también deontológico de la ciencia médica. Es la *lex artis*, ética y científicamente configurada, la que en último término proporciona aquí la base de la apreciación jurídica del problema. La cuestión se resuelve según la norma de cultura, a cuya luz es preciso poner toda cuestión jurídico penal controvertible. En la eutanasia pasiva el deber de actuación médica es objeto de conformación con arreglo a pautas, científicas y deontológicas" (1).

Como paso previo para esta consideración global parece oportuno formular algunos presupuestos anticipados, generales, que enmarquen posteriores reflexiones sobre cada punto concreto, con miras a publicaciones futuras.

También J. Fuchs pide en estos problemas una consideración básica general humanística, "Es geht um eine *gesammenschliche* Reflexion" (2).

Múltiples cuestiones en torno a la muerte, a la eutanasia y a otros problemas de la ética médica (clonación, partición de embriones, aborto, partenogénesis, hibridación, manipulación genética o cromosómica, fecundación "in vitro", etc.) exigen una discusión fundamental amplia, esotérica y matizada, que rebasa las circunstancias de esta nota hoy y aquí (3). Sin

(1) Angel TORIO LOPEZ, "Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos", en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, pp. 169 ss. 201.

M. COBO, T. S. VIVES, J. BOIX, E. ORTS, J. C. CARBONELL, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edición, Valencia, 1988, pp. 549 ss. con bibliografía. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed., Valencia, 1988, pp. 69 s. Dionisio MANSO ALBILLOS, "El derecho a morir con dignidad", en *Eglesia Viva*, nº 126 (1986), p. 413.

(2) Josef FUCHS, "Verfügen über menschliches Leben?", en *Medizin-Menschen-Gesellschaft*, 1986, p. 242. Idem. "Gibt es eine katholische medizinische Moral?" en *Stimmen der Zeit*, 1988, pp. 103 ss. Idem, "Naturrecht oder naturalistischer Fehlschluss?", en *Stimmen der Zeit*, 1988, pp. 407 ss. Idem, "Strukturen der Sünde", en *Stimmen der Zeit*, 1988, pp. 613 ss.

(3) Albin ESER, "Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán", en *Anuario de Derecho penal*, 1985, pp. 347 ss.

embargo, puede tener cierto interés que un penalista-sacerdote recoja y sistematice algunas opiniones — más o menos elementales — a la luz de especialistas tan autorizados como A. Auer, F. Biot, Böckle, G. Cina, Curran, Guido Davanzo, J. L. Díez, F. J. Elizari, Engelhardt, Albin Eser, B. Forcano, Fuchs, Häring, José Luis López Aranguren, López Azpitarte, Moltmann, G. Perico, Ricoeur, Romeo Casabona, Jesús M.^a Silva, A. Torío, P. Verspieren, M. Vidal, etc., sin olvidar el *Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación "in vitro" y la inseminación artificial*, aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986, y el "II Congreso Mundial Vasco" sobre *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, y las últimas Resoluciones del Consejo de Europa (4).

Estas líneas no pretenden imponer criterios *ex-cathedra*. Sólo desean dibujar un marco humano y razonable (por lo tanto, también irracional, también críptico e ideogramático, en formulación de Rudolf Otto) (5), dentro del cual se puedan cuestionar problemas como el de la eutanasia y el derecho a culminar la vida con dignidad. Sólo desean abrir cauces en perspectiva epistemológica postkantiana para diálogos, discusiones, rectificaciones (o autorrectificaciones) y nuevos horizontes más coherentes con los hodiernos y futuros signos de los tiempos. La Biblia empuja a sus lectores *plus ultra*: creced y multiplicaos, dinamizad los talentos, nada conservéis estático. Arriesgaos.

(4) DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, UPV/EHU, "La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", en *II Congreso Mundial Vasco. Ponencias y Comunicaciones* (Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987), Ed. Trivium, Madrid, 1988. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE. Recommandation 1046 (1986) relative à l'utilisation d'embryons et foetus humaines à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales. Texte adopté par l'Assemblée le 24 septembre 1986 (18 séance). CONSEIL DE L'EUROPE. GROUPE DE TRAVAIL DU COMITÉ AD HOC D'EXPERTS SUR LE PROGRÈS DES SCIENCES BIOMÉDICALES (CAHBI). Rapport de la réunion du Group de travail qui s'est tenue à Straburgo du 3 au 6 février 1987. CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados. Proposición de Ley sobre "Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos". BOCG, núm. 73-1, serie B, Proposiciones de Ley, 9 de mayo de 1987. CORTES GENERALES. Congreso de los Diputados. Proposición de Ley sobre "Técnicas de reproducción asistida". BOCG, núm. 74-1, serie B, Proposiciones de Ley, de 9 de mayo de 1987. LEY 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE núm. 282, jueves 24 noviembre 1988). LEY 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (BOE núm. 314, sábado 31 diciembre 1988).

(5) Rudolf OTTO, *Lo santo, lo racional y lo irracional en la idea de Dios*, trad. de Fernando Vela, Alianza Ed., Madrid, 1985, pp. 148 ss.

2. *Importancia y complejidad del problema*

Si auscultamos la realidad sociológica de hoy en la mayoría de los países de nuestra área cultural comprenderemos la importancia y complejidad del problema. Recordemos, entre otros, el dato de que en Estados Unidos hay actualmente más de 10.000 enfermos en estado coma irreversible. También en cierto sentido puede afirmarse que cada vez son más frecuentes los supuestos de eutanasia directa, pues como indican algunos especialistas, actualmente aumenta la existencia de medios farmacológicos adecuados para neutralizar el dolor y por lo tanto las hipótesis de eutanasia directa ⁽⁶⁾.

Insiste acerca de la complejidad Romeo Casabona cuando escribe: "hay que dejar sentado que la realidad se presenta con una complejidad muy superior, que dificulta la valoración de la oportunidad de la decisión a tomar. Afirmaciones como "incurable", "proximidad de la muerte", "perspectivas de curación", "prolongación de la vida", etc., son posiciones muy relativas y de una referencia en muchas ocasiones poco fiables. De ahí la exquisitez y escrupulosidad que habrá que tener a la hora de enfrentarse con el caso concreto" ⁽⁷⁾.

Desde la dogmática jurídico-penal la complejidad del derecho a culminar la vida con dignidad y los múltiples problemas con ese derecho implicados, se patentizan en varias sentencias del Tribunal Supremo (8 julio 1985, 15 diciembre 1987, etc.) y sus correspondientes comentarios doctrinales. Complejidad no sólo respecto a la omisión del deber de socorro (art. 489 bis), al suicidio, al delito de ayuda al suicidio (responsable o no-responsable) y al impropiamente llamado homicidio-suicidio (fórmula que implica una contradicción en los términos, como demuestra J. M. Silva) del art. 409, y al dominio de hecho (aun compartido), a la omisión del garante, a la imputación objetiva del resultado y la omisión, sino también respecto a la huelga de hambre, el doble suicidio por amor, etc. ⁽⁸⁾.

(6) Angel TORIO LOPEZ, "Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos", en *Estudios penales y criminológicos IV*, Santiago de Compostela, 1981, p. 193. L. Vicente THOMAS, "Au-delà de la violence et de la passion", en *La mort à vivre*, Ed. Autrement, Paris, febrero 1987, p. 220.

(7) Carlos M^o ROMEO CASABONA, *El médico ante el derecho*, M^o de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, p. 39.

(8) José Luis DIEZ RIPOLLES, "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 30, 1986, p. 610. Jesús-María SILVA SANCHEZ, "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (A propósito de la STS 8 julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)", en *Anuario de Derecho penal*, 1987, p. 471. F. MUÑOZ CONDE, "Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio", en *Anuario de Derecho penal*, 1987, pp. 302 ss. David J. ROY, "La biomédecine aujourd'hui et l'homme demain", en *Le Suplement*, n^o 128, 1979, pp. 59-75. E. NEUMAN, *Victimología*, ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, pp. 123 ss.

Muchos interrogantes de la eutanasia, de la experimentación humana, de la manipulación biogenética y de los otros temas de la ética médica conviene estudiarlos en sus términos más sustanciales y generales para iluminar a los especialistas y a la opinión pública que, a veces, queda desdibujada y confundida por la excesiva ligereza de planteamientos y de conclusiones en algunos medios de comunicación que tocan y tergiversan principios fundamentales que afectan radicalmente a la ética, principalmente en países de religión fanática. Por ejemplo el gran *mufti* de la república de Túnez, máximo consejero del Gobierno en asuntos religiosos, ha determinado que la fertilización "in vitro" y posterior implantación del óvulo fecundado en una mujer no es contraria a la moralidad islámica. Así ha respondido a una consulta sobre este tema, dado que se espera el nacimiento del primer niño probeta en Túnez (*El País*, Madrid, 28-X-87).

Algunos autores niegan hoy que la medicina deba preocuparse por la ética. Al médico, dicen, le compete únicamente auscultar *lo que puede hacer*, sin tener en cuenta *el deber ser*. Frente a ellos, opinamos que desde una ética cívica, autónoma, el hombre es ley para sí mismo, la razón humana halla la legalidad y el sentido de la esfera humana, capta y constata también su obligación personal. Es decir, compendia cada esfera o ámbito en una interpretación global del hombre.

Hace ya siglos se inició una revolución física que ha transformado nuestro modo de vivir y de trabajar: las industrias, las guerras ofensiva y defensiva, las relaciones internacionales... Actualmente, con la revolución biomédica, es la propia naturaleza del hombre la que se ha convertido en objeto de transformación tecnológica. Antes, la noción de naturaleza humana estaba arropada por una panoplia de ideas, conceptos y símbolos que la hacían intocable. Hoy, por el contrario, el desarrollo de la biología y de la biomedicina está en camino de proporcionarnos, no ya la posibilidad sino, el poder de mudar radicalmente los componentes genéticos, bioquímicos y neurológicos del hombre.

Surge un nuevo amplio determinismo, el más fascinante, por cuanto nos permitirá no sólo la curación o la restauración del hombre, sino su reconstrucción. Reconstrucción discutida y discutible desde el nacer (aborto) hasta el morir (eutanasia y suicidio), a la luz de la evolución prebiótica y filogenética.

En la República Federal de Alemania los estudiantes de la carrera de Medicina se quejan de que les faltan orientaciones ético-morales. Una encuesta representativa, promocionada por el Gobierno Federal y realizada por el "grupo de trabajo investigaciones universitarias" de Constanza, en la que participaron durante el semestre de invierno de 1984/85, unos 10.000 estudiantes concluye que tres cuartas partes de los futuros médicos interrogados consideran que sus estudios tienen un carácter "demasiado

técnico". Echan de menos, sobre todo, una "orientación ético-moral" así como discusiones sobre las consecuencias sociales de su labor científica. Principal punto de crítica: los docentes se limitan a transmitir puros conocimientos de hechos (9).

En algunos ambientes se ha superado la condena general y absoluta del suicidio. Ya muchos de los tratadistas (quizás la mayoría) admiten que en determinadas circunstancias pueden darse motivos suficientes, e incluso laudables, para un suicidio oblativo, cuando se entrega la vida en favor de los familiares y/o amigos. Lo cual — si se admite — obliga a analizar cada supuesto concreto antes de emitir el juicio aprobatorio o condenatorio.

Por otra parte, para toda persona humana la verdadera tarea decisiva consiste en la apropiación espiritual de morir. Hay que descubrir, y asimilar muy profundamente, que la existencia personal no viene definida por la fatalidad y, por lo mismo, la persona puede transformar la fatalidad de la muerte en libertad y en culminación (10).

La revista *Medizin—Mensch—Gesellschaft*, en su n.º de diciembre 1986, trata principalmente de la bioética, de la significación ética y cultural de la pregunta acerca del valor en la ciencia biológica y médica. En el artículo-editorial, Hans—Martin SASS insiste en que debemos ser conscientes de nuestra posibilidad y, en cierto sentido, necesidad de crear una nueva ética.

Podemos preguntarnos si los principios o los presupuestos elementales de la ética moderna son deducciones filosófico-rationales o aplicaciones prudentiales de una teoría jurídica preconstituída a las circunstancias históricas del mundo actual, o si son resultado de la secularización de previos principios teológicos. No niego, como Alvarez-Caperochipi en algunos pasajes de su reciente libro *Reforma protestante y Estado moderno*, la realidad de las dos primeras fuentes, pero entiendo que la última es imprescindible: la ética — y en cierto sentido el Derecho penal — es también el resultado de la secularización de previos principios teológicos (11). Algo de esto se discutió en el programa "La clave", el día 10 de febrero de 1976, sobre el tema *Eutanasia*, con la participación de Henri Caillavet, ex-Ministro y Senador (Francia); Antonio Beristain, Catedrático de Derecho Penal Universidad del País Vasco; Berit Hedeby, Movimiento Ciudadano Eutanasia (Suecia); Jesús Guerra Ibáñez, moralista; Colin Brewer, psiquiatra, y Francisco García Miranda, Presidente Colegio de Médicos de Madrid.

(9) Cfr. "Estudiantes: falta la orientación ético-moral", en *Bildung und Wissenschaft*, n.º 5-6, Bonn, 1987, pp. 6 s.

(10) J. FONTECHA INYESTO, "En el hombre la muerte forma parte de la vida", en *Iglesia Viva*, núm. 125, 1986, p. 411.

(11) José Antonio ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, *Reforma protestante y Estado moderno*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, especialmente el capítulo sobre "Trascendencia epistemológica de la distinción entre razón y fe", pp. 74 ss.

3. Criterios fundamentales

En la ética de cualquier país y de cualquier religión, también en la cristiana, hay una evolución a lo largo de la historia. Como dice Alfons Auer ⁽¹²⁾, en el ámbito de la ética católica, ya los primeros Padres, considerándose plenamente legitimados por las analogías bíblicas, recibieron y adoptaron las principales doctrinas éticas de los estoicos: las doctrinas del derecho natural, de la conciencia, de la obligación, de las virtudes y de los pecados. Llegaron incluso a tomar prestados en su totalidad algunos escritos éticos de estoicos notables (p. ej., el libro *De officiis*, de Cicerón).

Cuando las iglesias no acogen exigencias ético-cristianas apremiantes, frecuentemente éstas se implantan y muestran su eficacia fuera del ámbito eclesial. Valgan como ejemplos el liberalismo y el socialismo. Sin embargo, valores secularizados pueden reincorporarse de nuevos en las iglesias.

Dando por supuesto que admitimos la autonomía postkantiana de la ética, si la ética afecta a lo humano, la expresión ética debe ser comunicable; y se la debe poder articular sin necesidad de recurrir a implicaciones y fundamentaciones últimas de una cosmovisión particular o de una confesión religiosa.

En la sociedad secularizada los cristianos sólo tienen una posibilidad real de que los no creyentes les presten atención, de cooperar con ellos en ámbitos importantes, y de poder presentar el mensaje cristiano como posible solución a las frecuentes aporías de una moral radicalmente autónoma, y esta posibilidad pasa porque sus enunciados éticos sean comunicables. Sólo sobre esta base pueden desarrollarse la credibilidad, la confianza y la disposición al diálogo.

Dionisio Manso, López Azpitarte y otros especialistas, apoyándose en la autonomía ética de que hemos hablado, admiten la autonomía humana también para tomar las decisiones más importantes como la del derecho a morir con dignidad, que quedará justificado cuando se base en un criterio válido éticamente, como puede ser la ofrenda altruista para que los demás puedan vivir ⁽¹³⁾.

Aspirar a interpretar adecuadamente la realidad y llevar a un desarrollo óptimo la exigencia que en ésta se halla es un prerrequisito de toda ciencia. Considerar este intento como una caracterización espúrea de lo ético es propio de quienes no comprenden la relación del conocimiento con la realidad (en el sentido de una epistemología realista) y se contentan con un examen transcendental de las condiciones de posibilidad del uso crítico de

(12) Alfons AUER, "Zur Rezeption der Autonomie-Vorstellung durch die katholisch-theologische Ethik", en *Theologische Quartalschrift*, 161, 1981, pp. 2 s. Idem, "Das Recht des Menschen auf einen 'natürlichen Tod' aus der Sicht einer theologischen Ethik", en Albin ESER, *Suizid und Euthanasie als human-und sozialwissenschaftliches Problem*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1976, pp. 250 ss.

(13) Dionisio MANSO ALBILLOS, "El derecho a morir con dignidad", en *Iglesia Viva*, 125, 1986, pp. 420 ss. LOPEZ AZPITARTE, en *Proyección*, 1985, p. 61. J. L. BARBERO, *Conflicto entre vida y libertad*, S. M., Madrid, 1984, pp. 64 ss.

la razón ⁽¹⁴⁾. Desde esta perspectiva, una ética teológica no puede abandonar, sin más, el camino de la discusión y la congruencia en beneficio del camino de la sumisión obediente.

Recordemos a Nietzsche cuando escribió: "también nosotros, los conocedores de hoy, los ateos y antimetafísicos, tomamos todavía nuestro fuego del incendio provocado por una fe milenaria, aquella fe de los cristianos, que fue también la fe de Platón, de que Dios es la verdad y que la verdad es divina".

Hoy, después de Platón y Nietzsche, conviene tener en cuenta dos afirmaciones de la teoría de la ciencia de Th.S. Kuhn ("La estructura de las revoluciones científicas"). Primera, las nuevas interpretaciones sólo entran en juego cuando se capta la incapacidad persistente de la interpretación anterior para solucionar un determinado problema, y aparece entre los científicos de una tradición una incertidumbre colectiva, es decir, entran en crisis. Segunda, la sola crisis no basta; debe darse también una cierta confianza ante la nueva interpretación. El científico ha de presentir que ese nuevo pensamiento, ese nuevo interrogante, va por buen camino.

Existe una fructuosa tensión entre los mandamientos-meta (*Zielgebote*) y los mandamientos-límite (*Grenzbote*). La teología ética y la pedagogía ética han acentuado muchas veces de tal manera las prohibiciones y los mandamientos-límite que han llegado a ponerse en contradicción con el mensaje bíblico. Por ello es necesario y urgente que la ética y la teología moral cambien, y esto no sólo porque ha cambiado la situación histórica, ⁽¹⁵⁾ sino también porque se lo exige la misma fidelidad a la revelación. Tarea renovadora que deberá tener en cuenta tanto la exégesis como la hermenéutica, a fin de no confundir lo perenne y fundamental del mensaje bíblico con los condicionamientos históricos en los que este mensaje se expresaba ⁽¹⁶⁾.

De todos modos, la ética del pueblo mesiánico no puede quedar reducida a la obediencia, sino que será una ética de la corresponsabilidad en la libertad (también de expresión) y en la fidelidad creadoras.

(14) Francisco CANALS VIDAL, *Sobre la esencia del conocimiento*, Promociones Universitarias, Barcelona, 1987, especialmente las páginas dedicadas a los "presupuestos preconocidos", y al *entender* en cuanto acto que forma lo entendido dentro de sí mismo como expresado y dicho, "la íntima actualidad consistente en la auto presencia consciente o subsistencia en sí propia del ente espiritual" (p. 694). Ya en 1978 Gilberto NIEDERAUER subrayó la imposibilidad de lograr la verdad absoluta y la limitación de la relatividad en todo conocimiento jurídico e incluso humano (Cfr. su tesis para libre docente en la Universidad de Porto Alegre sobre "La prueba en el proceso penal"). La epistemología jurídica debe recordar la importancia de armonizar los contrarios que ya insinuó Heráclito en sus Fragmentos. Cfr. Luis FARRE, traducción y comentarios a los "Fragmentos" de Heráclito, Orbis, Barcelona, 1983, pp. 132 ss.

(15) José María MACARULLA, "Origen y continuidad de la vida", en VARIOS, *Los grandes avances del conocimiento*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988, pp. 45 ss.

(16) Luis Alonso SCHÖKL, *Treinta Salmos: Poesía y oración*, Ed. Cristianidad, Madrid, 1986, pp. 13-33, 276 s.

4. Personalidades discrepantes del magisterio católico

Al comienzo de este apartado coincido con López Azpitarte cuando escribe: "en nuestro ambiente social los temas éticos suelen afectar de inmediato a la vida de muchas personas y son divulgados ampliamente por la abundante bibliografía. Por ello, si existen disentimientos poco maduros y personales, como producto de otras presiones externas o actitudes interiores, es posible también que, en otras ocasiones, tal decisión se forme con una gran responsabilidad y con un enorme cariño hacia el magisterio" (17).

Como repetía Bonhöffer, la libertad forma parte de los atributos esenciales del hijo de Dios, por lo que una persona no sería persona si careciera de posibilidad, éticamente hablando, para entregarse a la muerte en favor de los demás, algo de lo que llevó al Buen Pastor a dar su vida por las ovejas (evangelio de Juan, Cap. 10, vers. 11).

Josef Fuchs, profesor de Moral en la Universidad Gregoriana de Roma, prueba y aprueba éticamente que la persona puede disponer (aunque no caprichosamente) de su vida; y rechaza la postura contraria y su argumento básico según el cual Dios es el único señor de la vida y de la muerte. Este argumento carece de consistencia teológica cristiana (die oft gehörte Bezugnahme auf Gott als den einzigen Herrn über menschliches Leben gilt nicht) (18). Hace ya treinta años que Glanville Williams había escrito en este sentido (19).

F.J. Elizari, H.A. Nilsen, E. Slater y otros tratadistas (20), al estudiar y afirmar la licitud de ciertos supuestos de suicidio altruista, frente a la

(17) LOPEZ AZPITARTE, "El magisterio moral de la Iglesia: Tensiones actuales", en *Sal Terrae*, 7/8, agosto, 1987, pp. 503 ss. M. VIDAL, *Ética fundamental de la vida humana*, Madrid, 1984, pp. 84 ss. Idem *El discernimiento ético*, capítulo IV, "Inviolabilidad de la vida humana?", Cristiandad, Madrid, 1980.

(18) Josef FUCHS, "Kontinuität kirchlicher Morallehre?", en *Stimmen der Zeit*, 1987, pp. 242 ss. Idem, "The phenomenon conscience: subject-orientation and 'Qualität' des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz", en *Interdisciplinary View*, 1987, pp. 27-56. Idem, "Christian faith and the disposing of human life", en *Theological Studies*, 46, 1985, pp. 664 ss.

(19) Glanville WILLIAMS, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, Faber and Faber LTD, London, 1958, pp. 177 ss. Albin ESER, "Zwischen 'Heiligkeit' und 'Qualität' des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz", en *Tradition und Fortschritt im Recht*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1977, pp. 377 ss.

(20) F. Javier ELIZARI, "El suicidio. Aproximación moral", en *Iglesia Viva*, 125 (1986), pp. 454 s. H. A. NIELSEN, "Margolis on rational suicide", en *Ethics*, 89, 1979, pp. 394-400. E. SLATER, "Altruistic suicide", en *Cath. Med. Quart.*, 27, 1976, pp. 197 ss. R. S. de M., "Suicide", en O. HOEFFE (Ed.), *Dictionnaire de Morale*, Friburgo de Suiza-Paris, 1983, p. 194. Albin ESER, "Neues Recht des Sterbens? Einige grundsätzliche Betrachtungen", en Idem, *Suizid und Euthanasie als human-und sozialwissenschaftliches Problem*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1976, pp. 392 ss. M. GARZIA, "Suicidio" en *Diccionario de Sociologia*, dirigido por F. Demarchi y A. Ellena, ed. Paulinas, Madrid, 1986 pp. 1628 ss.

tesis tradicional condenatoria en absoluto, brindan argumentos que pueden justificar supuestos paralelos de eutanasia, no tanto (o no sólo) apoyándose en la autonomía de la libertad humana sino sobre todo (o también) apoyándose en el valor del servicio y solidaridad con el prójimo. Por ejemplo, casos de personas que se quitan la vida para no denunciar a amigos o familiares bajo el efecto de la tortura del tirano.

Pueden darse situaciones en que el sentido de la vida humana ya no se pueda evocar, pero sí el sentido de la dignidad de la muerte. Pueden darse situaciones en que las posibilidades de humanidad han desaparecido, en las cuales el suicidio el morir con dignidad, aparezcan como rebelión, el intento de dar sentido a una vida que ya ha perdido su significado. El Dios del Evangelio es más generoso (y menos celoso) de lo que algunos opinan. El deja amplios espacios a las personas para la creación de sentido y dignidad de la vida y de la muerte.

La reciente Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe (cuyo Prefecto es el Cardenal Ratzinger), *sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* (Roma, 22 febrero 1987) (Cfr. *Ecclesia*, 14-3-87, pp. 358 ss.), no ha sido aceptada en varios puntos importantes en diferentes Universidades católicas distinguidas por su elevada competencia científica. La mayoría de los responsables de estas Universidades han manifestado auténtica sorpresa por el tono y algunos contenidos del documento vaticano, hasta tal grado que, tras un detenido análisis y debate del documento, han decidido "no hacer el más mínimo caso". Entre otros ejemplos podemos citar las tres Universidades europeas de Lille, Lovaina y Nimega. La primera Universidad hizo saber que, pese al documento vaticano, proseguirá con sus trabajos de fecundación "in vitro". En parecidos términos se han expresado los profesores de las Universidades católicas de Lovaina y Nimega. Por ejemplo, el Prof. Thomas de Lovaina y el vicerrector de la Universidad de Lille, Jérôme Regnier, han denunciado públicamente la actitud autoritaria y nada dialogante del cardenal Ratzinger.

La Jerarquía Eclesiástica intenta, a veces, cortar de raíz unas técnicas que, efectuadas con la única finalidad de corregir la esterilidad, no rozan a nuestro entender la frontera de la ética, argumentando los peligros que encierran las investigaciones que a partir de ellas puedan realizarse, escribe J.A. Vanrell, catedrático de Universidad y Presidente de la Sociedad Española de fertilidad (21).

En el mismo sentido discrepante del documento del Vaticano se muestra J. M. Dexeus, ginecólogo católico, Director del Instituto Dexeus de Barcelona, cuya primera reacción ante el documento es de desánimo porque, con las indiscutibles razones de la defensa de la vida y de la dignidad del género humano, este documento arremete contra todo y mete en el mismo saco condenatorio todo el progreso técnico conseguido.

(21) J. A. VANRELL, "Discrepamos desde la óptica católica", en *El Ciervo*, nº 435, mayo 1987, p. 6. D. BONHOEFFER, *Ethik*, 7ª ed., Munich, 1966, p. 177.

Considera también necesario que la Iglesia levante la bandera en pro de la dignidad humana, pero rechaza que la Iglesia condene las modernas técnicas de reproducción humana y concretamente la inseminación artificial y la fertilización "in vitro". Equivaldría a condenar la energía atómica para usos pacíficos dado que antes ha sido utilizada con fines destructores, cosa que no ha pasado y lucharemos para que no suceda, con las nuevas técnicas de reproducción humana.

A las parejas que se someten a las servidumbres y molestias de esa técnica y a los equipos que queremos curarles, el argumento condenatorio del Vaticano nos parece de un materialismo empobrecedor.

El profesor de Teología Moral de la Facultad de Teología de Barcelona, J. M. Tubau, también discrepa del documento y escribe: "Una antropología esencialista que considere abstractamente los actos en sí mismos con sus integrantes intrínsecos dará unos resultados prácticos distintos a los de una antropología más personalística y globalizante, que considere a los actos en su contexto global, integral, intencional y finalístico, dentro de la totalidad del estado matrimonial. Esto se refiere tanto a la paternidad responsable como sobre todo a la inseminación homóloga intramatrimonial" (22).

Esta Instrucción vaticana coincide en muchos puntos fundamentales con el libro del Cardenal Ratzinger, *Informe sobre la fe*, pues comprende la ortodoxia como una especie de *hipóstasis*, no histórica, confiada a la Iglesia, sujeto de la fe auténtica, y en ella en particular a la Congregación para la Doctrina de la Fe. No tiene ninguna relación con la historia, ni siquiera con la de los creyentes, ni con la de los testigos, en particular el testigo privilegiado que fue el hombre Jesús. En cambio, para nosotros la *apropiación progresiva de la palabra de Dios tiene significación teológica*, porque la verdad no es algo que se recibe y guarda como un depósito, sino algo que hay que hacer (23).

H. Tristan Engelhardt, Jr., al investigar sobre "La Bioética en la sociedad pluralista", constata que la tradición judeo cristiana ha encorsetado, distorsionado y limitado el estudio de los principales problemas de la bioética, de tal manera que hoy el Derecho y la Ética deben llenar ese *Vakuum* cultural heredado (24).

5. Algunas aplicaciones concretas

A la luz de lo indicado anteriormente, podemos formular algunas conclusiones sobre la ética médica en general y sobre algunos problemas concretos y el derecho a morir con dignidad (la eutanasia) en particular.

(22) Cfr. J. M. DEXEUS, "El progreso técnico conseguido. Comentarios de un ginecólogo al documento romano", en *El Ciervo*, n.º 435, mayo 1987, pp. 7 ss.

(23) F. BIOT, "La idea de ortodoxia en el libro del Cardenal Ratzinger. Informe sobre la Fe", en *Concilium*, 212 julio 1987, pp. 155 ss.

(24) Cfr. H. TRISTAN ENGELHARDT Jr., "Bioetik in der pluralistischen Gesellschaft", en *Medizin-Mensch-Gesellschaft*, diciembre 1986, p. 237.

En cierto sentido, al biólogo en cuanto técnico de la biología — no le toca decir lo que se debe hacer, sino decir lo que físicamente se puede hacer y escuchar a los “moralistas”. Por esto se desea vivamente que unas comisiones éticas agrupen todas las corrientes del pensamiento y de la cultura (en el sentido más amplio y profundo de la palabra cultura) para formular el criterio deontológico. Parece más que necesaria la *creación de grupos éticos* democráticos, constituidos por la reunión de representantes de organizaciones jurídicas, familiares, religiosas, científicas y médicas, encargados de controlar y valorar moralmente los nuevos problemas que surgen y de animar los debates públicos sobre la bioética⁽²⁵⁾. Los cristianos apostamos por la experimentación a pesar de que ésta comporte por definición cierta dosis de riesgo. Este riesgo es inevitable porque la fiabilidad se obtiene al actuar sobre el hombre, que incluso en el plan orgánico tiene una especificidad característica distinta de los animales y que desborda las condiciones del laboratorio.

Todo *experimento* sobre el hombre requiere indudablemente el consentimiento debidamente ilustrado, otorgado por el interesado o por su representante legal. Esta exigencia deriva de la constatación de que la persona es, por así decir, administrador de su vida y de los valores anejos, y nadie puede ser privado de ellos sin estar informado y sin su libre consentimiento.

Es obligatorio recabar el consentimiento del paciente cuando, por interés científico, se quiere experimentar productos nuevos, existiendo ya técnicas conocidas y fiables de tratamiento de su enfermedad, puesto que la técnica experimental expone al paciente a riesgos imprevistos y no necesarios para su curación.

Esto exige que el paciente o su representante legal conozca previamente el significado y el límite de la experimentación para que el consentimiento sea realmente responsable. Una conducta contraria podría llegar a ser delictiva y dolosa si la información fuera intencionadamente omitida, alterada o silenciada.

Actualmente, en Alemania, ante algunos casos de médicos que han llevado a cabo ciertos experimentos, o mejor dicho test sobre la enfermedad SIDA, sin consentimiento del paciente, eminentes juristas afirman que su conducta está tipificada en el Código Penal como delito. Esos pacientes han sido víctimas de una importante coacción sin consentirlo, ni tan siquiera conocerlo.

Ya que lo humano (y no la naturaleza) es lo que humaniza, la negativa de humanización en sí resulta intolerable. Por lo tanto, la interrupción

(25) Cfr. Henri WATTIAUX, “Inseminación artificial, fecundación ‘in vitro’ y trasplante de embrión”, en *Esprit et Vie*, 1983, pp. 111 ss.

voluntaria del embarazo sería socialmente justificable ⁽²⁶⁾ si apareciera “como el rechazo de provocar una deshumanización o de crear una situación inhumana”. Desde luego no se pueden formular normas abstractas de estas situaciones que deben discernirse en plena responsabilidad. Desde esta perspectiva, el aborto es una posibilidad, aunque desesperada.

La Federación Protestante de Francia considera *el aborto* como un hecho grave y extremo, como una acción terapéutica de urgencia. Siempre implica una grave responsabilidad porque impide la eclosión de una vida humana embrionariamente constituida. De ninguna forma como un medio de limitación de la natalidad. Pero, en ciertos casos puede significar valentía contra la fatalidad e incluso exigir más coraje que permitir la vida que amenaza gravemente la salud de la madre o pone en cuestión su propia viabilidad futura.

Respecto al derecho de culminar la vida (morir) con dignidad parece podemos inferir algunos criterios y/o, al menos, algunos interrogantes.

J. Pohier admite el derecho a la muerte digna en su trabajo “Un don de Dieu?”, en *La Reforme*, 24 noviembre de 1984, puesto que no es cierto que cuanto una realidad o un acontecimiento es más importante para los hombres y para Dios, tanto más se reserva Dios exclusivamente la gestión; eso es contrario a la economía de la revelación de Dios en Jesucristo. En verdad, Dios da más y mejor que cualquiera de las personas; y, sobre todo, Dios inspira y suscita más que prescribe y dicta (“plus Dieu inspire, suscite et moins il dicte”). Además, no se puede afirmar: puesto que Dios es Dios, los hombres no tienen derecho a intervenir en la concepción y *en la muerte* porque ellas serían de manera particular el hecho de la voluntad de Dios. El hombre no pertenece ni a Dios ni a la sociedad, sino a sí mismo, y es justamente cuando el hombre no tiene nada que dar a la colectividad que él puede apropiarse el derecho de acabar con la existencia, sólo o con la ayuda de un tercero (suicidio asistido, eutanasia-liberación) ⁽²⁷⁾.

Si leemos con atención algunas afirmaciones de *moralistas clásicos*, podemos afirmar que ellos formularon ya las premisas de las cuales se puede deducir la licitud del derecho a morir con dignidad. En el mismo sentido se puede interpretar algunas formulaciones de los Romanos Pontífices, por ejemplo cuando, en 1958, Pío XII afirma “moralmente uno está obligado a utilizar sólo medios ordinarios, según las circunstancias de personas, lugares, tiempo y cultura, esto es, medios que no impliquen grandes cargas para

(26) Cfr. Paul LADRIERE, “Ethique et pouvoir religieux dans le domaine de la reproduction de la vie humaine”, en la revista *Social Compass*, Universidad Católica de Lovaina, 1984, pp. 247 ss.

(27) Louis-Vicent THOMAS, “Au-delà de la violence et de la passion”, en *La mort à vivre*, Ed. Autrement, Paris, febrero 1987, p. 217. Karl RAHNER, “Muerte”, en *Sacramentum mundi*, Barcelona, Herder, 1976, pp. 111 ss. Idem, “Reflexiones sobre la muerte”, en RAHNER, AUER, BÖCKLE, CONGAR, *Ética y medicina*, ed. Guadarrama, Madrid, 1972, pp. 305 y ss.

uno mismo o para otros". Por lo tanto, si el continuar viviendo implica para el paciente y para los otros grandes cargas, él no está obligado a usar los medios para seguir viviendo. Puede, por ejemplo, desconectar el "respirator", el cual, dadas las circunstancias, no es medio ordinario, pues implica grandes cargas para él o para otros.

La Declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, de 5 de mayo de 1980 (28), maneja un concepto de eutanasia excesivamente restringido, pues entiende por eutanasia "una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte con el fin de eliminar cualquier dolor". Además, expresa condenas tajantes contra esa eutanasia cuando dice: "nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente sea feto, embrión, niño, adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie, además, puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentir explícita e implícitamente".

Sin embargo, al explicar después esta postura expone argumentos y consideraciones que permiten abocar a conclusiones no tan tajantes, e incluso permisivas de lo que muchos entendemos por derecho a completar la vida (morir) con dignidad, sobre todo en los párrafos dedicados al uso proporcionado de los medios terapéuticos, y al afirmar que "tomar decisiones corresponderá en último análisis a la conciencia del enfermo o de las personas cualificadas para hablar en su nombre o incluso de los médicos, a la luz de las obligaciones morales y de los distintos aspectos del caso".

Este párrafo de la Declaración deja la puerta abierta — a mi entender — para que en casos extremos, después de valorar los gastos (no sólo económicos) necesarios, tomando en cuenta las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales, su "generosidad para el bien de la humanidad". "y si las técnicas empleadas suponen al paciente sufrimientos y molestias mayores que los beneficios" para él y para sus familiares y amigos, se puede concluir la licitud ética de la culminación digna de la existencia.

La doctrina tradicional de la Iglesia católica respecto a uno de los problemas centrales del derecho a morir con dignidad aparece ya con claridad en el siglo XVII cuando el cardenal Juan de Lugo considera no necesario el uso de medios artificiales ni extraordinarios para mantener la vida. Hoy algunos de los medios más asequibles, eficaces y aplicados, son fármacos producidos en laboratorios.

Respecto a los medios extraordinarios, a la luz de la Declaración de 1980, comprendemos que hoy el centro de la discusión ha cambiado, pues de la tradicional condenación de los actos inmorales se ha pasado a una exhortación encaminada a conseguir la comprensión a proporcionar un cuidado suficiente que haga innecesaria la petición de la muerte. De la "inviolabilidad" de "la vida inocente", considerada como una categoría más

(28) Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, "Declaración sobre la eutanasia", en *Ecclesia*, núm. 1990 (1980), p. 860.

o menos abstracta, la atención ha pasado a la situación de cada individuo en concreto y a la totalidad de los elementos que constituyen su propio bienestar ⁽²⁹⁾.

Según A. Pieper ⁽³⁰⁾ el suicidio en situaciones extremas es una acción éticamente permitida o indiferente. "El suicidio responsable (no-patológico) es una acción que se realiza en favor de la libertad; es cierto que no abre ninguna libertad nueva para el que lo lleva a cabo, sino que concluye para él de una vez por todas esta forma de realización del hombre, pero simultáneamente revela su voluntad de afirmar la validez del principio de libertad: precisamente, por reconocer el principio de libertad, se prefiere la muerte a una vida no libre y, por tanto, no humanamente digna de vivirse. Una vida que ya sólo se puede sostener a costa de la humanidad es, desde el punto de vista de lo humano, más indigna que el simple no vivir".

Hemos superado ya en muchos aspectos, aquellos tiempos cuando la condena teológica del suicidio era pacíficamente admitida por eminentes juristas como Beccaria. Según éste el suicidio no es delito pero sí acarrea "una eternidad infeliz y supone una culpa que Dios castiga" ⁽³¹⁾.

Lo mismo puede decirse, y por los mismos argumentos, acerca del derecho a culminar la vida con dignidad.

Quizás se llegue a solucionar un aspecto del problema si se desarrollan las bases que el Prof. Agustín Fernández Albor (y otros, especialmente José A. Saíñz Cantero) formuló en repetidas ocasiones acerca de la no exigibilidad de otra conducta ⁽³²⁾, aunque parece más sistemático colocar el problema en el campo de los aspectos objetivos de la tipicidad y antijuridicidad.

La sentencia del 15 de diciembre de 1977 (cfr. *Jurisprudencia criminal*, julio-diciem. 1977, Centro de Publicaciones, Madrid, 1978, pp. 540 ss., n.º 1235) distingue la mera prestación de ayuda moral o material (que incluye en el "auxilio" del inciso primero del art. 409) y el ejecutar por propia mano la muerte de otro del inciso segundo; y ante el caso concreto de dos protagonistas, víctima y acusado, él casado y ella soltera, que sos-

(29) L. SOWLE CAHILL, "Respeto a la vida y provocación de la muerte en un contexto médico", en *Concilium*, 199, mayo 1985, p. 354. Hipólito DURAN, "La eutanasia", en J. GAFO, *Dilemas éticos de la medicina actual*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pp. 119 ss., 137.

(30) A. PIEPER, "Argumentos éticos en favor de la licitud del suicidio", en *Concilium*, 199 (mayo 1985), p. 370.

(31) Cesare de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*. Capítulo 32.

(32) José A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. III*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 106 y ss. Idem, "Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código Penal", en *Estudios penales y criminológicos*. VII, publ. Universidad, Santiago de Compostela, 1984, pp. 443, Idem, "El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales", en *La reforma penal y penitenciaria*, publ. Universidad, Santiago de Compostela, 1980, pp. 180 ss.

tenían relaciones amorosas íntimas, pero dificultadas por los padres de ella, que se oponían a las mismas; a iniciativa de dicha mujer decidieron poner fin a sus vidas, realizando al efecto actos recíprocamente paralelos, pero sobreviviendo él, como suele ser frecuente en las hipótesis de doble suicidio. Si él hubiera limitado a facilitar a ella las pastillas de "Nembu-tal", y ella, por sí misma, las hubiera ingerido o diluidas en medio líquido se las hubiera inyectado, el Tribunal Supremo reconoce que la calificación de la Audiencia de Tarragona considerando el hecho como mero auxilio al suicidio hubiera sido acertada, pero si como en el caso concreto sucedió fue él quien personal y materialmente inyectó a la referida joven los dos gramos de dicho medicamento diluidos en agua determinando así su fallecimiento, considera el Tribunal Supremo que su conducta no equivalió a mera prestación de ayuda moral o material, sino que ejecutó él mismo y por su propia mano la muerte de su amante, por lo que procede estimar el recurso del Fiscal por inaplicación del art. 409, inciso último, y condenarle como ejecutor a tenor de dicho inciso último.

En el futuro comprenderemos cada vez más que el concepto de morir es equívoco y plurivalente. La vida es un bien, pero la muerte no es sólo, ni principalmente, privación de un bien. El morir es también dar, darse, es amar, es un bien, es la culminación del vivir.

6. *Perspectivas para el futuro*

Con insistencia los más autorizados especialistas piden una nueva ética médica. Algo similar a lo que acontece en el ámbito del nuevo Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁽³³⁾.

Desde el punto de vista ético de deontología profesional, al médico en muchos casos se le obliga en mayor medida que a cualquier otra persona a la prestación de auxilio a quien está en peligro. En cambio, en el campo técnico-jurídico, la solidaridad humana obligará a todos en igual medida⁽³⁴⁾.

Al médico⁽³⁵⁾ le urge un deber moral específico, profesional, de prestar auxilio aun con el consiguiente deber de sacrificio en beneficio de la humanidad doliente ya desde los tiempos del juramento hipocrático (cfr. las Sentencias de 20 de abril de 1964, 30 de mayo de 1970, 7 de diciembre de 1973 y 19 de diciembre de 1981).

De lege ferenda mayor será la responsabilidad del médico en algunos delitos, v. g. denegación de auxilio (Código penal español, arts. 338 bis, 371, 489 bis), cuando se trate de médicos en quienes coincida el carácter

(33) A. BERISTAIN, *Ciencia penal y Criminología*, 1ª reimpr., Tecnos Madrid, 1986, pp. 209 ss.

(34) Agustín FERNANDEZ ALBOR, "Asistencia médica y omisión del deber de socorro", en *Estudios penales y criminológicos VII*, Universidad, Santiago de Compostela, 1984, pp. 157 s.

(35) Agustín FERNANDEZ ALBOR, *opus cit.*, pp. 160 s.

de funcionario público (art. 119) que se halla en el ejercicio de su cargo ⁽³⁶⁾.

El actual desarrollo científico y técnico ha originado problemas éticos enteramente nuevos. Para el mañana de nuestra sociedad es de capital importancia alcanzar un consenso lo más amplio posible sobre estas cuestiones. Y ello sólo será factible sobre la base de una argumentación racional, mejor dicho razonable, interdisciplinar en plano de libertad.

Hemos de emprender el paso necesario de un moralismo religioso a una ética críticamente consciente. Pretender nada más y nada menos que un "rigor metódico" en el discurso para juzgar los controles sociales.

Warrem Thomas Reich, en su trabajo "Paradigmas de la Bioética", en la Revista *Medizin—Mensch—Gesellschaft*, antes citada, concluye que entramos en un nuevo periodo de la historia de la Bioética, y necesitamos una energía intelectual y una preocupación axiológica que nos den el fundamento para llegar a alcanzar los fines tan amplios que nos ofrecen las ciencias y técnicas hodiernas y futuras.

Desde el Japón, en la misma revista, Rihito Kimura escribe sobre "Bioética como disciplina metainterdisciplinar" como una nueva ciencia completamente distinta que supera la interdisciplinaridad tradicional porque llega a una modificación estructural de la medicina, de la ética social y de la ética religiosa, porque construye "otra" (cualitativamente diversa) solidaridad en todas las formas de la vida que modificará el cosmos en el próximo siglo.

El futuro pone ya en nuestras manos poderes enormes. Prometeo sigue vivo. No hay peligro alguno en levantar la cabeza hasta las nubes cuando se tiene los pies firmemente asentados en el suelo. Una ética cerrada, temerosa de la discusión radical -en diálogo con todas las ciencias y religiones- baila demasiado fácilmente al son de los fanáticos. Urge abrir las puertas del castillo teológico para dialogar fuera y dentro. Urge crear facultades universitarias de las diversas teologías. La Etica nueva, como el sol, únicamente da alegría y luz; pero, quien se pone de espaldas convierte al sol creador de sombras y penas.

Especial atención merece la discusión sobre la responsabilidad omisiva de quien no impide un suicidio cometido con libre responsabilidad.

Ante este problema la doctrina alemana adopta diversas posturas que Silva agrupa en tres, de las cuales me parece la más fundada la que se muestra partidaria de la impunidad ⁽³⁷⁾. En cambio, en gran parte de la

(36) A. FERNANDEZ ALBOR, *opus cit.*, p. 175.

(37) Jesús-María SILVA SANCHEZ, "Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (A propósito de la STS 8 julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)", en *Anuario de Derecho Penal*, 1987, p. 471. GROPP, "Sulzidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rectsprechung", en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1985, pp. 197 ss.

doctrina española se admite la punibilidad como auxilio omisivo al suicidio del art. 409, II, y como omisión de socorro del artículo 489 *bis* (38).

Estas posturas jurídicas pueden matizarse a la luz de las nuevas doctrinas epistemológicas. En mi opinión, por ejemplo, ante una persona decidida a llevar a cabo un suicidio, por motivos muy serios y objetivos (dignos de firmar el testamento vital) con completo dominio del hecho y con evidentes pruebas de "libre responsabilidad", considero muy discutible que la acción de quien intenta impedirselo deba considerarse "ayuda", ni "socorro", ni "solidaridad", ni "deber médico". Más bien me inclino a lo contrario. Uno de los argumentos (que aquí no podemos desarrollar) es el respeto debido a la dignidad de la persona (que desea suicidarse) como principio material de justicia, según indican Cerezo y Díez Ripollés (39).

Otro argumento puede apoyarse en la significación apriorística de la palabra suicidarse y/o matar y/o procurar la muerte. En nuestro lenguaje coloquial, las palabras "matar", "suicidarse", "eutanasia activa", incluyen y/o sugieren ya en sí mismas una consideración ética negativa. Por eso el jurista y el moralista si pretenden valorar esas acciones humanas sin perjuicios, sin inconscientes previas valoraciones, sin subjetivismos, deben evitar el uso de esas palabras matar, muerte, suicidio, eutanasia activa, etc. Deben procurar, aunque sea difícil, observar los hechos en sí: el hecho de quitar el respirador, el hecho de suministrar una "píldora" o una droga-medicina, un fármaco, una sustancia que influye en el cuerpo del enfermo, etc. Hoy se ha limitado excesivamente el aspecto positivo de la realidad y la palabra muerte.

Al discutir estos problemas sería aconsejable no hablar ni de la eutanasia, ni de la muerte dulce. Podría hablarse de la culminación de la vida y/o de la liberación y/o de la autoliberación del dolor y/o de la liberación y/o autoliberación de las dificultades extremas para el sujeto activo y para sus circunstancias, pues cuando, en estas circunstancias, se quita el respirador, se aplica una inyección, no se trata de destruir la vida.

La palabra muerte implica consciente y/o inconscientemente una valoración que incluye -añade- un presupuesto y un preconcepto que perturba el juicio acerca de la conducta correspondiente.

Ojalá pronto la legislación española regule este problema del derecho a la culminación digna de la vida.

(38) M. COBO, T. S. VIVES, J. BOIX, E. ORTS, J. C. CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia 1938, pp. 549 s. M. BAJO, FERNANDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. Delitos contra las personas, Madrid, 1986, p. 90. Enrique GIMBERNAT, *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 211 ss.

(39) CEREZO MIR, "La regulación del estado de necesidad en el Código penal español", en *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago, 1987, pp. 86-87. José Luis DIEZ RIPOLLES, "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 30, 1986, pp. 617, 634 ss.

Kirchmann e a negação do caráter científico da ciência do direito

ELZA ROXANE ÁLVARES SALDANHA
Advogada em Recife

S U M Á R I O

1. *A filosofia do direito, o "direito" como objeto e o saber jurídico.* 2. *Julio von Kirchmann e a negação do caráter científico da ciência do direito.* 2.1. *Época e bases da obra de Kirchmann.* 2.2. *As premissas de Kirchmann.* 3. *Críticas a Kirchmann.* 4. *Outras posições positivas.* 5. *Notas bibliográficas.*

1 — *A filosofia do direito, o "direito" como objeto e o saber jurídico*

O problema do conhecimento jurídico, segundo Hernández-Gil, pode ser encarado de duas maneiras distintas:

a) De um lado, os cultivadores das disciplinas particulares que se restringem aos esquemas tradicionais do chamado método dogmático, cujo propósito é o de reunir o maior número de informações possíveis no setor do direito positivo ao qual se dedicam.

b) Por outro, aqueles que, adotando uma postura reflexiva e crítica, reconsideram o tema do saber jurídico. Estes representam uma minoria. Minoria esta, composta, em grande parte, por "filósofos do Direito", que foram os primeiros a ultrapassar o ponto de vista meramente descritivo.

Entendem alguns que em consequência de uma crise geral da Filosofia nos campos metafísico e ontológico, tendem alguns filósofos a concentrar suas atenções nos problemas epistemológicos e metodológicos.

Alguns pensadores procuram refazer o caminho da ciência jurídica desde sua construção no início do século passado, por entenderem que foram levantadas grandes questões teóricas sem a base correspondente.

“Frente a la noción de sistema, que es el paradigma del conocimiento científico a partir de la revolución kantiana, trata de concederse primacía al problema. La función del jurista queda reducida así a la resolución — justa?, prudente?, tópica? — de los conflictos de la convivencia.”⁽¹⁾

Outros, acreditando que captar e explicar o Direito não consiste em colocar-se no mesmo nível em que este se manifesta, adotam uma atitude de reflexão e crítica. Desta forma, consideram que os “males” de que sofre o saber jurídico não provêm de excessos científicos, mas da falta de um desenvolvimento *epistemológico* pleno. Pode haver mudanças de rumo no processo cognoscitivo, crises de fundamentos e situações de incerteza, mas esta tem mais força criadora que a certeza...

Leis da Física, como a da inércia e a da causalidade, antes consideradas fundamentais, tornaram-se obsoletas em virtude do progresso desta ciência. Diz Hernández-Gil que...

...“la grandeza de una ciencia no hay que esperarla de su objeto, sino de la capacidad inquisitiva de nuestras investigaciones. Y esta capacidad inquisitiva, que supone una autovigilancia crítica del pensamiento, no se produce sin una disconformidad con los logros alcanzados. Así como el orden político no hay que identificarle con un inmovilismo inmodificable por cuanto elemento constitutivo del mismo es la transformación, así también el orden científico — mucho más aún — exige una constante acción revisora que, en último término, es reflejo de la incesante movilidad de lo existente”⁽¹⁾.

Em termos de criação do saber jurídico contemporâneo, temos por exemplo o caso de Rudolf von Jhering, que, ao utilizar o método dogmático ou da construção, bem representa o que fizeram os juristas do seu tempo.

Quando em nossos dias fala-se de novos métodos, qualquer que seja a sua denominação, está se teorizando sobre algo que não é reflexo da atividade desenvolvida pelos juristas nem tem a repercussão pertinente. Faz-se filosofia da ciência, porém não se procede de modo completamente distinto do tradicional na pesquisa científica e na aplicação do Direito.

“El viejo método dogmático guarda completa correspondencia con la ciencia dogmática del Derecho.”⁽¹⁾

Ainda é, portanto, o método dogmático o mais utilizado na produção dos textos jurídicos. Claro que há quem siga (ou tente seguir) um caminho diferente. O prof. Carlos Cossio é um exemplo significativo. Ele não se contenta em compreender que o Direito, enquanto objeto da *filosofia*, não é diferente daquele do qual se ocupa a *ciência*, nem se conforma em ver a realidade como algo genérico.

Por serem as ciências dogmáticas tradicionais sempre ciências de determinados direitos *positivos*, os conhecimentos que obtêm são sempre sobre uma certa matéria, acerca de um direito nacional específico. Tal conhecimento é válido enquanto existe a instituição estudada concretamente e/ou o ordenamento que metodicamente se investiga.

“Puede considerarse así, diz Vernengo, que la jurisprudencia positiva consiste en cuanto fenómeno lingüístico efectivo, en un conjunto de proposiciones contingentes referentes a ciertas específicas circunstancias de hecho o a ciertos específicos fenómenos normativos; en cuanto la jurisprudencia pretende darse como conocimiento metódico, tales proposiciones deben de haber sido sistematizadas en alguna medida, de suerte que el contorno ideal del sistema, la totalidad de las proposiciones válidas posibles, aún cuando inagotable, quede siempre como efectivamente determinable.” (7)

O corpo dos conhecimentos jurídicos incluirá um certo número de definições, primitivas e de proposições contingentes. A ciência positiva do direito, como ciência não formal, é um conjunto, mais ou menos sistematizado de proposições analíticas e sintéticas, de verdades lógicas e de verdades contingentes.

O interesse da pesquisa filosófica no campo do Direito concretizou-se na chamada “Filosofia do Direito”, sinônimo para alguns da “Teoria Geral do Direito”, “Jurisprudência” ou “Metafísica da Justiça”, que, enquanto filosofia, aspira elevar-se à condição de ciência e para isso necessita de um objeto próprio.

— A gênese histórica dos fenômenos jurídicos, encontrada em alguma mística consciência popular, como na Escola histórica.

— O fim do direito e certos pretensos valores jurídicos supra-históricos, como em Ihering e o neotomismo.

— Os pressupostos lógicos transcendentais de alguns conceitos usuais da Jurisprudência positiva, como em Stammler e os neokantianos; a análise da estrutura lógica e as formas categoriais típicas do direito positivo, como em Kelsen.

Estes foram alguns dos objetos estudados. Nunca se considerou, no entanto, um tema próprio de uma ciência empírica inédita, sobreposta às

positivas, a não ser como objeto de especulação ou investigação racional, enquanto causa ou sentido dos fenômenos jurídicos propriamente ditos.

Trata-se portanto de vincular o *objeto*, ou seja, o *direito*, a uma concepção que inclua a análise dos fundamentos de seu conhecimento.

Na concepção ampla que podemos chamar de *filosófica*, o direito não se identifica nem se confunde com o dado como tal nos ordenamentos jurídicos ou na realidade factual. Por isso pensam muitos que existe um *direito natural*, anterior e superior aos direitos positivos, que é inclusive dom e faculdade do homem, e expressa o ser e o dever-ser do "jurídico".

O direito assim entendido fundar-se-ia em:

1) base teológica: concepção aristotélico-tomista, que vê na lei natural uma participação da divina, para entender a lei humana positiva como uma derivação da natural;

2) base racional — concepção racionalista, que vê na natureza humana a essência do direito. Essa concepção, em parte fundada no cartesianismo, se desenvolveu particularmente na Alemanha a partir das idéias de Heibniz;

3) outros pressupostos filosóficos, principalmente existencialistas. O existencialismo, em nosso século, reformulou o problema do ser, e certos filósofos (como por exemplo Werner Maihofer) escreveram sobre o embasamento ontológico da experiência jurídica.

Em contrapartida à concepção jusnaturalista aparecem a *histórico-sociológica* e a *lógico-formal*. Ambas são positivistas, contudo, enquanto a primeira não se detém na norma para questionar o positivo, a segunda não a ultrapassa.

Conforme a concepção histórico-sociológica, se o binômio direito positivo — direito natural não existe e se todo direito é positivo, o conteúdo deste último vai depender:

a) do passado como expressão do "espírito" de um povo na *Escola Histórica*;

b) do conjunto dos fatos ou da realidade social na *Escola Sociológica*;

c) da organização econômica da produção na sociedade capitalista burguesa no *materialismo histórico*;

d) da classe governante no *neomarxismo*.

A concepção positivista — normativista, cuja manifestação mais apriorada é a *lógica-formal* — não se interessa pelo conteúdo que é abstraído

da norma. Dentro do esquema “hipótese-consequência” (teoria pura), o jurista aceita qualquer norma como direito, desde, evidentemente, que estejam cumpridas as exigências que lhes conferem *validade* em sentido formal.

Deste modo se observa que, sejam quais forem os termos e os ângulos adotados, inclui-se na problemática da filosofia do direito a questão da análise dos *fundamentos* do saber jurídico; e esta análise se realiza em conexão com uma caracterização do próprio *objeto* desse saber. Por conseguinte, é a própria pretensão da *ciência*, que o saber jurídico encerra, que se questiona. Passamos então a estudar um dos momentos históricos mais célebres deste questionamento, ou seja, o estudo de Kirchmann sobre a carência de valor científico da “ciência jurídica”.

2 — Julio von Kirchmann e a negação do caráter científico da ciência do direito

2.1 — Época e bases da obra de Kirchmann

Em 1847, como Procurador do rei no Estado da Prússia (Staatsanwalt), pronunciou uma conferência intitulada: “Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft” (A falta de valor da jurisprudência como ciência). Foi publicada no ano seguinte provocando entusiasmo e muita discussão.

Idéias como as de Kirchmann sempre existiram.

No Renascimento, os humanistas sentiram uma aversão especial pelo direito, bastando recordar a ironia de Petrarca, Erasmo e Luís Vives contra os juristas, as burlas de Rabelais na sua criação do Juiz Bridoye, os ataques de Montaigne contra os intérpretes do direito e as negações céticas de Pascal sobre a justiça humana.

A jurisprudência conceitualista iniciada desde Puchta, pelos pandectistas, oferecia motivos abundantes de crítica. Acresce que na Prússia de inícios do século XIX, achava-se vivo o sentimento favorável a um direito genuinamente popular, o germânico. Aliás, a exigência de “nacionalidade” do direito se achava combinada com os dogmas da democracia liberal — conexão combatida por Stahl. Foi dentro deste contexto que Kirchmann apresentou a sua oposição ao direito dos juristas.

A partir do Renascimento se impôs a existência e/ou validade de um só tipo de ciência que, aliás, Aristóteles havia apresentado como o único possível. Só há ciência do *geral*, e este princípio, imperante em toda a filosofia grega e medieval, se concretizou na ciência moderna sob a forma da física matemática, em que todo e possível saber sobre a natureza está reduzido a noções absolutamente *universais* e *necessárias*. Só o geral tem importância, enquanto que o individual fica à margem. Pois o geral é estável e

por isso pode ser reduzido a leis constantes e imutáveis, enquanto que o individual escapa por natureza a toda tipificação genérica, a toda lei. No entanto, precisamente o direito pertence a esta casta de coisas singulares, irredutíveis em sua esquematização a uma lei geral, porque é essencialmente mutável.

2.2 — *As premissas de Kirchmann*

As ciências avançam lentamente. Suas leis são o resultado de uma longa tradição, em que o fruto do trabalho de um investigador passa a aumentar o patrimônio de seus sucessores, dedicados à mesma investigação. Agora como os objetos da ciência não mudam, essa lentidão não implica em nenhum inconveniente de ordem prática.

A Terra gira ao redor do Sol do mesmo jeito que há mil anos: por conseguinte ainda que esta verdade tenha demorado séculos para ser descoberta e mesmo que antes, toda humanidade tenha acreditado no contrário, uma vez descoberta, esta lei vale para o presente, para o futuro e para o passado. O objeto não foi afetado por erro da ciência⁽²⁾.

O Sol, a Lua e as estrelas brilham hoje como há milhares de anos. Porém o direito mudou. O casamento, a família, o Estado e a propriedade atravessaram as mais diversas formas. Assim, enquanto o direito varia rapidamente, a ciência jurídica é tão lenta quanto as outras (Kirchmann entende como diferentes direito e ciência jurídica: um povo pode viver muito bem sem uma ciência jurídica, mas nunca sem o direito. E continua: o direito deve ter alcançado um desenvolvimento muito grande para que seja possível pensar numa ciência jurídica e iniciá-la). Desta forma, quando se chega à compreensão de um fenômeno jurídico, este, provavelmente, já desapareceu e a ciência chegou tarde, pois ela nunca pode captar o presente. (A ciência dos severos *Instituta* do direito romano só ficou pronta, quando o *Ius gentium* já os havia substituído.)

Ocorre ainda que o erro da ciência do direito afeta o próprio direito: como obra humana, o legislador imprime à sua criação os erros científicos dos quais ele próprio participa. A ciência jurídica em geral tende a opor-se a todo progresso no direito. Ela cede ao progresso mantendo uma tendência em forçar as instituições atuais em categorias já ultrapassadas, porém bem conhecidas. (Neste sentido, os romanos possuíam as *quasi delicta*, *quasi contractus*, que eram em geral adaptações das instituições livres da época moderna ao modelo do período antigo mais severo.)

Uma outra particularidade da jurisprudência consiste, ainda segundo Kirchmann, no fato de que o direito não consiste apenas em “saber”, mas também em “sentir”. Se a luz constitui um movimento ondulatório do éter e o movimento retilíneo de corpúsculos finos, pode ser um problema inte-

ressante, mas a respeito dele não existe nenhum preconceito sentimental. A verdade é a única exigência. No direito, o oposto se verifica, na busca da verdade, os sentidos pessoais influem sobre o objeto: constituição ou ausência da mesma, liberdade ou censura de imprensa, sistema bicameral ou um regime diverso — suscitam preferências pessoais. Em quase todos os problemas jurídicos já há uma resposta pessoal antes da investigação científica. O sentimento é produto da educação, do costume, da atividade, do temperamento etc., não constituindo critério da verdade. A verdade pode ser também encoberta em nome da ideologia. (Depois que o tempo neutraliza um problema, a ciência pode resolvê-lo.)

A comparação dos objetos das ciências entre si conduz Kirchmann a uma outra particularidade do direito. Todas as ciências possuem leis e estas constituem a meta suprema. Todas as ciências tiveram no decorrer do tempo leis verdadeiras e leis falsas. No entanto a inexatidão das últimas não tem repercussões sobre o objeto científico. (A Terra gira em torno do Sol, ainda que Ptolomeu tenha afirmado o contrário.)

As leis positivas do direito detêm poder através das sanções e se impõem do seu objeto, pouco importando se verdadeiro ou falso. A lei positiva é rígida e o direito é progressivo, ocorrendo conseqüentemente uma luta do direito natural contra a lei positiva.

Kirchmann adverte que, ao contrário das outras ciências, a jurisprudência se alimenta das imperfeições de seu objeto. (Objeto este fragmentário, confuso e contraditório.) As lacunas, os equívocos, as contradições do direito são o tema favorito dos juristas. É aqui que entra a sentença famosa: "Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur", "três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras convertem-se em lixo".

Ocupa-se também Kirchmann com a arbitrariedade da lei positiva que contamina a ciência:

"Lo arbitrario en estas determinaciones limitativas de formas, plazos, etc., quedará según su propia naturaleza y pese a la más cuidadosa redacción de una fuente inagotable de dudas." (2)

A ciência tem como missão sistematizar o arbitrário.

Maiores inconvenientes, vê ainda este autor, na aplicação do direito ao caso concreto, ou seja, na administração da justiça:

"... la resolución depende exclusivamente de consideraciones externas como la probabilidad de la victoria, el costo del ensayo y la duración del proceso... la justicia se ha convertido por la ciencia en un juego de azar" (2)

Premissas de Kirchmann

1. Mutabilidade do objeto.
2. Atraso da ciência do direito com relação ao seu objeto.
3. O atraso da jurisprudência frente às demais ciências.
4. A influência dos sentidos pessoais sobre o objeto.
5. A questão do arbítrio e da contingência da lei positiva.
6. O problema da administração da Justiça.

Conclusão: A ciência do direito não existe.

3 — Críticas a Kirchmann

3.1 — Segundo o Prof. LEGAZ Y LACAMBRA, o argumento de mais peso, no caso, é o da índole individual do direito frente ao caráter estável e geral próprio dos objetos científicos em geral.

Mas, independentemente da crítica de Kirchmann, se elaborou, no pensamento filosófico do século XIX e sobretudo do século XX, a idéia de uma ciência do singular, visando fundamentar o caráter científico da História. O início deste tema se deve em parte ao romantismo (romanticismo), em parte ao idealismo (teoria do espírito objetivo de Schelling e Hegel), bem como em parte ao historicismo político de DE MAISTRE e BONALD e ao positivismo de COMTE; posteriormente foi a filosofia de WINDELBAND e RICKERT, a filosofia da vida de DILTHEY e toda a moderna sociologia, para não falar daquela outra direção, representada na França por JACQUES CHEVALIER, que propunha uma ciência do individual. Temos ainda a filosofia da intuição de BERGSON, que tende ao mesmo, e a doutrina da instituição de HAURIOU e de RENARD, que representa de certo modo a realização desta tendência individualizadora na filosofia política e jurídica.

Atualmente não constitui problema o caráter individual e histórico do direito para admitir a possibilidade de um conhecimento científico do mesmo, do qual se afirma precisamente, com plena consciência, que tende, em última instância, a apresentá-lo em seu caráter e rasgos autenticamente "individuais".

Por outro lado, nem tudo no direito é puro azar, fortuito ou história. Há também um elemento constante — tudo que pode ser expresso conceitualmente e em todos os conceitos jurídicos puros — que, como tal, é objeto de um conhecimento que é *científico* no entender de muitos autores, entre os quais o próprio LEGAZ Y LACAMBRA. Deste modo, não só o que é histórico e individual pode ser conhecido cientificamente em sua

individualidade, mas cabe também estudá-lo em múltiplas dimensões genéricas que afetam a sua estrutura unitária, o modo do seu nascimento, as leis de seu movimento e sua vida ⁽³⁾.

3.2 — Através do método indutivo pode-se conhecer o conteúdo “real” e a transformação “real” no desenvolvimento do direito e da moral, explica RUDOLF STAMMLER.

O realismo pressupõe, evidentemente, a existência de “pensamentos unitariamente ordenadores”, mas não se esforça em reconhecê-los, nisto residindo sua peculiaridade. O seu problema consiste em, mediante uma análise crítica, assegurar-se de quais sejam os métodos unitariamente ordenadores do conhecimento científico.

Por meio da indução não se alcança, como é natural, este fim. O conceito do direito não pode ser obtido indutivamente, ou seja, acumulando muitas experiências “jurídicas” para extrair delas o conceito comum do direito. Não é possível também explicar e descrever indutivamente a idéia de justiça, com sua particularidade e antítese, porque toda indução consiste em subordinar fenômenos concretos a gêneros superiores. Limita-se à matéria que pode ser percebida por nossos sentidos e não pode fornecer as formas puras do conhecer e do julgar.

Para Stammler não necessita existir oposição entre idealismo e realismo, pois aqui não se trata de “um e outro”, mas de “tanto um como outro”.

Os erros de Kirchmann, no assunto da jurisprudência “como ciência”, devem-se a uma posição equivocada, diz Stammler.

As três objeções formuladas:

- 1 — a *matéria* do direito é sempre mutável;
- 2 — o *conteúdo* do direito não está apenas no conhecimento, mas também no sentimento;
- 3 — as normas jurídicas *positivas* são estatuídas pelo homem.

“Kirchmann sabia perfectamente que la peculiaridad de la “ciencia” no radica en la *materia* elaborada, sino en el modo *formal* de elaborarla” ⁽⁴⁾.

O importante realmente é saber se é possível um método incondicionalmente unitário para ordenar o conteúdo do querer jurídico.

3.3 — A célebre frase de Kirchmann (“três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em lixo”) é uma trivialização

pseudopolítica de um problema não captado, diz HERNÁNDEZ-GIL. Pode-se pôr em dúvida a cientificidade do direito, mas a negação neste caso não pode basear-se nas suas premissas.

A variabilidade do objeto — “três palavras retificadoras do legislador” existirá apenas se forem consideradas como objeto único da ciência jurídica as leis contidas num determinado ordenamento que, realmente, são modificáveis. Às vezes, as palavras retificadoras introduzem modificações secundárias, formais ou simples detalhes, tal como a introdução de um simples neologismo num idioma não produz modificações neste enquanto sistema.

Se um cidadão romano despertasse de um sonho de dois milênios, o diálogo menos cheio que surpresas que poderíamos ter com ele seria relativo às muitas instituições e regras jurídicas; poderíamos falar com ele numa linguagem comum sobre a posse, o usufruto, a herança etc. No entanto, ele não compreenderia que a Terra havia deixado de ser o centro imóvel do universo, etc. (1).

Desta forma, conclui Hernández-Gil que a variação das leis não é a medida da variação do direito, e a variação do direito no tempo e no espaço é proporcionalmente inferior a outras variações ocorridas no próprio homem e em torno dele.

A mobilidade do objeto de qualquer forma não torna anticientífico ou acientífico o conhecimento. Se a ciência jurídica tivesse que pagar como preço da sua cientificidade a invariabilidade do objeto, indiscutivelmente não seria ciência, mas também não seria nenhuma outra atividade cognoscitiva. É ciência, apesar da variabilidade do objeto, melhor ainda, por causa da variabilidade, conclui Hernández-Gil.

E para terminar, observa que as bibliotecas inteiras que se tornam inúteis por causa das “três palavras retificadoras” nunca serão formadas por livros verdadeiramente científicos, mas por “literatura” de ocasião, nem ao menos técnica. O *tratado de Pandectas*, por exemplo, de Windscheid (para citar um conterrâneo, diz ele) nunca poderá ser lixo, ainda que o “direito privado comum alemão de origem romana” tenha deixado de vigorar na Alemanha desde 1900.

4 — Outras posições positivas

4.1 — Para THEODOR VIEHWEG, quando se encontra em um determinado terreno, um “estilo de pensamento”, surgem do ponto de vista de uma teoria da ciência duas possibilidades.

A primeira é tentar converter esse “estilo” num método dedutivo, o que, em caso de êxito, faz aparecer uma disciplina que como diz esse autor,

cumpra o ideal lógico de uma ciência, porque seus conceitos e suas proposições formam um conjunto unitário de definições e de fundamentos.

A segunda possibilidade é conservar o “estilo” encontrado substancialmente tal como é, e fazendo-o assim objeto de uma ciência. (Pois o método que elimina o “estilo” não está em condições, nem por provas nem talvez por demonstrações, de substituí-lo no campo em questão.)

Aplicadas às disciplinas jurídicas, continua Viehweg, essas possibilidades significam, no primeiro caso, que se pretende tornar científica a *techne* jurídica e, no segundo, fazê-la naquilo que ela é, objeto de uma ciência (8).

Fazendo um pequeno aparte, explicaríamos, a “*téchne* do pensamento que se orienta para o problema” constitui a *Tópica*. Esta é portanto uma “técnica do pensamento problemático”.

Viehweg entende que para conceber a jurisprudência como ciência, a moderna cultura da Europa Ocidental dirige-se contra a *tópica*. Torna-se necessário, tendo-se por objetivo a “cientifização” pretendida, substituir a *tópica* pelo *sistema*. Porém isto só pode ser feito utilizando os resultados obtidos previamente pela *tópica* e colocando em uma ordem lógica os conceitos e as proposições por ela elaborados. Está assegurado, desta maneira, o método *dedutivo*.

Em princípio, continua este autor, a *sistematização dedutiva* não é uma tarefa demasiado difícil. Sua expressão mais precisa obtém-se segundo o *método axiomático*, que consiste em ordenar, de acordo com sua dependência lógica, de um lado os enunciados, de outro os conceitos de uma área qualquer (não lógica).

No âmbito jurídico, a unidade sistemática é algo antecipado. Dificilmente, diz Viehweg, é possível assinalar até que ponto ela existe efetivamente, ainda que seja de um modo parcial e aproximado, pois faltam as correspondentes investigações axiomáticas.

Para Viehweg, no estado atual da investigação dos fundamentos da ciência do direito, não se pode dizer com suficiente certeza onde se encontram, no ordenamento jurídico, os conjuntos de fundamentos de maior amplitude e que grau de perfeição alcançaram. Em conseqüência, não é possível tampouco determinar, de um modo isento de objeções, o peso lógico de uma proposição qualquer dentro do conjunto jurídico total. Só é possível conhecer por suposições em que medida uma proposição qualquer está assegurada sistematicamente, isto é, até que ponto está protegida de possíveis colisões, pois seu peso lógico se determina conforme o alcance e o grau de perfeição do conjunto de fundamentos em que, como axioma ou derivado, participa, o que de fato não se conhece nunca de um modo completo.

O tecido jurídico total não constitui um sistema lógico, mas uma indefinida pluralidade de sistemas. Essa pluralidade torna possível a produção de contradições, sendo necessário um instrumento que as elimine, que é a *interpretação*. O pensamento *interpretativo* tem de mover-se dentro do *estilo da tópica*.

A *tópica* se infiltra, pois, no sistema jurídico através da mencionada *interpretação* ⁽⁸⁾.

4.2 — Para evitar o problema das dificuldades encontradas pelo termo *ciência*, certos autores em nosso século têm utilizado a expressão plural: “ciências do direito”, abrangendo com isto disciplinas de diferente teor.

Acha-se no caso o filósofo Gustavo Radbruch. Para ele “ciências do direito” são as diferentes ciências que podem ter o direito por objeto e “ciência jurídica” aquela que dentre essas ciências trata do direito com os métodos especificamente chamados jurídicos. Essa última, essencialmente sistemática e dogmática, pode definir-se como a ciência do sentido objetivo do direito ou de qualquer “ordem jurídica” positiva ⁽⁴⁾.

Primeiro — O seu objeto é constituído pela “ordem jurídica” positiva, pelo direito positivo. Ela é a ciência do direito *vigente* e não do direito *justo*; do direito que é, e não do direito que *deve ser*. Nisso ela se distingue das outras ciências do direito que têm por objeto o direito ideal ou o que deve ser, como são a filosofia jurídica, a ciência dos fins do direito, e a política do direito, ou a ciência dos meios que melhor podem conduzir ao fim que se escolheu.

Segundo — Ocupa-se das *normas jurídicas* e não de outros fatos que possam interessar o mundo do direito. A “ordem jurídica”, as normas jurídicas são conceitos que se acham já em si mesmos referidos, imediatamente, a valores; são dados de fato que, pelo sentido que possuem, rechaçam o serviço da idéia de justiça. Ao passo que, por outro lado, a vida do direito e os outros fatos jurídicos são conceitos apenas indiretamente referidos a valores; são dados que, segundo o seu sentido específico, devem apenas corresponder àquela “ordem jurídica”, àquelas normas jurídicas que se acham já previamente orientadas no sentido da idéia de justiça.

Terceiro — É uma ciência do sentido objetivo e não subjetivo do direito. Tem apenas de fixar o modo como deve entender-se o direito e não o modo como ele foi entendido ou pensado por alguém. Disso tratam as outras ciências, como a teoria social do direito (JELLINEK), a história do direito, o chamado direito comparado e ainda a sociologia jurídica.

O trabalho da ciência jurídica propriamente dita, como ciência dogmática e sistemática do direito, realiza-se, porém, em três tempos: a interpretação, a construção e a sistematização.

Interpretação: Visa fixar, não um fato, mas o *sentido objetivamente válido* dum preceito ou disposição jurídica (4).

Em toda obra legislativa intervém uma grande multiplicidade de autores e, portanto, de opiniões diferentes; ao passo que o intérprete tem de procurar uma só interpretação inequívoca da lei, que possa ser utilizada na aplicação do direito. Além disso, os autores não são de fato os legisladores. A vontade destes não pode equivaler à vontade coletiva dos que participaram da feitura da lei, mas só à vontade do próprio Estado. Ora, o Estado não nos fala através das declarações pessoais dos autores da lei, mas tão-só através da própria lei. A vontade do legislador coincide com a do Estado e significa tão-só o mesmo que a personificação de todo o conteúdo da legislação, ou este mesmo conteúdo refletido numa fictícia unidade de consciência.

A interpretação jurídica parte da interpretação filológica da lei, mas para ir mais além dela. A interpretação é prática, criadora, produtiva e ultracientífica e acha-se também movida pelo constante fluxo das próprias necessidades da vida do direito.

Foi a Escolástica quem primeiro transformou num método científico esta forma de interpretação que visa a captar o sentido supraconsciente dos textos.

Admitindo por trás do sentido alegórico a existência dum sentido moral e dum sentido anagógico, e fundando-se na doutrina da inspiração, a Escolástica julgou poder descobrir na Sagrada Escritura os pensamentos realmente pensados, não pelo autor humano, mas pelo próprio Deus.

E não deixe de observar-se que a interpretação jurídica é uma forma de interpretação lógica. Se a origem da lógica geral está no ensino retórico dos sofistas, a origem da lógica científica está antes na lógica dos advogados, pois a retórica é a arte da demonstração e da refutação nas discussões e sobretudo nas discussões perante os tribunais. Ora, esta arte lógica da demonstração e da refutação em face da lei não começa por perguntar-se: que pensou a este respeito o legislador? Mas sim: que poderemos nós a este respeito depreender do texto da lei?

Uma interpretação racional da lei se acha muito próxima do blicismo da velha teologia protestante, que há muito já foi ultrapassada.

Daqui depreende-se, portanto, para a ciência do direito, a necessidade duma dupla elaboração do seu objeto. Primeiro duma elaboração categorial com o fim de nos apresentar o direito justamente como uma realização do conceito de direito e das categorias jurídicas nele contidas; e segundo: duma elaboração *teleológica* que tem por fim descrever-nos o direito como uma tentativa de realização da sua idéia. É a esta dupla elaboração da

matéria jurídica que se dão os nomes de *construção e sistematização*. Esta última, porém, não é mais do que uma construção referida a toda a "ordem jurídica" em conjunto.

OBS.: A propósito da interpretação, também é interessante a opinião do Prof. Luís Recaséns Siches. Este afirma que o juiz em todo e qualquer caso deve *interpretar* a lei precisamente do modo que leve à conclusão mais *justa* para resolver o problema. "El método de ininterpretación es el loges de lo razonable." (5)

Ao agir desta maneira, o juiz, longe de afastar-se do seu dever de obediência à ordem jurídica positiva, dá a este dever o mais perfeito cumprimento.

O legislador, mediante as normas gerais que emite, se propõe realizar a justiça e os valores por esta implicados em maior grau possível, em uma determinada sociedade concreta. O juiz quando interpreta as leis de maneira que o resultado esteja mais de acordo com a justiça é muito mais fiel à vontade do legislador do que quando interpreta literalmente, ou reconstruindo a vontade do legislador, se esses métodos levam a uma solução menos justa.

5. Notas bibliográficas

1. HERNÁNDEZ-Gil, Antonio — *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1976 pp. 11, 12, p. 27 p. 19.
2. KIRCHMANN, Julio Germán von — *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho in La Ciencia Del Derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 257 e ss., p. 276, p. 277.
3. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis — *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1943, p. 132.
4. RADBRUCH, Gustav — *Filosofia do Diritto*, 6ª ed. Ed. Arménio Amado. Coimbra, 1979, p. 227, p. 230.
5. RECASÉNS SICHES, Luis — *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 4ª ed. Ed. Porrúa, México, 1970, p. 660.
6. STAMMLER, Rudolf — *Doctrinas Modernas sobre el Derecho y el Estado*. Ed. Compañía General, México, 1941, p. 200.
7. VERNENGO, Roberto — *La Naturaleza del Conocimiento Jurídico*, Ed. Cooperadora de Derecho e Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, p. 14.
8. VIEHWEG, Theodor — *Tópica e Jurisprudência*, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, pp. 75 e seguintes.
9. WOLF, Erik — *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1962.

As chamadas prescrições “negativa” e “positiva” no Direito Civil Brasileiro e Português, semelhanças e diferenças

Prof. Dr. LUIZ R. NUÑES PADILLA

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Origens e fundamento das prescrições.* 3. *Esboçando uma teoria geral das prescrições.* 4. *Do direito luso-brasileiro, a comparação.* 5. *O problema decorrente da antiguidade do texto nacional.* 6. *Conclusão.* 7. *Bibliografia.*

Dormientibus non succurrit jus

“A comparação entre sistemas jurídicos não deve ser feita com a finalidade de examinar apenas suas proposições em face dos de outros povos, mas de estudá-las em conjunto com a realidade social e o direito imediatamente anterior.” CLOVIS V. DO COUTO E SILVA (n.º 19, p. 135.)

Introdução

Comparando os direitos brasileiro e português na área da prescrição e da usucapião, afigurou-nos possível esboçar uma teoria geral das prescrições unindo ambos os institutos; por outro lado, dentre as semelhanças e diferenças entre os dois direitos, descobriu-se que embora o direito nacional estivesse mais atrasado ao regular as relações entre particulares e comerciantes, a doutrina e jurisprudência brasileiras cuidavam de produzir efeitos como os da legislação portuguesa. Antes de desenvolver tais temas,

Convenções abreviaturas:

C.C.B. = Código Civil Brasileiro

C.C.P. = Código Civil Português de 1966

C.P.C. = Código de Processo Civil Brasileiro

C. Seabra = Código Civil Português de 1967

Os números grifados (entre parênteses) correspondem aos números das obras na bibliografia.

teceremos algumas considerações sobre a origem e os fundamentos da prescrição. Daí tentaremos estabelecer uma teoria geral das prescrições, abrangendo também a usucapião. Em seguida, a comparação propriamente dita entre os dois ordenamentos, seguida de um aprofundamento no ponto de divergência entre os textos legais, no trato das relações entre particulares e comerciantes, concluindo-se pela necessidade de aprimoramento no texto legal nacional.

Da prescrição

Origens

A prescrição vincula-se à própria natureza humana, remontando à mais alta antiguidade. Foi conhecida por todos os povos que se regeram por leis, tanto na Europa, quanto no Oriente (Platão refere a Usucapião na sua *República* (n.º 46, p. 8), embora somente os romanos lhe tivessem imprimido a forma que hoje se conhece (CUNHA GONÇALVES, n.º 29, p. 628).

O Termo vem do latim *praescriptio*, o mesmo que *exceptio* exceção; qualquer exceção, oposta antes (*prae*) da fórmula (*scriptio*). Dentre elas havia a *temporalis praescriptio*, exceção de tempo, sendo que a *usucapio* (ou seja, captar, adquirir pelo uso) remonta à *Lei das Doze Tábuas*, quando por posse de apenas dois anos se adquiria imóvel (um ano para os móveis); na realidade, importava à República que as terras fossem sempre cultivadas; era instituição do *ius civile* e, portanto, só podia ser invocada pelos cidadãos; mais tarde, o direito pretoriano facultou aos peregrinos a *praescriptio longi temporis*, que se distinguia no prazo, bastante dilatado se comparada à primeira: 10 ou 20 anos, conforme residentes na mesma província ou em diversas.

Através de JUSTINIANO, o instituto deixa de ser apenas uma exceção, passando a forma de aquisição e extinção de direitos, unificando as figuras da *usucapio* e *praescriptio longi temporis* com os prazos da primeira, e com um novo prazo de três anos para os móveis.

Fundamento

A prescrição, a princípio, revela-se instituto pouco carismático. Afinal, despoja o proprietário da coisa ou crédito, única e exclusivamente pela negligência no exercício dos direitos, muito embora durante todo o decurso do lapso prescricional, o beneficiário da prescrição estivesse sujeito ao dever não só moral, mas jurídico, de respeitar aqueles mesmos direitos que terminaram por prescrever.

Entretanto, revela-se necessária à estabilidade social, excluindo a ameaça representada pela demanda (SÍLVIO RODRIGUES, n.º 13).

Esboçando uma teoria geral das prescrições

Seria possível estabelecer uma teoria geral abrangendo ambas as prescrições? Pensamos que sim e, para tanto, iniciemos pelo CONCEITO de prescrição:

Não se registra qualquer divergência digna de nota: o conceito é praticamente universal; os códigos atuais sequer dela se ocupam (o C. SEABRA (de 1867), ainda conceituava o instituto no art. 505, *caput*).

Embora tecendo críticas a uma *teoria geral da prescrição* (Tratado, § 662, 1. 7 e ss.), o Embaixador PONTES DE MIRANDA define o instituto como *exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação* (§ 662, n.º 2). Como se verá, esse conceito permite tipificar tanto a prescrição extintiva, quanto a usucapião. Daí a sagacidade do mestre, dizendo que tal conceito foi extraído do C.C.B., ou seja, atribuindo o conceito ao legislador, quando, na verdade o C.C.B. não chega a emitir conceito de prescrição; prosseguindo na leitura do Tratado, adiante, nota-se a prudência do grande Mestre, no trato da Usucapião (Tratado, §§ 1.192-8), cuidando em não emitir conceito da *usucapião*, evitando assim repetir aquela fórmula utilizada ao conceituar a prescrição extintiva.

Já o Código Civil francês, art. 2.219, adota a definição unitária: *um modo de adquirir ou de se libertar por um certo lapso de tempo, e sob as condições determinadas pela lei* (n.º 46, p. 9), definição incorporada aos códigos da Áustria, Itália, Chile, Argentina e Espanha, que se sujeitaram às mesmas críticas opostas a JUSTINIANO, segundo as quais a prescrição seria uma *força extintiva* da ação e de todos os recursos de defesa, enquanto a usucapião, transformando a posse em propriedade, seria *fonte de direitos reais*.

Do direito luso-brasileiro, a comparação

Assinala Guilherme Braga da Cruz um paradoxo no distanciamento, que a codificação lusa toma de suas tradicionais fontes, enquanto o C.C.B. vai abeberar-se nestas fontes por obra de Teixeira de Freitas; desta forma, o direito romano, não somente inspirador da legislação portuguesa, mas sua fonte subsidiária (n.º 24), incorpora-se em 1.445 dos 1.807 que compõem o C.C.B. (n.º 3, pp. 29 e 42).

Dentre os legados do Direito romano, a prescrição era dos mais elaborados, pouco se modificando desde então; essa a razão por que, embora o hiato verificado no desenvolvimento histórico dos ordenamentos jurídicos dos países estudados, no que respeita às “disposições gerais”, ambas as leis, brasileira e portuguesa, apresentam disposições de idêntico efeito.

O C. SEABRA dividia o instituto em Prescrição Positiva e Negativa; o C.C.B. aborda a prescrição subtítulo *O tempo e sua repercussão nas relações jurídicas*, retomando a usucapião como forma de aquisição da propriedade (art. 1.316); nosso código discorre separadamente da prescrição e da (*sic*) usucapião.

Da prescrição extintiva ou negativa

O art. 166 do C.C.B., bem como o art. 219, § 5.º, c/c art. 128 *in fine*, do nosso C.P.C., assemelham-se ao art. 303 do C.C.P., que amplia o art. 515 do C. SEABRA, pelos quais a prescrição tem de ser invocada, por quem

dela se aproveita (C.C.P., art. 303, c/c 301, e 305,1; C.C.B., art. 162); nosso direito, talvez por ser antigo, expressamente submete a pessoa jurídica a tais regras (C.C.B., art. 163).

Em ambas legislações a renúncia à prescrição pode ser tácita, mas só se a admite após o lapso prescricional (C.C.B., art. 161; C.C.P., art. 302, 1. e 2.; e art. 508 do C. SEABRA); entretanto, o legislador pátrio, ao contrário do português, cuida de definir a *renúncia tácita* (art. 161, parágrafo único), enquanto o C.C.P. cuida de excluir a necessidade de aceitação da renúncia (art. 302, 2., *in fine*). Nota-se, contudo, preocupação comum em salvaguardar direitos de terceiro (C.C.B., art. 161, *caput — in fine*; C.C.P., art. 302, 3., c/c art. 305, 1., 2. e 3.; C. SEABRA, arts. 509 e 2.040).

E em ambos a prescrição não pode ser invocada como motivo para *repetição* de indébito (C.C.B. art. 970, C.C.P. art. 304, 2) e *continua a correr* contra os sucessores (C.C.B., art. 165; C.C.P., art. 308, 1; o C. DE SEABRA não dispunha a respeito; o prazo ordinário lá é sempre de 20 anos (C.C.P., art. 309), mas já foi de até 30 anos (C. SEABRA, art. 535), enquanto aqui se estabelecem distinções entre ações pessoais (20 anos) e reais (10 a 15 anos — C.C.B. art. 177).

Mas há, no C.C.P., *dissemelhanças*, como as *prescrições presuntivas*, ou presunção de cumprimento (C.C.P., art. 312), que só podem ser elididas se o devedor, por escrito ou em juízo, confessar que não pagou (C. SEABRA, art. 542), presumindo-se esta pela recusa em depor (a semelhança do art. 343, § 2.º, de nosso C.P.C.). O instituto é de extrema importância (*).

Outra distinção importante, diz respeito à compra e venda com reserva de domínio, instituto sequer previsto em nosso C.C. Na lei portuguesa, mesmo prescrito o crédito, inobstante a prescrição pode o vendedor exigir a restituição da coisa (C.C.P., art. 304, 3).

No que respeita ao *início do curso de prescrição*, e causas de suspensão e interrupção, ambos os direitos são bastante semelhantes, divergindo apenas no direito português, que:

a) mais moderno, prevê como causa de suspensão da prescrição a existência de relação de emprego doméstico entre as partes (C.C.P., art. 318, e);

b) admite a suspensão mesmo entre cônjuges separados (C.C.P., art. 318, a, contrário ao C.C.B., art. 168, I);

(*) A importância deste instituto está em que atinge, em dois anos, todos os créditos dos comerciantes e prestadores de serviços em geral, inclusive hotéis e restaurantes, excetuando-se da regra créditos decorrentes do comércio de bens para revenda; os particulares não necessitam guardar comprovantes de pagamento por mais de dois anos porque, se demandados, basta afirmar que pagaram e a demanda será arquivada; aqui no Brasil, além de vigorar o prazo de 3 anos para a ação cambial, após estes 3 anos inicia o prazo de 20 anos (ordinário) da prescrição da ação *in rem verso* (nº 54). Adiante, ao tratar dos cancelamentos de SPC e PROTESTOS, bem como na conclusão, o tema será novamente abordado.

c) considera interrompida a prescrição mesmo sendo anulada a citação ou notificação (C.C.P., art. 323, 3., que se choca com o C.C.B., art. 175; bem como com C.P.C., art. 219, *caput*) — aceita a interrupção a partir do quinto dia após o requerimento de citação que não tiver sido atendido por motivo alheio à vontade da parte (C.C.P., art. 323, 2.);

d) equipara à citação qualquer meio judicial de que dê conhecimento ao devedor (C.C.P., art. 323, 4); no Brasil, entretanto, *vistoria não interrompe a prescrição* (Súmula 154, do STF).

Outra diferença está na existência de regras específicas sobre a caducidade (C.C.P., arts. 328 a 333), não existentes no C. SEABRA, estabelecendo o C.C.P., no art. 298, n. 2, que, não mencionando a lei tratar-se de prescrição, as regras e serem aplicadas são as da caducidade.

Da usucapião

Nosso Código Civil é muito criticado, e com razão, por Lenine Nequete (n. 46, p. 7), pois fala da usucapião, equívoco reproduzido até mesmo pela mais alta Corte do País da edição da Súmula 237 (o *usucapião pode ser argüido em defesa*); afinal o vocábulo é feminino (cf. ANTONIO GERALDO DA CUNHA, *Dicionário Etimológico Nova Fronteira*, p. 807) e o próprio legislador cuidou de corrigir o equívoco quando da edição da Lei n.º 6.969, em 10-12-81, regulando a usucapião especial (cf. arts. 2.º, 3.º, 7.º).

O moderno legislador português foi mais cuidadoso, empregando corretamente o vocábulo no feminino (C.C.P., arts. 1.288, 1.289, 1.291, 1.292, 1.296, 1.297, 1.299, 1.300, n. 1), abandonando a idéia do Código de Seabra, de uma “prescrição positiva”, mesmo porque tal seria incompatível com o novo art. 298, n. 3, pelo qual os direitos de propriedade não prescrevem, mas podem extinguir-se pelo não uso, ou seja, não se trataria de prescrição mas de “caducidade” (decadência).

Mas será correto dizer Prescrição Aquisitiva (ou Positiva)? Haverá uma prescrição “aquisitiva” ou “positiva” em justaposição a uma “negativa” ou “extintiva”?

Para responder se faz necessário retomar o conceito de prescrição, e perquirir da existência, ou não, modernamente, de uma *Teoria Geral da Prescrição*.

Da teoria geral da prescrição

Como se viu, historicamente, os conceitos nasceram separados. Prescrição surge como exceção de tempo para exonerar do cumprimento; usucapião como apreensão pelo uso, parecendo ser o uso muito mais significativo que o tempo, notadamente quando se tem em conta que os cidadãos adquiriam os imóveis, por usucapião, em dois anos.

As críticas que se fazem à unificação feita por JUSTINIANO podem ser resumidas em que a prescrição seria a força extinguindo a ação e

recurso de defesa, ao passo que a usucapião criaria direitos reais de propriedade. São críticas razoáveis.

Mas seria só isto, efetivamente o que acontece? A usucapião somente cria direito real? A prescrição somente extingue direitos? Nos parece que não. Vejamos os dois institutos do ponto de vista dos patrimônios de ambas as partes.

Usucapião: antes dela, o bem já existia e, o direito real *idem* (não há bens, indefinidamente sem dono; pode haver o desinteresse, abandono, pelo titular, mas o bem é de alguém e se não for de ninguém, é do Estado). Quando ocorre a usucapião, opera-se uma transferência patrimonial, isto é, o bem deixa de ser propriedade do antigo dono, passando ao domínio do que até então era mero possuidor. Após um determinado tempo de ocupação, o possuidor não poderá ser molestado pelo antigo dono: aconteceu a usucapião (transferência da propriedade pelo uso), e a sentença que julga a ação é *declaratória* (n. 46, p. 17).

Prescrição extintiva: o ex-titular de um crédito (decorrente da venda de um bem ou serviço) perde o direito de reivindicar esse crédito: o patrimônio do até então credor diminui no exato valor do crédito, enquanto o patrimônio do até então devedor aumenta na mesma proporção; em outras palavras, observa-se uma transferência patrimonial do credor para o devedor, da mesma forma como acontece na usucapião; nesta, o bem passa ao domínio do possuidor; naquela ocorre o mesmo fenômeno, porém de forma dissimulada, pois no surgimento do crédito, ocorreu uma permuta: um bem ou serviço é prestado para o devedor, e o credor recebe um crédito de valor equivalente, de forma que o patrimônio de ambos mantém-se equilibrado; da mesma forma, quando o devedor resgata o título, pagando ao credor, não há alteração nos patrimônios, pois o devedor, até o pagamento, quando entregou valores ao credor, possuía em seu passivo aquele débito o mesmo acontece com o credor que ao receber o pagamento, continua com o mesmo ativo, eis que o crédito também figurava como tal em seu patrimônio. Ocorrendo prescrição, entretanto, o devedor não mais tem de pagar o crédito que desaparece do patrimônio do credor; assim como na usucapião, onde um bem passa do patrimônio de uma para outra pessoa, na prescrição opera-se transferência patrimonial. Assim, o equívoco está em não vislumbrar na prescrição extintiva a transferência patrimonial que de fato ocorre, pois os bens do comércio, os créditos, não desaparecem, não se extinguem, nem nascem do nada; apenas são transferidos, de um patrimônio para outro: aplica-se, aqui, também, a Lei de LAVOISIER, *nada se cria, nada se perde, tudo se transforma*.

Concluindo essa tese tanto usucapião, quanto a prescrição extintiva, são um reconhecimento jurídico, posto que a sentença é declaratória, da transferência patrimonial, decorrente do decurso do prazo em condições assinaladas na lei (compare com a definição do Código Civil Francês,

art. 2.219: *um modo de adquirir ou de se libertar por um certo lapso de tempo, e sob as condições determinadas pela lei (n.º 46, p. 10).*

Assim, não se justifica qualificar a usucapião e a prescrição, como positivas ou negativas, aquisitivas ou extintivas, já que ambas, na verdade, operam transferências patrimoniais, e os adjetivos somente servem para estabelecer o caos. A transferência será sempre, ao mesmo tempo, positiva e negativa, dependendo do ponto de vista: para os credores e os antigos proprietários do bem transferido, a prescrição será sempre negativa. Chamar a usucapião de prescrição aquisitiva seria errado por ignorar um dos pólos da relação: o antigo proprietário que perde o domínio.

Ademais, quando mais não fosse, zelando pela origem dos institutos, deve-se preservar a nomenclatura *usucapio & praescriptio*.

O problema decorrente da antigüidade do texto nacional

Como destacamos, no Direito Português há uma prescrição dita presuntiva, presunção de pagamento, quando decorridos dois anos do crédito derivado de prestação de serviço ou venda de bens a particulares (prazo inferior ao da própria lei uniforme) quando basta que o devedor diga que pagou, não se admitindo prova em contrário.

Não há nada semelhante no direito positivo pátrio, existindo entendimentos doutrinário-jurisprudenciais bastantes divergentes, pois coexiste a possibilidade do credor mover ação de locupletamento após a prescrição do título, e ao mesmo tempo o devedor pedir o cancelamento do protesto, apenas com base na prescrição do título, e sem sequer ouvir o credor.

Uns afirmam que a prescrição do título permite ação por locupletamento, que seria ação de natureza cambiária (PONTES DE MIRANDA, *apud* ANTONIO CHAVES, *n.º 11, p. 18-9, S.I. ARAGÃO, n.º 9.4, e T.P.P. SILVA, n.º 54, p. 440*) porque a posse do título indica o não recebimento do seu correspondente valor e faz presumir o prejuízo sofrido, incumbindo ao devedor provar o pagamento (PAULO RESTIFFE NETO, *in Anotações à Lei Uniforme de Genebra Vigente no Brasil — Lei do Cheque —* RJ, RT, 1973, p. 200) entendimento acolhido pela 2.ª C.C. do T.J. do Mato Grosso na Apelação Cível n.º 10.996 (adv/coad 25399).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná (RT 362/420), o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (JULGADOS 60/320, AC. 186003273), a Corte co-irmã de São Paulo (RT 230/440 & ADV/COAD n.º 23662, esta por sua 4.ª C.C., Apelação n.º 340.269, invocando lição de FRAN MARTINS, "Títulos de Crédito", RJ, Forense, 1983, v. II, 3.ª ed., p. 149), o STF — Supremo Tribunal Federal, no R.E. 74.241-RS (n.º 2) a 2.ª C.C. do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível n.º 32.308/84 (adv/coad 23661), invocando JOSÉ MARIA WHITAKER (*Letra de Câmbio, p. 287, n.º 206*) a prova do prejuízo é feita pelo portador com a simples exibição do título não pago, cumprindo ao devedor a prova do pagamento; e, em Embargos Infringentes n.º 32.199 (adv/coad 22449), o mesmo Tribunal, pelo 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, manifesta idêntico

entendimento, somente divergindo no que respeita à correção monetária que, segundo a minoria, deveria incidir desde o vencimento do título, por se constituir em ato ilícito.

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nos Embargos Infringentes n.º 63.923 (adv/coad 24471) publicado no D.J., MG 31-8-85, manifesta divergência relativa ao termo inicial da correção monetária: além de respeitável doutrina, o voto vencido refere jurisprudência daquela Corte e do STF (RE 83950, RTJ 88/603), concedendo a correção monetária desde o vencimento da cambial prescrita.

A mesma Corte mineira, por sua Primeira C.C., na A.C. 70601 (em acórdão unânime de 17-3-87, publicado na adv/coad n.º 35593, e no *Diário de Minas Gerais*, n.º 182, de 23-9-87, capa e fl. 2) assim como o Tribunal de Justiça de São Paulo, 4.ª C. Civ., A.C. 91.934-1, (adv/coad 38723) bem como as cortes gaúchas, Tribunal de Justiça do RS (AC 585042211, 5.ª C.C., Rel. Des. Ruy Rosado, j. em 15-10-85) e Tribunal de Alçada do RS em Embargos Infringentes n.º 186052767 (Julgados do TARGS 64/374) concedem a correção monetária desde o vencimento das cambiais prescritas. *Tais acórdãos, unânicos, praticamente igualam os processos de conhecimento, embasados em cambiais prescritas, a processos de execução onde, por força de embargos do devedor, tivesse ocorrido dilação probatória.*

Desta forma, não resta dúvida ser plenamente cabível a ação de locupletamento, durante os vinte anos que se seguirem ao vencimento da duplicata ou promissória. Como, então, permitir ao devedor pedir o cancelamento do protesto alegando a tão só prescrição do título, antes do prazo de prescrição ordinária, sem que fosse citado o credor? Tal direito foi negado pela 9.ª C.C. T.J. R.J., Apelação Cível n.º 1.657/87 (adv/coad 37203), e T.J.R.S., Apelação Cível n.º 585048127, Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício.

Surgiram, entretanto, respeitáveis entendimentos contrários: o Des. Paulo Boeckel Velloso, na Apelação Cível n.º 585048242 (RJTJRS 115/383), deferiu cancelamento de protesto por força da prescrição porque entendeu não aproveitar ao credor a manutenção do registro após o lapso prescricional do título, numa forma de repúdio ao abuso do direito, pois de fato se o credor protestou o título, por falta de pagamento, assistia-lhe o direito de ver mantido o protesto até o pagamento (o art. 160, I, *in fine* e *contrario sensu*, do C. Civil, serviria como suporte legal contra o abuso de direito). Também o Dr. Ivo Gabriel da Cunha, Apelações Cíveis n.ºs 186026969 e 186063681 (Julgados do TARGS 59/252, 63/367), manifesta a odiosidade do registro perpétuo, deferindo o cancelamento após a prescrição do título de crédito e *inaudita altera parte*.

Após obterem cancelamento dos protestos, alguns devedores voltaram-se contra o SPC, Serviço de Proteção ao Crédito, pedindo o cancelamento dos registros após o lapso de 3 anos.

Entendendo que a prescrição do título não afastava a possibilidade da cobrança do débito em ação ordinária, a 4.^a C.C. T.J.R.G.S. negou o pedido na Apelação Cível n.º 587031808 (adv/coab 35984), em jul/87.

Mais recentemente, a 3.^a C.C., Rel. Des. Flávio Pâncaro da Silva, A.C. 587061482, manifestou idêntico entendimento, de que o prazo para obtenção do cancelamento no SPC seria de vinte anos.

Entretanto, tanto a 5.^a C.C., Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., quanto a 4.^a C.C., Rel. Des. Vanir Perin, na falta de critério legal, fixaram como parâmetro o prazo da pretensão executiva (3 anos). Pouco antes da concretização escrita deste trabalho, era editada a Súmula n.º 11, das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o seguinte teor: "a inscrição do nome do devedor no Serviço de Proteção ao Crédito — SPC, pode ser cancelada após o decurso do prazo de três anos". A decisão parece inclinar-se no sentido do antigo entendimento doutrinário, minoritário, onde Magarinos Torres, Pugliese e o Prof. ERNANI ESTRELA, dentre outros, sustentavam que a prescrição da cambial implicava na perda de todo direito, vedando a *actio in rem verso*; afinal, se durante o prazo de prescrição da ação executiva o credor não demandou o devedor por desconhecer-lhe o paradeiro ou bens penhoráveis, nada impediria que amanhã viesse a descobrir bens do devedor e, prescrita a via executiva, promova ação ordinária? E haverá melhor forma de descobrir o devedor do que manter-lhe o nome no cadastro do SPC, compelindo-o a procurar o credor?

A situação agravou-se pelo ajuizamento de milhares de ações, objetivando cancelar os registros do SPC, onde, em muitas delas, houve decisões, a nível de tribunal, contrárias à aludida Súmula n.º 11, de forma que a controvérsia remanesce na falta de melhor regulamentação legal a respeito.

Conclusão

As prescrições têm, como se viu, seu fundamento na segurança e estabilidade social decorrentes da eliminação do perigo das demandas após um certo lapso de tempo. Observa-se, contudo, ao lado da *deficiente compreensão quanto a natureza translativa do instituto, que provoca transferências patrimoniais*, uma deficiência na legislação pátria, confirmada pela existência de decisões divergentes não só entre Tribunais diversos como no mesmo Tribunal. Com o advento da Lei do Cheque (Lei n.º 7.357, de 2-9-85) que em seu art. 61 estabelece a prescrição da *actio in rem verso* dois anos depois da perda da ação executiva, a questão fica solucionada com respeito a este título de crédito de célere circulação. Contudo, ainda resta a necessidade de regular, de forma semelhante a ocorrida em Portugal, com advento do Código de 1966, art. 312, a prescrição da própria ação causal nos pequenos negócios, entre o comerciante ou prestadores de serviços e os particulares, com vistas a alcançar uma maior segurança nas relações jurídicas e afastar a possibilidade de decisões divergentes ora observadas.

Bibliografia

1. ADIERS, Moacir. Caracterização da boa-fé na posse como uma arte jurisprudencial. *Revista Ajuris*, novembro, 1987, v. 40, pp. 202-28.
2. ALBUQUERQUE, Ministro Xavier de. Voto no Recurso Extraordinário nº 74.341RS, in *Revista da Consultoria Geral do Estado (RS)*. Porto Alegre, 1973, v. 3, nº 5, pp. 251-253.
3. ALVES, José Carlos Moreira. A contribuição do antigo Direito português no Código Civil Brasileiro, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*. SP, RT, 1980, p. 29 e seguintes.
4. ANGEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre, Fabris, 1980. Tradução Prof. SÉRGIO JOSÉ PORTO.
5. ARAÚJO, Vandyk Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre, Fabris, 1986.
6. AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do histórico no Direito. *Revista Estudos Jurídicos*, da Escola de Direito da Unisinos (São Leopoldo), reproduzido em polígrafo pelo CAAR.
7. BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Código Civil Português anotado*. Coimbra, Almedina, 1966. pp. 103-16, 434-7, 442-7, 451.
8. CAETANO, Marcelo. *História do Direito Português*. Lisboa, Verbo, 1981. V. 1.
9. Centro de Estudos Superiores (COAD) Advocacia Dinâmica (ADV) '9.1' Boletim Informativo 1988 p. 304-5 "Serviço de Proteção ao Crédito — Qual é o prazo para cancelamento?"; '9.2' p. 291-89 "A prescrição geral no direito do trabalho, seu termo inicial"; '9.3' 1987, p. 487-6 "Da ação de enriquecimento ilícito nos casos de prescrição de cambiais vinculadas a contratos"; '9.4' Seleções Jurídicas, 1988, junho, pp. 16-21 "Ação de Locupletamento em decorrência de prescrição de cambiais".
10. ———. Jurisprudência. Acórdãos nºs 5.294, 22.449, 23.661, 23.662, 24.471, 24.938, 25.399, 31.550, 34.593, 35.137, 35.368, 35.593, 35.885, 35.984, 36.328, 36.619, 37.203, 38.723, 38.824, 39.148, 39.030, 40.172, 40.541, 40.772, 41.335. (mar./85 a ago./88).
11. CHAVES, Antonio. Decadência. *Revista Forense*, setembro, 1984, v. 287, pp. 95-100.
12. CORREIA, A. Ferrer & XAVIER, V. Gama Lobo. *A amortização de quotas e o regime da prescrição*. Coimbra, 1966.
13. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*. Coimbra, Almedina, 1980, pp. 9-15 e 245-50.
14. ———. Fundamentos históricos do Direito brasileiro in *Estudos de Direito Civil brasileiro e português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*. SP, RT, 1980, pp. 103 e ss.
15. ———. Aspectos modernos do direito das obrigações in *Estudos de Direito Civil brasileiro e português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*. SP, RT, 1980, pp. 73 e ss.
16. ———. *Direito das obrigações*. Coimbra, Almedina, 1979. 3ª ed. pp. 347-8, 403-4, 814-22.
17. ———. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. Comunicação ao IIº "Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros" realizado em setembro de 1954, publicado no Boletim do Ministério de Justiça, Lisboa, pp. 32-77.

18. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. Direito patrimonial de família no projeto do Código Civil brasileiro e no Direito português in *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, Brasília, v. 62, ano XVI, abr/jun 79, pp. 133 e ss.
19. ———. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português in *Estudos de Direito Civil brasileiro e português (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil)*. SP, RT, 1980, pp. 43 e ss.
20. ———. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro in *Revista da AJURIS*, ano XIV, v. 40, jul./87. pp. 128 e ss.
21. ———. *O princípio da boa-fé e as condições gerais dos negócios*. Conferência. Polígrafo de circulação interna no Mestrado.
22. COVELLO, Sérgio Carlos. *A presunção em matéria cível*. São Paulo, Saraiva, 1983.
23. CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português in *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. V. 4, n. 10, 1974, pp. 1-180.
24. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo, Martins Fontes, 1986.
25. FRANÇA, Limongi. *et alii*. Enciclopédia Saraiva do Direito. SP, Saraiva, 1977. v. 60, pp. 205 e ss.
26. GANDOLFO, Orlando. Voto na Apelação 329864, *Revista dos Tribunais* janeiro, 1985, v. 591, pp. 137-9.
27. GIORGIS, GEORGE Teixeira. A justificação de posse nas ações de usucapião. Seleções Jurídicas COAD/ADV, fevereiro, 1984, pp. 11-8. *Revista AJURIS*, março, 1982, v. 24, p. 214-21. *Revista dos Tribunais*, v. 548, pp. 261-5.
28. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentários ao Código Civil Português*. Coimbra, Coimbra, 1930, v. III, pp. 627-51.
29. HAYDT, Humberto de Souza Mello. O usucapião, in *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, Brasília, v. 3, ano I, setembro de 1964, pp. 95 e ss.
30. JÚNIOR, José Cretella. *Prescrição de direito e ações contra a Fazenda Pública*. *Revista Forense*, dezembro, 1984, v. 288, pp. 7-10.
31. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA (Coletânea). Curitiba, Ed. Juruá, 1983, v. 4, "Prescrição". p. 933.
32. LEÃO, José Mariano Carneiro. *Dicionário Jurídico*. RJ, A. Coelho Branco Fº, 1934, pp. 177 e ss.
33. LIMA, Fernando Andrade Pires de. *et alii*. Código Civil Português Anotado. Coimbra, Coimbra, 1948. pp. 197-215.
34. ———. Código Civil Português Anotado. Coimbra, Coimbra, 1972, 3 v. I e III.
35. LOPES, Alexandre Monteiro. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. RJ, A. Coelho Branco Fº, 1943, pp. 249 e ss.
36. MAGALHÃES, Humberto Piragibe *et alii*. *Dicionário Jurídico*. RJ, Trabalhistas, 1984, 4ª ed., v. II, pp. 695 e ss.
37. MENDES, Mário José Marques. *Prazo prescricional do direito de indenização por ilícito contratual*. Porto, RT, 1972.
38. MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. RJ, *Jornal do Commercio*, 1928, v. 6, partes 1 a 3, pp. 497 e ss.
39. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. SP, RT, 1983, Tomo VI, Cap. IV, §§ 662-726, pp. 98 e ss. 4ª ed.

40. ————. *Tratado de Direito Privado*. SP, RT, 1983. Tomo XI. Cap. II, §§ 1.192-8. pp. 117 e ss., 4ª ed.
41. NASCIMENTO, Tupinambá Castro do. Posse e Detenção. *Revista AJURIS*, novembro 1986, v. 38, pp. 110-20.
42. NAUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. SP, Icone, 1988, 8ª ed., 3 v. v. 1, pp. 751 e ss.
43. NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação em vigor (Anotado)*. SP, RT, 1988, 8ª ed.
44. ————. *Código de Processo Civil e legislação em vigor (Anotado)*. SP, RT, 1988, 17ª ed.
45. NEQUETE, Lenine. *Da prescrição aquisitiva — Usucapião*. PA, AJURIS, 1954.
46. OLIVEIRA, Lauro Laertes de. Do Usucapião — Alguns aspectos. In *Revista da AJURIS*, ano XIV, v. 40, julho, 1987, v. 40, pp. 217-226.
47. PRATES, Garreta. Voto na apelação 168966, *Revista dos Tribunais*, janeiro, 1985, v. 591, pp. 157-60.
48. ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de Direito Civil Português*. Lisboa, Clássica, 1907, 7ª ed. v. II pp. 365 e ss.
49. RODYCZ, Wilson Carlos. Liminares Possessórias. *Revista AJURIS*, julho, 1987, v. 40, pp. 166-77.
50. SA, Lolus A. Piereck de. Concubinato. Ação de partilha de bens. Prescrição. *Revista Forense*, dezembro, 1984, v. 288, pp. 115-24.
51. SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Código Civil Português*. Coimbra, Atlântida, 1954.
52. SILVA, de Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. RJ, Forense, 1982, 7ª ed.
53. SILVA, Theodósio Pires Pereira da. Ação de “in rem verso”. *Revista Forense*, março, 1985, v. 289, pp. 435-41.
54. SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A prescrição em matéria cambial in *Jurisprudência Brasileira Juruá*. Curitiba, Juruá, 1985. V. 64 “Letra de Câmbio”, pp. 15 e ss.
55. TEIXEIRA, Antonio Ribeiro Liz. *Curso de Direito Civil Português*. Coimbra, Casa Orcel, 1956. 3ª ed.
56. TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL. *Revista Julgados*. A. C. 186026929, 3ª C. C., Rel. Dr. Ivo Gabriel da Cunha, v. u. em 4-6-86, v. 59 p. 252 (ano XV, set./86).
57. ————. A. C. 186063681, 3ª C. C., Rel. Dr. Ivo Gabriel da Cunha, v. u. em 20-5-87, v. 63 p. 367 (ano XVI, set./87).
58. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Revista de Jurisprudência*. v. 115 p. 383 (ano XXI, abr./86) AC 585048242, 3ª C.C., Rel. Des. Paulo Boeckel Velloso, v.u. em 20-2-86 (tb. na *Jurisprudência TJRG, C-Cíveis*, 1986).
59. ————. A. C. 585048127, 6ª C.C., Re. Des. Adroaldo Furtado Fabrício, v. u. em 3-12-85, in *Jurisprudência do TJRS, C-Cíveis*, 1985, v-1, T-28, pp. 246-8.
60. ————. Súmula nº 11, das Câmaras Cíveis Reunidas, na Apelação Cível nº 587052333.
61. TUNC, André. Padrões Jurídicos e Unificação do Direito. *Revista da Consultoria Geral do Estado (RS)*, Porto Alegre, v. 4, nº 9, pp. 35-54, 1974.
62. VARELLA, Antunes *et alii*. O abuso do Direito no sistema jurídico brasileiro in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*. RJ, Forense, 1982 (ano I), nº 1, jul./82, pp. 37 e ss.

A constitucionalização da autonomia universitária

EDIVALDO M. BOAVENTURA

Professor titular da Universidade Federal da Bahia. Procurador autárquico. Membro da Ordem e do Instituto dos Advogados da Bahia, da Academia de Letras da Bahia

SUMÁRIO

Introdução. Primeira parte — A autonomia universitária e os princípios do ensino. 1. Autonomia e liberdade acadêmica. 2. Autonomia universitária no Brasil. 3. A constitucionalização da autonomia universitária. 4. Dimensões da autonomia universitária. 5. Indissociabilidade das funções universitárias. 6. A autonomia e os princípios gerais do ensino. 7. Universidade, direito e dever da educação. Segunda parte — Vinculações da universidade na Constituição. 8. Disposições que se aplicam diretamente à educação e à universidade. 9. Disposições que garantem os direitos educacionais. 10. O Plano Nacional de Educação e a universidade. 11. A universidade multicampi na Constituição. Conclusão.

Introdução

Refletindo sobre a educação superior, no primeiro ano de vigência da Lei Maior de 1988, plena de promessas, esperanças e desafios, podemos indagar como ficaram os direitos e as garantias à universidade? Iríamos um pouco mais longe na indagação para saber como as disposições constitucionais protegem o aluno, o professor, a escola e a instituição universitária?

A Constituição de 1988, numa autêntica manifestação de cultura latina e do direito escrito, tratou de quase tudo. No campo da educação, incorporou a criança de 0 a 6 anos, enfatizou a creche e a pré-escola, marcou data para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental, garantiu o ensino noturno aos adultos, fixou conteúdos mínimos, ressaltou a língua portuguesa, determinou como seria o ensino da História do Brasil e das línguas maternas dos indígenas, destacando, principalmente, a autonomia universitária.

A pergunta que interessa ao tema pode ser assim formulada — como ficou a universidade na nova Constituição Federal?

A universidade, a educação de modo geral e tantas outras conquistas inseridas no texto constitucional, serão concretizadas e alcançadas na vigência da Constituição, conforme sejam: a auto-aplicação dos seus disposi-

tivos, as disciplinações necessárias através das leis complementares, os desdobramentos nas Constituições estaduais, nas leis orgânicas dos Municípios, nas decisões dos tribunais e das administrações e, mais do que tudo, na vontade dos cidadãos.

No que tange à universidade, a Constituição elevou a autonomia, cerne da vida acadêmica desde os tempos medievais, à suprema condição da principal disposição acerca da educação superior. É o carro-chefe da universidade na Constituição Federal de 1988. Há, porém, outras referências, vinculações, extensões e obrigações.

Tomando a universidade no vir-a-ser da Constituição, é possível encará-la em duas situações: na primeira, veremos a autonomia universitária na plenitude constitucional, ombreando-se com os outros princípios do ensino; e, na segunda parte, trataremos de explorar algumas vinculações da universidade na Carta.

Primeira parte — A autonomia universitária e os princípios do ensino

1. Autonomia e liberdade acadêmica

Trazemos à colação a lembrança dos cultores da universidade para quem a idéia de autonomia remonta aos primeiros tempos da instituição acadêmica. Especialistas da educação superior têm enfatizado a autonomia como fonte do ensino do saber universal. STEPHEN D'IRSAY, por exemplo, mostra como a gênese da Universidade de Paris está marcada pela luta para firmar a sua autonomia (1). No bloco de universidades que DREZE e DEBELLE chamam de "universidade do espírito", Reino Unido, Alemanha e Estados Unidos da América, em oposição ao grupo da "universidade do poder", soviética e francesa, a questão da autonomia é divisória a tal ponto que Paul Ricoeur observa que certas universidades alemãs e anglo-saxônicas, por sua atitude de independência em face do poder, estão mais próximas do modelo liberal (2). Enquanto isso, as universidades francesas e soviéticas, como serviço público, eram peças na engrenagem da administração central (3). A liberdade acadêmica, condicionada pela autonomia, está bem estudada historicamente por RICHARD HOFSTADTER (4), no período do college colonial, e por WALTER P. METZGER (5), na fase posterior quando

(1) D'IRSAY, Stephen. *Histoire des universités françaises et étrangères des origines à nos jours*. Paris, A. Picard, 1933.

(2) DREZE, Jacques & DEBELLE, Jean. *Conceptions de l'université*. Paris, Citoyens Editions Universitaires, 1968.

(3) BOAVENTURA, Edivaldo M. *Universidade e multiversidade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1986, p. 31.

(4) HOFSTADTER, Richard. *Academic Freedom in the Age of College*. New York, Columbia University Press, 1961.

(5) METZGER, Walter P. *Academic Freedom in the Age of the University*. New York, Columbia University Press, 1961.

se constituem as universidades onde se percebe a influência alemã na educação superior norte-americana.

Entre nós, a autonomia universitária foi objeto de parecer do Conselho Federal de Educação, no primeiro ano do seu funcionamento. Examinando a "amplitude e limites da autonomia universitária", NEWTON SUCUPIRA observa que:

"A idéia de autonomia universitária, como poder de autode-terminar-se, de dirigir suas atividades e seus destinos, está ligada à universidade desde as suas remotas origens e tem-se mantido, ao longo de sua história, até os nossos dias, como uma exigência permanente que emana da própria natureza da instituição universitária. No seu processo de formação, a universidade surge como vontade de liberdade. A gênese da universidade medieval pode ser caracterizada como uma luta, por vezes dramática, para afirmar sua autonomia." (6)

2. *A autonomia universitária no Brasil*

A primeira tentativa de constitucionalizar-se a autonomia parece ter ocorrido, no Brasil, em 1823, com a proposta de criação das Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda. O projeto chegou a ser apreciado pela Assembléia Geral Constituinte, dissolvida pelo imperador Dom Pedro I. Assim, a Constituição Imperial, tão parcimoniosa em matéria de educação, como foram aliás as constituições do mundo inteiro até 1918, dispunha apenas sobre o exercício de profissões e afirmava que a instrução pública primária era gratuita para todos os cidadãos e mais que "os elementos das Ciências, Belas Artes e Artes" seriam ensinados nos "colégios e universidades", embora o Império não houvesse criado nenhuma universidade e, sim, algumas poucas faculdades (7).

Depois da Revolução de 1930, com a reforma Francisco Campos, veio o primeiro reconhecimento explícito da autonomia universitária em legislação ordinária pelo Decreto n.º 19.851, de 11 de abril de 1931. Erigiu-se a autonomia "como expressiva garantia de ordem institucional das universidades", no dizer de FÁBIO PRADO (8). A ausência de uma política universitária esclarecida e a falta de uma idéia dessa autonomia levaram o legislador a promulgar uma pletora de leis, decretos e portarias. A auto-

(6) SUCUPIRA, Newton. *Amplitude e limites da autonomia universitária*. *Documenta*, Rio de Janeiro 4:46-54, jun. 1962.

(7) RAMA, Leslie M. J. da Silva. *Legislação do ensino: uma introdução ao seu estudo*, São Paulo, EPU, 1987.

(8) PRADO, Fábio. *A autonomia das universidades estaduais e a competência para baixar seu estatuto e regimento*. *Vox Legis*, v. 147/65, 1981. Apud. RAMOS, Saulo. Parecer n.º SR-78, de 15-12-88. Consultoria Geral da República, DOU 16-12-88.

nomia universitária, prevista na reforma Francisco Campos, foi praticamente anulada com o objetivo de garantir um alto nível do nascente ensino superior brasileiro, na observação de NEWTON SUCUPIRA.

Com a Constituição de 1934, rica em enunciados de direitos sociais e de curta duração, é conferida privativamente à União a competência para tratar das diretrizes da educação nacional, fixar o plano nacional de educação, compreensivo de todos os graus e ramos. Já na vigência da Carta de 1946, veio a lei de diretrizes e bases, em 1961, que, segundo WILLIAM A. HARRELL, foi a primeira lei geral sobre educação que tivemos ⁽⁹⁾. Essa lei manteve o princípio da autonomia no nosso sistema de direito positivo, prescrevendo que "As universidades gozarão de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, que será exercida na forma de seus estatutos". Na lei de diretrizes e bases da educação superior, de 1968, Lei n.º 5.540, de 28 de novembro, o artigo 3.º confirmou o mesmo princípio ⁽¹⁰⁾.

3. A constitucionalização da autonomia universitária

A inovação mais significativa acerca da universidade brasileira na Constituição de 1988 está justamente na constitucionalização da autonomia universitária, princípio já consagrado anteriormente na legislação ordinária, conforme vimos. A forma adotada não diverge muito das redações anteriores:

"As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão." (art. 207)

O constituinte de 1988 associou ao princípio da autonomia universitária a unidade das funções da educação superior — ensino, pesquisa e extensão —, completando dessa maneira o disposto no artigo 207 da nova Carta.

Com referência ao novo *locus* no espaço social da Constituição, o Consultor-Geral da República, SAULO RAMOS, em recente parecer, recorre à autonomia no seu novo contexto:

"Não há, porém, uma nova autonomia universitária. O que existe, isso sim, é uma nova realidade no panorama do direito constitucional positivo brasileiro. Se, antes, a autonomia das uni-

(9) HARRELL, William A. *Educational Reform in Brazil the Law of 1961*. Washington, Government Printing Office, 1968.

(10) BRASIL. Leis, decretos, etc. *Ordenação em texto único das leis de diretrizes e bases da educação nacional e legislação conexa*. Brasília, Conselho Federal de Educação, INEP, Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados, 1983. 1 v.

versidades configurava instituto radicado na lei ordinária — e, portanto, supressível por mera ação legislativa ulterior —, registra-se, agora, pelo maior grau de positividade jurídica que ele se atribuiu, a elevação desse princípio ao plano do ordenamento constitucional. Mas a palavra autonomia continua tendo o mesmo sentido e significado, quer em lei ordinária, quer escrita no texto fundamental.

O conteúdo intrínseco desse postulado não se alterou. Da constitucionalização desse princípio, a única consequência que se pode extrair é, sem dúvida, a eficácia derogatória e irrecusável da norma que o contempla, cuja supremacia se impõe à observância necessária do legislador ordinário.” (11)

Em face da presença na legislação ordinária da educação superior e a colocação elevada no texto constitucional, há “uma diferença de grau entre o princípio da autonomia universitária, anteriormente consagrado em lei, e o princípio da autonomia universitária, agora proclamado em sede constitucional, onde reforçou-se a defesa contra a hipótese de sua revogação”, complementa o autor do parecer.

A constitucionalização do princípio atende precipuamente à natureza da liberdade acadêmica. O que se encontra no cerne do princípio é a liberdade de ensinar, de investigar ou no dizer da própria Carta — “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 206, II). O jurista e membro do Conselho Federal da Educação, CAIO TÁCITO afirma:

“na autonomia universitária o que está em causa é o princípio mais alto da liberdade do ensino, que é uma das facetas da liberdade de expressão do pensamento... A liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério (...) é o fulcro da autonomia didático-científica das Universidades...” (12)

4. *Dimensões da autonomia universitária*

A autonomia é vista, na Constituição, pelas suas três dimensões: didático-científica, administrativa, financeira e patrimonial.

A autonomia didático-científica, que é a principal, confere à universidade o direito à liberdade de ensinar e pesquisar, de falar e de comunicar o pensamento. A expressão transforma a universidade no *locus*, no lugar social privilegiado da liberdade e é, em torno dela, que se desenvolvem as demais dimensões. A autonomia administrativa é um instrumento para o exercício da autonomia científica, de igual modo, a financeira e patrimonial guarnecem e possibilitam o pleno exercício da liberdade acadêmica.

(11) RAMOS, Saulo. Parecer n.º SR-78. *Boletim de Direito Educacional*, Belo Horizonte, 2 (12): 41-46, dez. 1988.

(12) TÁCITO, Caio. Parecer. Apud. RAMOS, Saulo. Parecer n.º SR-78. *Boletim de Direito Educacional*, Belo Horizonte, 2 (12): 45, dez. 1988.

Uma dimensão da autonomia universitária que não pode ser esquecida é que ela não tem o caráter de uma liberdade total. A liberdade acadêmica não é uma faculdade incondicionada sem norma e sem limite. Ora, sendo a universidade uma instituição que pertence à sociedade e está vinculada aos organismos que a mantêm, está sujeita a certas limitações em sua liberdade de ação e de funcionamento em razão mesmo dos objetivos que executa. Dessa forma, embora admitindo-se a autonomia, como condição da garantia da liberdade acadêmica, não se pode deixar de aceitar, por um lado, uma certa presença do Estado por intermédio dos seus órgãos de controle, como, no caso do Brasil, os Tribunais de Contas. Essa supervisão do Estado, atuando principalmente do lado dos gastos realizados, não deve se transformar em dirigismo das atividades universitárias, que tornaria inócua o princípio da autonomia. A liberdade atribuída à universidade deve ser combinada com a obrigação de prestar contas dos recursos recebidos.

Em suma, a atribuição de foros constitucionais à autonomia universitária merece todos os aplausos, na medida em que deixa esse procedimento a salvo do alcance da legislação ordinária e da ação administrativa do Executivo.

5. *Indissociabilidade das funções universitárias*

Pelo artigo 207, o constituinte de 1988 colocou na mesma disposição a autonomia e a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, não distinguindo as funções inerentes — ensino e pesquisa — das funções atribuídas à universidade — extensão. A matéria não é pacífica. Para os que defendem uma concepção plurimodular de educação superior, a Constituição de 1988, assim fazendo, retarda indefinidamente o delineamento de uma opção de universidade.

Primeiramente porque, mesmo em sede de legislação ordinária, a “unidade das funções de ensino e pesquisa” (unidade, não-indissociabilidade) vem sendo interpretada e entendida com restrições. Não atinam os doutrinadores que o mesmo artigo 11 da Lei n.º 5.540/68, que prevê essa unidade, consagra também como característica da organização universitária a “flexibilidade de métodos e critérios”. E, assim, as alíneas c (unidade) e f (flexibilidade) deveriam ser conciliadas e compatibilizadas numa interpretação que assegure aquilo que é efetivamente relevante e fundamental — que o conhecimento transmitido na universidade seja aquele gerado pela pesquisa. Gerado na mesma universidade? Não, necessariamente não. Na prática, pois, ou seja, no mundo do possível, uma universidade transmite e até reelabora o saber gerado em outra universidade. E é perfeitamente lícito que uma instituição opte pela ênfase em pesquisa e outra pela ênfase no ensino.

Em segundo lugar, a inovação da parte final do artigo 207 erige a categoria de princípio àquilo que a lei ordinária tratava simplesmente como “característica” de organização universitária.

Em terceiro lugar, conforme apontamos, o dispositivo, também exageradamente, e, com base em clamorosa distorção doutrinária, constitucionaliza a extensão universitária como função primária ou originária, a nível do ensino e da pesquisa, além de conotá-la da tal indissociabilidade. Mesmo em sede de lei ordinária, tem-se falado de cursos de extensão, mas, ao mesmo tempo, tem havido cautela de não rotular de função, embora recomendando que seja ela praticada. A norma vigente é de que a universidade estenderá à comunidade, sob a forma de cursos e serviços, os resultados do ensino e da pesquisa, que lhe são inerentes. Isso quer dizer que ensino e pesquisa são funções inerentes à instituição acadêmica. Há extensão somente quando significar resultado dessas funções originárias, ou seja, somente como função derivada é que pode e convém ser praticada. A Constituição, no entanto, misturou tudo e complicou a vida e a evolução do complexo de educação superior.

Finalmente, a inovação da indissociabilidade de ensino, pesquisa e extensão, na medida em que, irrealisticamente, preconiza uma concepção unimodular de educação superior para o Brasil, entra em contradição com o artigo anterior, quando preconiza, entre os princípios com base nos quais o ensino em todos os níveis deva ser ministrado, o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino” (art. 206, II). A extensão como também a pesquisa recebem outro reforço pela possibilidade de apoio financeiro do Poder Público, explicitamente anunciado no artigo que trata dos recursos públicos destinados às escolas públicas — “as atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público” (art. 213, § 2.º).

6. *A autonomia e os princípios gerais do ensino*

É importante observar que o princípio da autonomia universitária vem logo em seguida, como uma continuação natural, aos princípios que norteiam o ensino de modo geral expressos no artigo 206. A autonomia e a indissociabilidade das funções universitárias, como objeto do artigo 207, integram o quadro geral que a Constituição traçou para a educação. Aos princípios seguem-se as garantias do dever do Estado como a educação, contidos no artigo seguinte, isto é, o artigo 208. Assim, a localização do preceito sobre autonomia medeia os princípios que norteiam o ensino e as disposições sobre os deveres do Estado com a educação. O artigo 206 foi bastante taxativo: o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I. “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”; sendo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, inciso VII, §§ 1.º e 2.º);

II. "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber"; ressalte-se a função de investigação que diz respeito diretamente à universidade, esse enunciado tem incidência especial na instituição acadêmica;

III. "pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino"; democraticamente, a Constituição firma a pluralidade de concepções e determina a coexistência entre a escola pública e privada, que é uma das controvérsias permanentes da educação brasileira ao lado da centralização versus descentralização, qualidade versus quantidade e terminalidade versus continuidade;

IV. "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais"; com essa diretriz, terminou a discussão acerca do ensino superior pago em universidade pública; o princípio não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação da Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos, segundo o artigo 242;

V. "valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União"; além das disposições que valorizam e disciplinam a carreira do magistério superior, para fins de vencimentos, autarquia e fundação ficam definitivamente equiparadas;

VI. "gestão democrática do ensino público, na forma da lei"; dispositivo que direciona não somente a eleição para escolas, faculdades e institutos, diretorias, chefias e reitorias, mas também, inspira o processo de democratização no acesso e no processo de ensino;

VII. "garantia do padrão de qualidade"; qualidade não somente interna aferida pelos processos de avaliação, como também qualidade externa pela qual o ensino corresponda aos padrões e necessidades da comunidade.

7. *Universidade, direito e dever da educação*

Os princípios do ensino, que se aplicam também à universidade, garantem que a educação: "direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo, para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (art. 205). Ao direito à educação, corresponde o dever por parte do Estado. No que concerne à educação superior, especialmente, é obrigação efetivar a garantia do "acesso aos ní-

veis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um" (art. 208, inciso V).

Se a autonomia foi o princípio de maior relevância, do ponto de vista da universidade, na Constituição, todavia, o constituinte de 1988 foi mais além, quando concebeu o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como um direito público subjetivo. Eis o ponto alto da orografia constitucional da educação. A Lei Maior recepcionou longa discussão da doutrina brasileira, tendo à frente PONTES DE MIRANDA⁽¹³⁾, ESTER DE FIGUEIREDO FERRAZ⁽¹⁴⁾, LOURIVAL VILANOVA⁽¹⁵⁾, ÁLVARO MELO FILHO⁽¹⁶⁾, RENATO DI DIO⁽¹⁷⁾ e outros que têm lutado para a efetivação não somente do direito à educação, como também do Direito da Educação, como uma disciplina jurídica que não se confunde com uma simples e descritiva legislação do ensino. A educação é um direito social por excelência, ao lado da saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, de acordo com a enumeração da Constituição (art. 6.º).

A educação, porém, só poderá ser considerada como um direito de todos se houver escolas para todos. Se há um direito público subjetivo à educação, isso quer dizer que o particular tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional do Estado. O seu não-oferecimento importa responsabilidade da autoridade competente, complementa a Carta (art. 208, inciso VII, § 2.º). A Constituição poderá fazer muito pela educação no sentido de sua promoção, colocando em prática os meios para efetivá-la como um direito público subjetivo.

O direito à educação, disciplinado na Constituição, tem a sua afirmação maior na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que incluiu a educação superior:

"Art. XXVI. 1 — Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos seus graus elementares. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-industrial será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito."⁽¹⁸⁾

(13) MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Borsol, tomo VI, p. 210.

(14) FERRAZ, Esther de Figueiredo. *Alternativas da educação*. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1969, p. 9.

(15) VILANOVA, Lourival. O direito educacional como possível ramo da Ciência Jurídica. *Mensagem, Revista do Conselho de Educação do Ceará*, Fortaleza, 8: 75-82, 1982/83.

(16) MELO FILHO, Alvaro. Direito educacional: aspectos teóricos e práticos. *Mensagem, Revista do Conselho de Educação do Ceará*, Fortaleza, 8: 45-74, 1982/83.

(17) DI DIO, Renato A. T. *Contribuição à sistematização do direito educacional*. Taubaté, Imprensa Universitária, 1982.

(18) MAIA, Ricamar P. de B. Fernandes & RENAN, Iale. *Sistema educacional brasileiro: legislação e estrutura*. 3ª ed. São Paulo, Atlas, 1983, p. 12.

Tratando da educação da criança de zero a seis anos de idade até à universidade, passando pelo ensino fundamental e médio, pela educação especial e de adultos, quis o constituinte de 1988 estabelecer o direito integral à educação (19).

Segunda parte — Vinculações da universidade na Constituição

Além da Carta Magna ter constitucionalizado a autonomia universitária, associado integralmente as funções acadêmicas e estabelecido princípios para a educação superior, é preciso atentar para outras situações bem distintas da educação e particularmente da universidade no texto constitucional. O Capítulo III — Da Educação, da Cultura e do Desporto, pertencente ao Título VIII — Da Ordem Social, não esgota a matéria educacional e universitária. Há disposições de caráter jurídico da mais alta importância para o reconhecimento de direitos educacionais que devem ser destacados porque vinculam a universidade à Constituição.

8. Disposições que se aplicam diretamente à educação e à universidade

Dentre as prescrições que tratam da educação, incluindo a universidade, encontra-se a hipótese da competência privativa da União de legislar sobre: “diretrizes e bases da educação nacional” (art. 22, inciso XXIV). É contudo competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência e estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito” (art. 23, incisos V e XI). Não obstante a competência privativa e comum, é também competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, excluídos os Municípios, legislar sobre: “educação, cultura, ensino e desporto” (art. 24, inciso IX). A legislação complementar fixará as normas de cooperação, bem assim a legislação concorrente limitar-se-á a estabelecer normas gerais, por parte da União, sem excluir a competência suplementar dos Estados. A Constituição também determinou, sem estabelecer nível, que “o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro” (art. 242, § 1.º). Além desses há inúmeros outros dispositivos que se reportam ao ensino e à educação. Foram considerados no presente item aqueles que se referem à competência do estabelecimento de normas.

9. Disposições que garantem os direitos educacionais

Além desses dispositivos, existem outros que não se referem expressamente nem à educação nem tampouco à universidade, no entanto têm importância fundamental e decisiva para o reconhecimento e proteção dos direitos educacionais, especialmente dos alunos, professores universitários e entidades acadêmicas. São os direitos e as garantias fundamentais que uma vez acionados poderão e deverão muito influir no processo ensino-

(19) MIRANDA, Pontes de. *op. cit.*, p. 199.

aprendizagem. Há várias situações previsíveis. A mais brilhante, dentre os direitos e deveres individuais e coletivos, talvez seja a hipótese do inciso IX do art. 5.º:

“É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Dentro dessa ordem de garantia das partes presentes no processo educacional, o uso do mandado de segurança é uma garantia de largo emprego na área educativa e acadêmica, especialmente no magistério, protegendo o estudante, o professor e mesmo a universidade. A propósito, é preciso que se investigue mais a fundo a utilização desse remédio jurídico no comportamento dos conflitos e questões no ensino superior, como inicialmente procedeu ÁLVARO MELO FILHO (20).

Mas o mandado de segurança já tem emprego tradicional na área do ensino. A Constituição inovou quando contemplou o mandado de injunção, que poderá ter um papel relevante na efetivação como direito público subjetivo. É o caso em que não havendo oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou a sua oferta seja irregular, pode importar responsabilidade da autoridade competente, conforme vimos anteriormente (art. 208, § 2.º).

Mandado de segurança, mandado de injunção e talvez *habeas-data* para o conhecimento de informações relativas a registros na “caixa negra dos vestibulares”.

Pelo emprego das garantias individuais, haverá uma maior presença do Judiciário na área educacional, no reconhecimento, na defesa, na proteção e na efetivação de muitos direitos educacionais.

Não obstante essas situações jurídicas, há duas vinculações da universidade que devem ser destacadas — o plano nacional de educação e a extensão aos centros de maior densidade populacional.

10. *O plano nacional de educação e a universidade*

No que se refere ao plano nacional de educação, como aliás na destinação de percentuais de receitas de recursos à educação, houve uma volta à Constituição de 1934. Com o seu curto período de vigência, a política de estabelecimento do plano nacional de educação retornou com ênfase na lei de diretrizes e bases de 1961, sendo elaborado e executado ainda na década de sessenta com alguns resultados.

A Constituição de 1988 traçou suas características: a duração plurianual e o objetivo de articulação para o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, de modo a conduzir à erradicação do analfabetismo, uni-

(20) MELO FILHO, Alvaro. Direito educacional: ementário jurisprudencial. *Mensagem, Revista do Conselho de Educação do Ceará*, Fortaleza, 8: 287-305, 1982/83.

versalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade do ensino, formação para o trabalho e “promoção humanística, científica e tecnológica do País” (art. 214). Esse último diz respeito muito diretamente à universidade, bem assim os capítulos sobre cultura, ciência e tecnologia.

11. *A universidade multicampi na Constituição*

Um outro princípio da universidade moderna esposada pela Lei Maior foi a organização multicampi, difundida em alguns países e empregada no Brasil⁽²¹⁾. São exemplos a UNESP, em São Paulo, a Universidade Federal da Paraíba, no Nordeste, e a UNEB — Universidade do Estado da Bahia⁽²²⁾.

Na declaração enfática de eliminar o analfabetismo em dez anos e em igual tempo universalizar o ensino fundamental, a Constituição estabeleceu que:

“Em igual prazo, as universidades públicas descentralizarão suas atividades, de modo a estender suas unidades de ensino superior às cidades de maior densidade populacional” (parágrafo único do art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias)⁽²³⁾.

Conclusão

Podemos dizer que a autonomia constitucionalizada é a principal inovação da Constituição no que se refere à universidade. A partir de agora, as universidades serão diferentes, na medida em que usem o dispositivo constitucional. A autonomia e os demais princípios do ensino, como a educação de modo geral e a universidade, constituem um desafio. Mas o desafio não é somente para elas e, sim, para toda a Constituição, nos seus avanços e nas novas situações criadas.

A autonomia e outros tantos novos direitos educacionais inscritos na Constituição irão se afirmar e funcionar no devenir de sua vigência. De várias maneiras e em diferentes situações e vinculações, o constituinte de 1988 tratou a universidade, no capítulo próprio à educação, ao largo do texto, em disposições que se aplicam diretamente ou que garantem os direitos educacionais, como objetivo do plano nacional de educação e como extensão às cidades de maior densidade demográfica.

Importa de imediato pensar não somente na universidade a ser contemplada na nova lei de diretrizes e bases da educação nacional, como também no capítulo que terão as Constituições estaduais sobre educação, incluindo-se a universidade, o que certamente privilegiará as universidades estaduais.

(21) LEE, Eugene C. & BOWEN, Frank M. *The Multicampus University, A Study of Academic Governance*. New York, McGraw-Hill Book Company, 1971.

(22) BOAVENTURA, Edivaldo M. *Tempo de educar*. Pronunciamentos sobre educação e cultura. Salvador, Secretaria de Educação e Cultura, 1978, p. 93.

(23) BRASIL, Senado Federal. *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília, Centro Gráfico, 1988.

Um projeto de desenvolvimento sócio-econômico integrado para a Região Oeste do Paraná

ROSSINI CORRÊA * e
NELTON FRIEDRICH **

S U M Á R I O

*Introdução. Desenvolvimento. Conclusão. Resumo.
Tabelas:*

*Nº 1 — Cooperativas de comercialização agro-
pecuária — 1987.*

Nº 2 — Indústrias na Região Oeste do Paraná.

*Nº 3 — Óbitos de menores de 1 ano, por grupo
etário — causas — 1986.*

Introdução

A Região Oeste do Estado do Paraná, formada por 36 Municípios, possui a superfície de 23.128 km² e corresponde a 11,6% de seu espaço físico global.

Produto significativo e dinâmico da expansão da fronteira agrícola nacional, foi possível à Região Oeste, nas últimas três décadas, em particular, beneficiar-se com o concurso do trabalho de colonos advindos quer das regiões cafeeiras do Norte do Paraná, quer dos vizinhos Estados sulistas de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

Deste encontro laborioso da escassa população nativa com as referidas correntes migratórias, sem o esquecimento e sem o desdouro de todas as outras variáveis possíveis, resultou a consolidação da Região Oeste do Estado do Paraná como um espaço sócio-econômico real, através do qual a fronteira agrícola brasileira em expansão não apenas transitou, como deixou postas uma estrutura e uma comunidade capacitadas ao desenvolvimento.

* Rossini Corrêa é planejador social, escritor e professor.

** Nilton Friedrich é Deputado Federal, advogado e pecuarista.

A simples leitura e alguns indicadores econômicos coligidos pela Associação dos Municípios do Oeste do Paraná — AMOP — permite a evidência da relevância produtiva da Região Oeste no panorama material paranaense, desde que ela lidera a produção de soja, trigo e milho, mantendo ainda uma posição destacada no cultivo de feijão, arroz, mandioca e fumo.

Dotada de 75 mil estabelecimentos rurais, a Região Oeste tem um regime de propriedade minifundiário, dispondo de apenas 7,55% de unidades produtivas com áreas superiores a 50 hectares, o que a torna singular, dentro de um País marcado por graves conflitos pela posse da terra, objeto de forte concentração latifundiária.

Se a Região Oeste contribuiu para a economia paranaense com 30% da produção de grãos de soja, 29% de trigo e 19% de milho, no ano de 1988, o setor pecuário, no ano de 1987, projetou a sua dimensão estadual, obtendo os índices de 10% da produção relativa a bovinos, 29% a suínos e 23% a aves, e, em consequência destes resultados, conseguiu, de resto, atingir a 20% da produção de leite e 17% da produção de ovos.

Menos brilhante, no ano de 1987, foi o desempenho do setor comércio e serviço, dentro do volume de riqueza gerado na Região Oeste. Não obstante, a sua expressão estadual atingiu a ordem de 15,22%. Baixa, sem sombra de dúvida, foi a participação do setor industrial que não passou, no mesmo ano, 7,8% do total paranaense, exprimindo a sua fragilidade no cenário econômico oestino.

O perfil demográfico da Região Oeste registra, por sua vez, uma população jovem e de predomínio urbano. A visão sociológica revela, outrossim, a existência de um fato social profundamente favorável às aspirações regionais: a tradição associativa. As cooperativas de comercialização agropecuária, e seu papel comunitário, confirmam a observação em pauta. Veja-se, por exemplo, o seu comportamento no Extremo Oeste do Paraná, no ano de 1987:

TABELA Nº 1

*Cooperativas de Comercialização Agropecuária — 1987
Microrregião Homogênea do Extremo Oeste Paranaense*

<i>Variável</i>	<i>Quantidade recebida</i>	<i>Quantidade comercializada</i>	<i>Valor da comercialização</i>
Algodão	54.554	56	305.811
	T	T	Cz\$ 1,00
Arroz	30.146	23.928	78.664.957
	T	T	Cz\$ 1,00
Café	49.747	416	38.156.024
	T	T	Cz\$ 1,00

<i>Variável</i>	<i>Quantidade recebida</i>	<i>Quantidade comercializada</i>	<i>Valor da comercialização</i>
Feijão	6.345 T	4.230 T	38.953.948 Cz\$ 1,00
Leite "in natura"	56.410 1.000 L	48.889 1.000 L	418.128.221 Cz\$ 1,00
Milho	693.801 T	764.903 T	1.871.515.044 Cz\$ 1,00
Soja	768.414 T	549.381 T	2.754.092.784 Cz\$ 1,00
Trigo	845.643 T	835.648 T	8.762.068.955 Cz\$ 1,00
Produtos agrícolas — outros	31.010 T	23.909 T	139.394.753 Cz\$ 1,00
Produtos agrícolas — Total	2.479.659 T	2.202.471 T	13.683.152.276 Cz\$ 1,00
Produtos animais	67.291 T	35.920 T	724.545.979 Cz\$ 1,00
Produção animal	... T	... T	1.142.674.200 Cz\$ 1,00

Fonte: EMATER/PR

Pode-se, em uma abordagem primária, inferir que é elevado, na Região Oeste, o volume da produção agropecuária comercializado, tal como o foi em 1987 na Microrregião Homogênea do Extremo Oeste, por meio de cooperativas.

Deve-se, em uma perspectiva secundária, ponderar que as circunstâncias de ter uma população jovem (normalmente inquieta, plena de aspirações e aberta ao novo), na qual predomina a fixação na cidade (onde o nível de informação impulsiona o indivíduo a querer ser contemporâneo do mundo) e em que é visível o traço associativo (que está no mundo da produção e da comercialização e pode vir a estar, com a mesma força, em outros aspectos da vida social) estimulam a Região Oeste a uma afirmação conjunta:

a) tanto na realidade paranaense

b) quanto na dimensão brasileira.

É urgente, neste sentido, que a Região Oeste adquira consciência crítica de seus problemas (o que ela é) e estabeleça, nesta visão antecipada do destino a ser vivido em comum e suas diferentes possibilidades, o seu projeto de desenvolvimento sócio-econômico (para onde ela vai).

Desenvolvimento

A primeira constatação a ser feita é a de que não existe uma autêntica política de desenvolvimento no Brasil. Há no País, sim, uma corruptela de planejamento e de desenvolvimento, cuja míope gestão tecnocrática nunca conseguiu contemplá-lo em sua totalidade, e que, cavalgada por interesses políticos momentâneos e por ditames de política econômica externos, terminou por ser testemunha privilegiada de sucessivos fracassos, entre os quais podem ser destacados o crescimento das desigualdades regionais, a falência do modelo de crescimento econômico e o espantoso aumento da dívida externa.

As referidas circunstâncias têm uma relação, mais próxima do que possa parecer, com a realidade das possibilidades da Região Oeste, a qual relaciona-se não apenas com a conjuntura e estrutura paranaense, mas também, e sobretudo, com o âmbito nacional, em que o Paraná se insere e está contido.

No mínimo pode-se observar, em razão do exposto, que a Região Oeste não deve esperar que o poder central a planeje e a desenvolva, na ótica trôpega das correntes tecnocráticas que, de quando em quando, conquistam de assalto espaço na máquina pública, e prometem, não obstante os seus reiterados autoritarismos e os seus constantes insucessos, salvar o que desconhecem — o Brasil.

E como os planejamentos regional e estadual no País, salvo raríssimas exceções, pouco acrescentam à retórica pseudotécnica do poder central, limitando-se, no mais das vezes, a repeti-la, em um esforço caricato de estabelecimento de políticas públicas, se tudo o mais permanecer como está, compreende-se que não deve a Região Oeste esperar, de maneira passiva, que o poder estadual a planeje e a desenvolva.

Dizendo-a de maneira diversa, defende-se aqui a prioridade da Região Oeste no tocante à preocupação substantiva e dinâmica com o planejamento e o desenvolvimento da Região Oeste, a qual não deve, como espectadora esperar que o seu futuro venha de fora, pronto, fixado e concluído, por obra e graça de quem quer que seja.

Isto posto, cumpre reconhecer que não há desenvolvimento sem o concurso do capital, um dos meios fundamentais de produção normalmente

escasso no País, e agora muito mais ainda, quando o quadro econômico nacional ameaça transitar da recessão para a depressão. Neste contexto, como ficam as possibilidades de desenvolvimento da Região Oeste?

Cumpre perceber:

1) que o Brasil vive uma crise econômica de ciclo longo, mas que, em algum momento do processo, começará a sua recuperação econômica, cabendo à Região Oeste dela legitimamente participar, reclamando para si o aporte de investimentos federais;

2) que a Região Oeste produz 1.600.000 toneladas de soja, ou 33% da produção paranaense e 7% da brasileira; 600.000 toneladas de milho, ou 14% da produção estadual e 2,3% da nacional; 900.000 toneladas de soja, ou 30% da produção provinciana e 15% brasileira, podendo, por motivos óbvios, reclamar para si mais do que tem recebido do Estado do Paraná.

Sucedem que a Região Oeste, que já dispôs de um plantel de suínos de 3.500.000 cabeças e que abate, em média, de 35 a 38% da produção estadual de aves, pelos já referidos e por muitos outros indicadores a enumerar, tem condição de realizar uma composição orgânica de capital.

Como? Quando Deputado Estadual, o parlamentar Nilton Friedrich apresentou e defendeu proposta de criação do Programa de Desenvolvimento Industrial Integrado do Estado do Paraná — PRODESIN, como entidade de direito público interno, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, de natureza autárquica e vinculada à Secretaria de Estado das Finanças.

Trata-se, no momento, de resgatar o espírito da proposição, passando a Região Oeste a postular a criação, por lei, do Programa de Desenvolvimento Integrado da Região Oeste do Paraná — PRODOESTE, que nasceria com dotações especialmente consignadas para os seus efeitos, podendo obter recursos outros, através de seu processo de ativação.

O básico para o PRODOESTE não seriam os valores decorrentes de créditos especiais, advindo seja do poder estadual, seja do poder central. O organismo desenvolvimentista contaria:

a) com 20% da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação anual de mercadorias, nos próximos 25 anos, excluídas do cálculo as quotas devidas aos municípios oestinos;

b) com os “royalties” garantidos pelo artigo 20, § 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil, que estende aos Municípios a parti-

cipação nos resultados da exploração ou a compensação financeira por essa exploração, nos casos referentes a petróleo, gás natural, recursos minerais outros e à utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, registrados em seus territórios; e

c) com 10% do orçamento dos Municípios integrantes da Região Oeste, nos próximos 25 anos, excluídos do cálculo os percentuais de circunstâncias, que uma gestão ou outra consiga a título de dotação especial ou a fundo perdido.

Poderia o PRODOESTE, estabelecidas estas variáveis principais e consideradas as acessórias, gerir o Fundo de Desenvolvimento da Região Oeste do Paraná — FINOESTE, dispondo, por um quarto de século pelo menos, de uma massa de dinheiro passível de ser transformada em capital, feito a nível doméstico.

Deve-se ter em consideração que, por maiores que sejam os obstáculos jurídicos ao esboço de projeto desenvolvimentista aqui sugerido, a força política oestina, organizada e concertada, poderá vir a removê-los, nos níveis estadual e nacional.

Considerando-se a hipótese de que a possível massa de capital venha a ser gerada, sobraría o magno problema de responder às seguintes perguntas:

Desenvolvimento

Qual? Como? Para quem?

Qual?

O integrado. A experiência dos pólos de desenvolvimento, à qual esteve ligado o nome do geógrafo François Perroux, revelou-se danosa, por estabelecer, em torno de um centro espacial, numerosas periferias, de dependências intrarregionais, reproduzindo, a nível mais micro, a experiência, de perfil mais macro, das grandes diferenças regionais, como as que distinguem o Nordeste e o Centro-Sul do Brasil.

É falso o nosso federalismo. A organização produtiva nacional demanda uma divisão do trabalho. Nele é que reside a origem dos desequilíbrios regionais, respaldados por uma vontade política que não está a serviço do Brasil. O Norte e o Nordeste, por exemplo, somados, representam 60,3% do território nacional, possuindo, em contrapartida, somente cerca de 30% de sua população economicamente ativa. O problema está em que há regiões que fornecem, dentro do modelo econômico em questão, matéria-prima e mão-de-obra barata com maior intensidade, tributárias que são

dos espaços mais dinâmicos da economia brasileira, na qual há uma concentração industrial, fazendo com que a energia produzida em Tucuruí, no Pará e em Itaipu, no Paraná, passem sobre estas unidades da Federação, para serem consumidas em outros Estados.

A renda *per capita* do País era de 469 dólares, em 1972. A região Sudeste, sozinha, era de 697 dólares, isto é, maior do que a do Brasil. A região Sul era de 448 dólares, ficando próxima da média nacional, de 469 dólares. O quadro fica completamente diferente com as regiões Centro-Oeste, com 273 dólares, Nordeste, com 225,99 dólares, a menor do Brasil, e Norte com 251 dólares, todas aquém da média alcançada pelo esforço econômico nacional. Acontece que a contribuição do Sudeste para a geração do produto interno bruto, era da ordem de 62,9%, enquanto a do Norte não passava de 2%, a do Centro-Oeste de 3,2% e a do Nordeste, região de menor renda *per capita*, de 14,6%, sem conseguir equiparação com os 17,3% do Sul.

As regiões Sul e Sudeste, reunidas, tinham, em 1973, 68,3% das ferrovias; em 1974 62,6% das rodovias pavimentadas; em 1970, 74,8% dos estabelecimentos industriais; em 1973, 80,9% das agências bancárias; em 1971, 89,1% da receita tributária dos Municípios, 88,3% da referente aos Estados, contribuindo, afinal, com 91,4% para a receita tributária da União, em um quadro realmente avassalador. Tal panorama, ao longo do ciclo autoritário, foi agravado pelos planos nacionais perpetrados pela tecnocracia, totalmente fechada para este aspecto dramático das desigualdades regionais, que permitiu, no período de 1979 a 1983, a morte de 3,5 milhões, ou, em outras palavras, 10% da população nordestina, em razão da seca e seus derivados, o que, nas palavras do Senador Teotônio Vilela Filho, representa quarenta vezes mais do que genocídio promovido pela bomba de Hiroshima.

Políticas compensatórias, na realidade, vêm sendo tentadas para minorar a estarrecedora situação dos desequilíbrios regionais brasileiros. A falta de vontade política, contudo, tem provocado distorções, que conduzem, em síntese, à sobrevivência ampliada das desigualdades regionais, fazendo com que haja, na prática, distinção entre brasileiros, porque uns conseguem viver com a dignidade que a cidadania confere, enquanto outros ficam reduzidos à condição de párias de subcidadania; uns conseguem desfrutar de uma qualidade de vida seletiva e vertical, enquanto outros experimentam os desfavores horizontais da marginalidade social.

Quem não recorda do Fundo de Incentivo Fiscal 157, originário do Decreto-Lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967, que objetiva capitalizar a empresa privada nacional, agilizar o mercado de capitais, com o recurso à poupança do contribuinte do Imposto de Renda? No ano de 1977, 75% dos

valores do Decreto-Lei n.º 157 foram aplicados entre São Paulo e o Rio de Janeiro, ficando todo o resto do Brasil com 25%, e cabendo, neles, apenas 3% para as regiões Norte e Nordeste. Só São Paulo conseguiu ser aqunhoado com 51% dos recursos. Fosse o Estado democrático e houvesse vontade política, a função pública, com justiça distributiva, exerceria a contento o seu papel corretivo dos desequilíbrios regionais.

O sinônimo das desigualdades entre as regiões é a concentração econômica e política, com conseqüente reclusão espacial dos benefícios sociais. Muito pode e deve ser feito para reverter tal quadro socialmente perverso. Falta ao Brasil um projeto nacional, e, sem dúvida, a questão regional não se resolve em seu próprio âmbito, demandando o enfrentamento e a resolução da questão nacional, que exige a articulação de um projeto alternativo para o País. A vontade política aqui referida tem estreitíssimos pontos de contato com a causa democrática, que reclama uma sociedade e um Estado por ela definidos e envolve, necessariamente, empresários, políticos e demais forças da sociedade. Os desníveis sócio-econômicos não são unicamente uma questão econômica. Eles são, principalmente, um problema político. E é esta vontade, a política, que deve enfrentá-los e resolvê-los.

O artigo 43 da Constituição da República Federativa do Brasil prevê mecanismos formais da redução das desigualdades regionais, a exemplo de incentivos, juros favorecidos e, sobretudo, planos específicos integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento. Existe, portanto, o espaço formal constitucionalmente consagrado, que deve se encontrar com a força real da vontade política, em uma sociedade e em um Estado democráticos, e com um projeto nacional, para o enfrentamento sincero e sem distorção da questão regional. A mentalidade do empresariado e da classe política, inclusive das regiões mais subdesenvolvidas do País, será outra, quando houver democracia no Brasil, levando à substituição dos favores e das vantagens pela riqueza com justiça social.

O artigo 159, I, c, da Constituição promulgada a 5 de outubro de 1988, determina que 3% da arrecadação do Imposto de Renda e proventos de qualquer natureza e sobre Produtos Industrializados sejam aplicados, através de instituições financeiras regionais, nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Cumpre dar substância política a estas conquistas jurídicas, sem deixar de considerar os desequilíbrios microrregionais existentes nas regiões e nos Estados, completando o reconhecimento de suas vocações produtivas e respaldando, neste âmbito, as demandas, que poderão bloquear a migração para as metrópoles subdesenvolvidas do Brasil.

Tome-se como exemplificação a industrialização real, mas espontânea e desordenada, existente no espaço produtivo oestino, e logo ficará patente

o perigo da desintegração do crescimento econômico regional. Eis os números:

TABELA N.º 2
Indústrias na Região Oeste do Paraná

<i>Município</i>	<i>Quantidade</i>
Assis Chateaubriand	29
Boa Vista da Aparecida	00
Braganey	09
Cafelândia	08
Campo Bonito	04
Capitão Leônidas Marques	21
Cascavel	350
Catanduvas	16
Céu Azul	33
Corbélia	65
Diamante do Oeste	02
Formosa do Oeste	05
Foz do Iguaçu	715
Guaraniaçu	12
Guaira	106
Jesusitas	17
Marechal Cândido Rondon	159
Matelândia	30
Medianeira	69
Missal	21
Nova Aurora	05
Nova Santa Rosa	26
Palotina	51
Santa Helena	24
Santa Terezinha do Itaipu	12
São Miguel do Iguaçu	40
São José das Palmeiras	04
Terra Roxa	08
Toledo	254
Três Barras do Paraná	17
Tupãssi	15
Vera Cruz do Oeste	17
<i>Total</i>	2.144

Fonte: Dados organizados pelo autor, a partir do *Informativo Regional*, da AMOP, para 1989/1990.

O volume de estabelecimentos industriais da ordem de 2.144 é, sem a mínima dúvida, relevante. Não o é, porém, o fato de Boa Vista da Aparecida comparecer com 0% para a formação do número global, enquanto Foz do Iguaçu apresenta uma participação solitária cujo montante atinge a cerca de 30% do conjunto do parque manufatureiro já existente na economia oestina. Isto é concentração produtiva, quando o democrático e o recomendável é a descentralização agrícola, pecuária, industrial, comercial e de serviços.

Acontece que não é nada salutar que os Municípios de Capitão Leônidas Marques, Formosa do Oeste, Guaraniaçu, Jesuítas, Missal, Santa Helena, Santa Terezinha de Itaipu, Tupãssi, Vera Cruz do Oeste, Três Barras do Paraná, Terra Roxa, Nova Aurora e Nova Santa Rosa, ou seja, quase 35% da região Oeste, não dispunham de nenhum estabelecimento de comércio atacadista, enquanto Foz do Iguaçu, sozinha, possui 715 unidades atacadistas, acrescidas de 217 unidades varejistas, do que resultam 932 estabelecimentos comerciais.

Excelente que Foz do Iguaçu tenha atingido os números de 217 empresas, 715 indústrias e 932 estabelecimentos comerciais. Tomara mesmo que, em futuro próximo, possa multiplicar o volume desta estrutura econômica, só que não mais dentro de um modelo de crescimento que reproduza a verticalização das oportunidades e de capital, levando à concentração da riqueza e da propriedade, mas segundo a lógica alternativa e democrática da horizontalização das oportunidades, do capital e do social.

A presente colocação pode ser visualizada em sua totalidade com a seguinte proposição: a região oeste do Estado do Paraná deve, em um projeto que maximize a distribuição espacial da agricultura, da pecuária, da indústria, do comércio e dos serviços, buscar um modelo desenvolvimentista de compromisso, o qual ultrapasse a simples óptica do crescimento, e combata, de maneira sistemática e permanente, a miséria social e a degradação ambiental.

De onde ser possível a afirmação de que a grandeza com desigualdade não é suficiente, por não garantir a segurança de ninguém. Necessário e suficiente é que os produtos do crescimento econômico sejam transformados em frutos para o desenvolvimento social. Mais ainda, que o binômio crescimento/desenvolvimento seja integrado, democratizando as oportunidades e permitindo à região oeste inteira vivenciá-lo harmonicamente.

Como?

Admitida a hipótese da geração doméstica do capital, em que o PRODOESTE viria a gerir o FINOESTE de maneira colegiada, restaria a tarefa complexa da fixação dos caminhos operacionais para o processamento da

experiência desenvolvimentista integrada, a qual demanda a sua especificação em um plano, norteador das políticas públicas a serem implementadas, visando o máximo de proximidade em relação ao resultado proposto.

O comportamento da economia brasileira, até o presente, é de natureza refratária ao plano. A gestão ineficiente, centralizadora, descoordenada e sujeita à politicagem, que tem marcado a economia e a coisa pública no País, conduziu, de vez a vez, a idéia de plano para o horizonte do pseudo-racional, fazendo com que, em face da anarquia de seus resultados, ele passe a ser visto como portador de nenhuma racionalidade substantiva.

Há que recuperar a idéia de plano. Ele não pode ser consagrado como um instrumento retórico de quem está no exercício do poder do Estado, para ludibriar, submeter e cavalgar a sociedade. Para alcançar este resgate, o plano, em si mesmo, tem que deixar de ser um produto acabado e de geração espontânea, no qual o tecnocrata, em sua ingloria e obtusa peleja contra a razão e a história, à revelia da comunidade, de seus conflitos e de seus interesses, procura, de maneira asséptica, inventar e iluminar um mundo: um mundo natimorto.

A tarefa consiste em envolver o social, com as camadas profundas de contradição que lhe são características, na elaboração do plano, a fim de que, no planejamento comunitário, o ideal reflita ao máximo as expectativas e as disposições do real: só a participação pode satisfazer as exigências da descentralização. Sem embargo, quanto à região oeste, o plano tem, em si mesmo, a exigência dialética de pensá-la como uma articulação de micro e macrossistema. Microssistemas, no plural.

Os microssistemas devem ser integrados no macrossistema sócio-econômico, pois, de outra maneira, o desenvolvimento, se desenvolvimento houver, não será integrado. Este é o teste de veracidade do modelo de compromisso. Cabe, neste sentido, buscar identificar a vocação de cada microssistema, estimulando-os em consonância com as mesmas e planejando-os globalmente. De maneira orgânica, devem estar vinculados o pensar, o planejar, o executar, o aferir e o redirecionar, em um sistema aberto, e não fechado e dogmático.

Se o PRODOESTE é/será o instrumento, o desenvolvimento é/será a proposta, e ambos exigem/exprimem a descentralização do poder, dos tributos e da administração pública.

O mercado interno, oestino, microrregional, deve ser contemplado, tanto quanto o macrorregional, cujo âmbito pode ser ampliado, aqui, para a realidade paranaense e a dos Estados adjacentes, quanto à produção e suas conseqüências. A alocação de recursos, respeitadas os setores e as vocações, inscritos nos objetivos fixados, pressupõe um conhecimento da realidade e compreende, já, objetivos fixados em programas, definindo projetos e em processo de implementação, tudo dependendo de rigoroso controle, para

garantir, inclusive, a reelaboração do planejamento, se os resultados obtidos estiverem à distância da proposta ou se todo o modelo, ou parte dele, já necessitar de reciclagem.

A região oeste deverá responder ao desafio do aumento da produção, com a garantia de que o Estado adquirirá quotas de seus produtos básicos, a especificar. Um montante maior de divisas ficará retido no espaço oestino, não apenas em razão desta absorção estatal, mas, sobretudo, como consequência da ampliação da circulação de mercadorias, cujos 20% dos impostos serão revertidos em seu benefício.

Deve ficar transparente que não haverá — por não existir desenvolvimento sem conhecimento — nem mesmo crescimento, se não se fizer presente, a ampará-lo e a impulsioná-lo, um funcional e adequado suporte tecnológico. Para tanto, a Universidade Regional do Oeste do Paraná — UNIOESTE — tem um papel a desempenhar, orientando a sua pesquisa científica para produtos como soja, trigo e milho, visando também a descoberta de instrumental tecnológico alternativo, no sentido mais amplo do termo, para a exploração dos cultivos, entre outros, referidos.

Todo o sistema educacional oestino deve responder a esta realidade nova, que, desde o nascedouro, exigirá competência profissional. A própria escolha de tecnologia a ser importada deverá considerar o nível técnico e educacional da população em pauta, de modo a recusar produtos e instrumentais de grande sofisticação mecânica, pequeno consumo de matéria-prima e elevado emprego de mão-de-obra especializada, desfavoráveis ao ambiente regional.

O esforço do Deputado Nelton Friedrich, no sentido de emendar o Orçamento da União para direcionar recursos objetivando o domínio das ciências aplicadas e a geração de novas tecnologias no Paraná foi valioso. Compreendeu a vontade de, através deste tipo de dotação, permitir a Toledo, a Cascavel, a Marechal Rondon etc., tanto quanto a Curitiba, avançar na pesquisa biotecnológica e fundamental, que não pode ser um privilégio dos países centrais do mundo moderno. O sistema educacional foi o destinatário dos recursos reclamados pelo parlamentar paranaense.

A preocupação tecnológica não pode escapar, quanto à infra-estrutura, a montagem de uma poderosa rede ferroviária, para o mais barato escoamento da produção regional. O Governo federal deve ser pressionado para o atendimento desta reivindicação, que não deve ser apresentada como oestina, e sim, como paranaense. De resto, todo e qualquer investimento regional, em função de sua potencialidade, virá a ter um poderoso retorno nacional.

No fundo, o regional e o nacional estão articulados. Se duas palavras finais pudessem exprimir os resultados para a região oeste, da proposta aqui desenhada, seriam: industrialização descentralizada.

Para quem?

Para o homem oestino, em primeiro plano. Para o homem paranaense. E para o homem brasileiro.

O presente, *Um projeto de desenvolvimento sócio-econômico integrado para a região oeste do Paraná*, tem condicionantes endógenos, essenciais para a sua execução com o almejado sucesso. A saber:

y) exercício de autoridade socialmente legitimada para proceder à execução deste programa atípico de mudanças;

w) sensível grau de autonomia administrativa para utilizar os recursos financeiros destinados a cada localidade; e

z) efetiva representatividade dos estratos da comunidade que serão, a um só tempo, sujeito e objeto do plano ora proposto.

Só deverão ser beneficiadas pelos recursos do FINOESTE empresas que tenham um manifesto e comprovado compromisso com o princípio de justiça social de que os trabalhadores têm direito à participação nos lucros gerados, em última instância, com o concurso direto de sua atividade produtiva.

A região oeste poderá desempenhar um papel de vanguarda na história social do Brasil, onde a estreita mentalidade empresarial vigente não vacila em imaginar que um trabalhador é uma pária, e que este pária, privilegiado porque trabalha, vivendo à míngua, vai dedicar ao patrão o máximo de seu ânimo laboral, contente em engrandecê-lo, enquanto não morre, doente, exausto e na miséria.

A visão tosca a corrigir comete o danoso equívoco de não compreender que o consumo no mercado aumenta quando o homem que trabalha, através do salário e da participação nos lucros, dispõe de uma massa de numérico superior. A participação nos lucros torna a empresa, que é privada, um empreendimento mais comunitário em seus resultados, envolvendo o trabalho em seu destino, que começa a deixar de ser, desta maneira, de interesse exclusivo e solitário do capital.

Nesta tentativa de substituir o selvagem pelo solitário no capitalismo brasileiro pode e deve a região oeste ampliar as exigências para que uma empresa venha a gozar dos benefícios concedidos pelo FINOESTE, tocando no problema do trabalho da mulher, grave, em todos os quadrantes do País, pois ela, em média, percebe menos que o homem pela execução de trabalho igual.

Neste particular, as empresas instaladas no espaço econômico oestino, por força dos recursos e das facilidades advindas do FINOESTE, devem

empregar, afora a cláusula da participação nos lucros, um mínimo de 40% de mulheres, remunerando-as por trabalho igual como remunera os homens, sem lhes condicionar a concessão do emprego à apresentação do exame de gravidez ou à feitura da operação de ligamento de trompas.

A lição de que é desinteressante a grandeza na desigualdade deve conduzir a região oeste à disciplina do capital, ambicionando um quadro de distância social menos extremada, no qual o crescimento seja transformado em desenvolvimento, compreendido em termos de evolução da qualidade de vida de um povo. Os números do Extremo Oeste falam por si:

TABELA N.º 3

Óbitos de menores de 1 ano, por grupo etário — causas — 1986
Microrregião homogênea do Extremo Oeste Paranaense

<i>Variável</i>	<i>Total até 1 ano</i>
Afecções do período perinatal	387
Anomalias congênitas	61
Causas externas	12
Pele, tecido celular subcutâneo	1
Aparelho circulatório	3
Aparelho digestivo	1
Aparelho geniturinário	2
Aparelho respiratório	84
Sistema nervoso, órgão, sentidos	12
Doenças infec. parasitárias	165
Sangue, órgãos hematoéticos	2
End. nutric. metab. transt. imun.	25
Neoplasmas	4
Sintomas, sinais, afec. mal defin.	152
<i>Variável</i>	<i>Total até 1 ano</i>
<i>Óbitos menores de um ano — Total</i>	911

Fonte: SESA

Mudar o cenário à vista, eloqüente em sua dramaticidade, é responder para quem se destina o desenvolvimento, que não pode nunca ser econômico apenas, mas que deve sempre, para sê-lo, ter a dimensão do social.

Conclusão

A partir do primeiro semestre de 1989, sobretudo, novos municípios foram instalados na região oeste do Paraná, fato que, para a corrente argumentação, foi desprezado, em face da absoluta precariedade das séries estatísticas existentes a seu respeito. O perfil consagrado da problemática regional permitiu a abordagem aqui realizada, com a sua busca manifesta de um projeto histórico a ser vivido em comum, como garantia de que o futuro não servirá unicamente para ter saudades do passado, visto como a idade de ouro perdida para sempre.

A história econômica do País está repleta de exemplos de regiões que conheceram o fastígio, e, na atualidade, estão repletas de cidades mortas, porque viveram, sem nenhuma previsão, os fugazes momentos de grandeza, os quais pareciam eternos. A lição da história — que é a mestra da vida — a ser retirada é a de que é no fastígio que reside o instante propício para a definição comunitária do vir a ser por perseguir no processo social.

Alcântara, no Maranhão, Goiás Velho, em Goiás, Goiana, em Pernambuco, Parati, no Rio de Janeiro, Ouro Preto, em Minas Gerais, e Piracicaba, em São Paulo, exemplificam a contento o raciocínio aqui expresso, personificando ciclos e subciclos, como o do ouro, o do açúcar, o do couro, o do algodão e o do arroz, os quais vieram e, a despeito da força de sua expressão, passaram, deixando muitas vezes escombros e quase sempre a irremediável decadência.

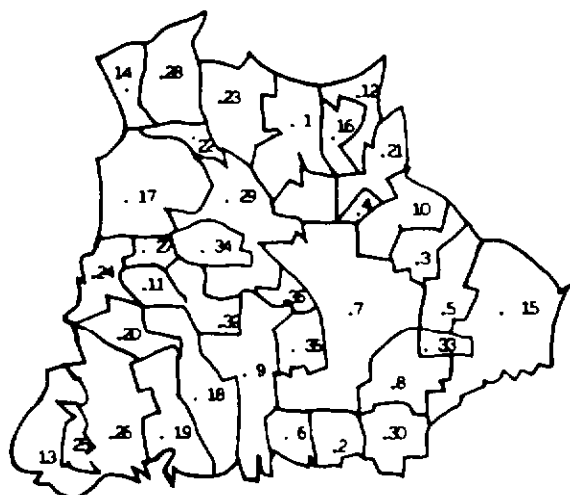
Precavendo-se, pode e deve a região oeste do Paraná escapar do nada impossível destino de ser um produto transitório da soja, do trigo e do milho, para ter, enquanto espaço produtivo sedimentado em uma estrutura também de cunho industrial, uma expressão econômica perduradora no cenário brasileiro, com a vantagem de ser integrada, dispondo de dimensão social.

O ensinamento do poeta espanhol Antonio Machado, dirigido ao caminhante, lembrando-o que não há caminho, por ser este feito ao caminhar, tem elevada serventia para a região oeste. A sua caminhada para o futuro começa aqui e agora, sob a tomada de consciência de que o espaço regional não deve ficar limitado a reclamar do poder político estadual a atenção que lhe é devida, quando pode, ele mesmo, vir a gerar e ser o poder político estadual ou, no mínimo, nele vir a estar realmente representado. O poder deve ser devolvido a quem, de fato, é o seu gerador.

Sem vontade política não há desenvolvimento. Quanto à região Oeste, espaço ascendente na economia paranaense, compete-lhe despertar em si mesma o ânimo político, acreditar em uma nova mentalidade e ter vigorosa vontade de poder, para decidir o seu destino, desenvolvendo-se de maneira integrada, para pesar de maneira afirmativa nos horizontes da realidade paranaense e para projetar no Brasil o seu possível exemplo de crescimento econômico harmônico, qualificado como desenvolvimento comprometido com a justiça social.

REGIÃO OESTE DO ESTADO DO PARANÁ

- AMOP -



01 - Assis Chateaubriand	13 - Foz do Iguaçu	25 - Santa Terezinha de Itaipu
02 - Boa Vista da Aparecida	14 - Guaíra	26 - São Miguel do Iguaçu
03 - Braganey	15 - Guaraniáçu	27 - São José das Palmeiras
04 - Cafelândia	16 - Jesuítas	28 - Terra Roxa
05 - Campo Bonito	17 - Marechal C. Rondon	29 - Toledo
06 - Capitão L. Marques	18 - Matelândia	30 - Três Barras do Paraná
07 - Cascavel	19 - Medianeira	31 - Tupãssi
08 - Catanduvas	20 - Missal	32 - Vera Cruz do Oeste
09 - Céu Azul	21 - Nova Aurora	33 - Ibema
10 - Corbélia	22 - Nova Sta Rosa	34 - Ouro Verde
11 - Diamante do Oeste	23 - Palotina	35 - Lindoeste
12 - Formosa do Oeste	24 - Santa Helena	36 - Santa Tereza

RESUMO

Defende a idéia de que não existe política de desenvolvimento no Brasil. Estimula a região oeste, dinâmica na economia paranaense, a não esperar que as propostas para o seu desenvolvimento venham de fora, quer da parte do planejamento estadual quer da parte do planejamento federal. Advoga a viabilidade de um modelo de compromisso que industrialize o espaço regional sem degradar a natureza e sem provocar a miséria social, levando à transformação do simples crescimento econômico em desenvolvimento com justiça social. Alerta a região oeste — aqui pensada em sua forma administrativa anterior à instalação recente de novos municípios — para a necessidade de que o seu futuro seja pensado aqui e agora, quando é uma realidade a sua pujança econômica.

Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

A venda no Anexo I do Senado Federal,
22.º andar — Tels.: (061) 311-3578 e 311-3579

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 a 32, 34 a 39, 41, 43, 47 a 53, 55 a 105.

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA (NÚMEROS 1 a 100)” (Distribuição gratuita aos assinantes da Revista).

“CONSTITUIÇÕES DO BRASIL” (edição 1986) — 2 volumes

Volume 1 — Textos das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1957, 1946 e 1967 e suas alterações.

Texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85.

Volume 2 — Índice temático geral (comparativo) de todas as Constituições brasileiras.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

**“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL —
QUADRO COMPARATIVO” (5.ª edição — 1986)**

Texto consolidado das 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 1946.

Índice temático.

(No prelo: edição comparativa da Constituição de 1988.)

“CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS”

(edição 1984) — 4 volumes — com suplemento de atualização de 1986

Constituição da República Federativa do Brasil — texto consolidado das Emendas n.ºs 1/69 a 27/85 (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” (edições 1988) — 6 volumes

Volume 1 — Alemanha (República Democrática), Bulgária, Hungria, Polônia, Romênia e Tchecoslováquia.

Volume 2 — Costa Rica e Nicarágua.

Volume 3 — Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Volume 4 — Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia.

Volume 5 — Áustria e Iugoslávia.

Volume 6 — Coréia (República da), Filipinas e Suriname.

Índice temático comparativo em cada volume.

“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 de 1969.

Notas.

Índice temático.

“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 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.

“CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS” (edição 1989) — 6 volumes

Volume 1 — Anteprojeto de Código das Obrigações — Parte Geral (1941); Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1964).

Volume 2 — Anteprojeto de Código Civil (1963); Anteprojeto de Código Civil — revisto (1964).

Volume 3 — Anteprojetos de Código de Obrigações: Negócio Jurídico, Obrigações em geral, Contratos e outros títulos de ordem geral (1963); Sociedades e Exercício da Atividade Mercantil (1964); Títulos de Crédito (1964).

Volume 4 — Projetos do Governo Castello Branco: Projeto de Código Civil (1965); Projeto de Código de Obrigações (1965).

Volume 5 — *Tomo 1*: Anteprojeto de Código Civil (1972). *Tomo 2*: Anteprojeto de Código Civil — revisto (1973); Índice temático comparativo (volumes 1 a 5).

“CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (edição de 1990)

Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Sumário. Texto com índice temático. Atualização e notas de rodapé.

“DIREITOS HUMANOS”

Declaração de Direitos e Garantias.

“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.

“LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA” (6.ª edição — 1988) —
2 volumes

Volume 1 — Legislação: Constituição Federal (disposições eleitorais e partidárias), Código Eleitoral, Lei das Inelegibilidades, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei de Transporte e Alimentação, eleições municipais de 1988 (Lei n.º 7.664/88).

Textos consolidados, anotados e indexados.

Ementário.

Volume 2 — Instruções do TSE para as eleições de 1988.

ASSINATURA 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 do ano: n.ºs 105 (janeiro/março de 1990) a 108 (outubro/dezembro de 1990).

Dirija seu pedido à

**Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal
70160 Brasília, DF**

Tels.: (061) 311-3578 e 311-3577

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
Superior Tribunal de Justiça
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 Seções Regionais)
Faculdades de Direito

27 CENTROS DE
DOSENADO FEDERAL
a n o s

OS 1214/90