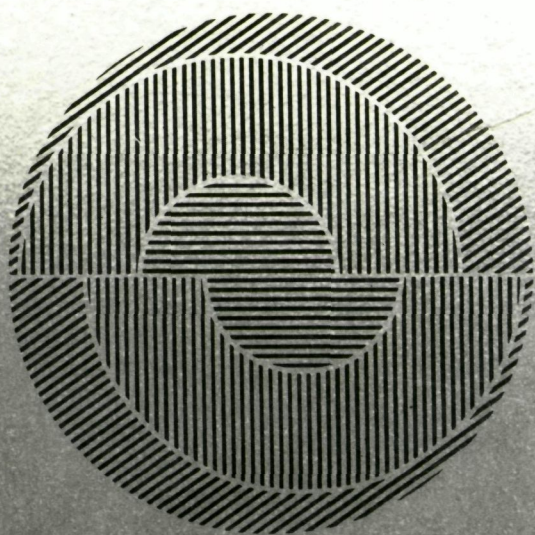


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO — 1992

ANO 29 • NÚMERO 114

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

a. 29 n. 114 abr./jun. 1992

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. 29	n. 114	abr./jun. 1992
-----------------	----------	-------	--------	----------------

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

ISS 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

	Pág.
A Revisão Constitucional no Brasil — <i>Anna Candida da Cunha Ferraz</i>	5
A Legitimidade Plena — <i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	21
A Prática da Elaboração Legislativa — <i>Rosimethe Monteiro Soares</i> ...	41
Conferência Internacional de Direito Ambiental — <i>Ann Helen Wainer</i>	59
A Competência Concorrente em Direito Ambiental — <i>Lutz Fernando Coelho</i>	63
O FINSOCIAL é Constitucional — <i>Oswaldo Othon de Pontes Saratva Filho</i>	73
Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira — <i>Palhares Moreira Reis</i>	89
O Papel dos Partidos no Brasil após as Eleições de 1989 — <i>A. B. Cotrim Neto</i>	117
A Nova Lei de Liberdade Partidária — <i>Sérgio Sérvulo da Cunha</i> ...	125
Ministério Público, o Novo Poder da República e da Federação Brasileira na Constituição Federal de 1988 — <i>Edylcéa Tavares Nogueira de Paula</i>	133
Ministério Público e Ação Civil Pública — <i>Teori Albino Zavascki</i> ...	149
O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente — <i>Hugo Nigro Mazzilli</i>	157
Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista Exploradoras de Atividade Econômica — Princípio da Publicidade — <i>Márcia Ferreira Cunha Farias</i>	199
Desapropriação Urbanística — <i>Vitor Rolf Laubé</i>	205
Moderno Dirigismo Econômico e Direito Contratual — <i>Carlos Alberto da Costa Dias</i>	229
Os Contratos de Adesão e a Defesa do Consumidor — <i>Carlos Alberto Bittar</i>	237
Protección del Consumidor en el Derecho Internacional Privado Argentino — <i>Dantel E. Moeremans</i>	253
Teoria da Imprevisão: Sentido Atual — <i>Carlos Alberto Bittar Filho</i>	263
A Complementaridade dos Sistemas Jurídicos Estatais e de Comerciantes em Matéria de Contratos Internacionais — <i>Jorge Barrientos Parra</i>	283

Do Descabimento de Denúncia Unilateral de Pacto Parassocial que Estrutura o Grupo Societário — <i>Arnoldo Wald</i>	295
A Nova Lei Antitruste Brasileira: Críticas e Sugestões — <i>Marcos Juruena Villela Souto</i>	307
A Proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado — <i>Leonardo Greco</i>	317
O Juiz e os Valores Dominantes — <i>Sydney Sanches</i>	329
O Judiciário, a Propriedade e os "Sem Terra" — <i>Ivan Lira de Carvalho</i>	337
A Autoproteção Possessória e seus Fundamentos — <i>Carlos David Santos Araújo Reis</i>	347
A Ação de Nunciação de Obra Nova e a "Legitimatão ad Causam" do Particular para Exigir o Cumprimento de Regulamento ou de Postura — <i>Miguel Josino Neto</i>	365
Cautelar Fiscal — <i>Hugo de Brito Machado</i>	375
A Influência de Fatores Metajurídicos no Sistema de Direito Privado — <i>Roberto Schaan Ferreira</i>	381
Apontamentos para uma História da Desindexação no Brasil — <i>Leotácio Jansen</i>	397
A Integração Económica da América Latina — <i>Leonardo Nemer Caldeira Brant</i>	463
O Apelo ao Legislador — <i>Appellentscheidung</i> — na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã — <i>Gilmar Ferreira Mendes</i>	473
O Aprimoramento da Prestação de Contas do Governo através da Fiscalização e Avaliação: um Estudo Comparativo entre Canadá, Estados Unidos e Brasil — <i>Heloise Tartarotti Camargo</i>	503
Planejamento Governamental no Brasil — <i>Kira Tarapanoff</i>	549

DIREITO COMPARADO

Constituição da República da Bulgária	569
Lei Orgânica da Assembléa da República Portuguesa	601
Lei Eleitoral da República Federal da Alemanha	633

A Revisão Constitucional no Brasil

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ
Professora Assistente Doutora da Faculdade
de Direito da USP

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Premissas necessárias: 1. O Poder Constituinte Originário, a Constituição vigente e a Revisão Constitucional. 2. A permanência do Poder Constituinte Originário: o Poder de Reforma Constitucional. 3. Os limites formais e os condicionamentos da revisão constitucional: a permanência das regras de processo e o procedimento de modificação da Constituição. 4. Mutações inconstitucionais. III — As alterações constitucionais na Constituição de 5 de outubro de 1988: 1. O Poder de Reforma na Constituição de 1988. 2. O Poder de Reforma Ordinário ou Permanente. 3. O Poder de Reforma Extraordinário ou Transitório. 4. A problemática da Revisão Constitucional. 5. Algumas considerações a título de conclusão.

I — Introdução

A revisão constitucional e o plebiscito, previstos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Brasileira de 5 de outubro de 1988, têm suscitado debates na imprensa falada e escrita, e provocado a realização de inúmeros eventos — seminários, mesas-redondas, etc.

Tais debates começaram a surgir em meados do ano de 1990, o que por, sem dúvida, não deixa de surpreender pela “prematuridade”, pois a Constituição de 1988, àquela altura, tinha pouco mais de ano e meio de vigência. Ora, tratando-se de texto com cerca de duzentas normas constitucionais não-auto-executáveis, isto é, dependentes de legislação integradora, complementar ou concretizadora, e com sua eficácia, em boa parte, “paralisada” pela ausência dessa legislação infraconstitucional, melhor seria, parece, que os olhos dos juristas, políticos e, precipuamente, do cidadão — particularmente interessado no cumprimento efetivo da Lei Magna — estivessem voltados para essa direção.

Várias correntes posicionaram-se nesses debates em torno da aplicação dos artigos 2.º e 3.º do ADCT.

Para maior clareza, convém transcrever citados dispositivos:

“Art. 2.º No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

§ 1.º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público.

§ 2.º O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo.

Art. 3.º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

A primeira corrente propugna pela antecipação do plebiscito previsto no artigo 2.º do ADCT supra, a fim de se colher desde logo a definição, pelo eleitorado, da forma e do sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo, república ou monarquia), e pela antecipação da revisão constitucional tida como decorrência necessária do plebiscito. Motivos de ordem política seriam os determinantes de tal antecipação, e, dentre esses o fato de que os trabalhos revisionistas, se iniciados em outubro de 1993, consoante previsto no ADCT, certamente se prolongariam pela sessão legislativa do ano de 1994. Ora, em 1994, outubro/novembro, deverão ser realizadas as eleições presidenciais. Afora o fato de a campanha presidencial prejudicar os trabalhos de revisão, mais grave é a questão, também aventada, de eventual modificação da forma e do sistema de governo — e possível alteração do sistema eleitoral — às vésperas de eleição desse porte.

É preciso lembrar, ainda, que o ano de 1992 será também permeado de eleições, ainda que a nível municipal.

— A segunda corrente propõe, pura e simplesmente, a supressão dos artigos 2.º e 3.º do ADCT, via Emenda Constitucional, ou o adiamento de suas proposições, deixando-se, portanto, para ocasião mais oportuna e conveniente, tanto a revisão constitucional como o plebiscito para eventual mudança da forma e sistema de governo (cf. OSCAR DIAS CORRÊA, *A Constituição de 1988: Contribuição crítica*, R. de Janeiro, Forense Universitária, 1991, pp. 31 a 33).

Afora os argumentos politicamente contrários à realização de ambos, endossados pela 1.ª corrente, aponta-se, ainda, o fato de que a própria experiência constitucional não sedimentou as novas regras constitucionais e sua fonte de inspiração. Com efeito, nem a legislação integradora foi expedida, nem tiveram os Tribunais, particularmente o Supremo Tribunal Federal, oportunidade de interpretar a Constituição de 1988 sequer em seu aspecto global e essencial. Por outro lado, a doutrina não se debruçou inteiramente e muito menos se harmonizou no tocante à hermenêutica das normas constitucionais, especialmente quanto aos novos institutos criados, às novas fórmulas de atuação e interferência do Poder Público na vida política, econômica e social, à recém-instituída participação popular direta (ainda dependente de lei regulamentadora), etc. Afinal, menciona-se, nem sequer foram examinados, nos mais importantes “Comentários à Constituição” que vieram à lume, todos os artigos da Lei Constitucional de 1988. Como e o que mudar, pois, numa Constituição que ainda não “vivificou”?

— A terceira corrente entende que o plebiscito e a revisão constitucional, estabelecidos na Constituição, têm prazo e limites inalteráveis, sob pena de ameaça ao “Estado de Direito” no Brasil. Neste sentido o pronunciamento da OAB — Seção de São Paulo, no *Jornal do Advogado*, março de 1991, de onde transcrevemos alguns trechos, conforme segue:

“... O Conselho Paulista, por unanimidade de seus membros, deixou clara sua posição firme no sentido de preservação do Texto Constitucional vigente; considerou mais o absoluto inconveniente de se retornar ao casuísmo das mudanças da Carta Magna que marcaram o período da ditadura militar...” “Os advogados de São Paulo firmaram posição contra emenda ou revisão constitucional, entendendo que esta causará irreparável prejuízo à estabilidade da ordem jurídica, um dos elementos essenciais das garantias asseguradas pelo direito. A reabertura do debate constitucional neste período conturbado da vida brasileira e internacional é antijurídica e impatriótica.”

— Nessa linha, entendem os mais radicais não caber sequer qualquer alteração, via emenda constitucional, ainda que parcial, antes da revisão

prevista para após 1993. Desse modo, o Texto Constitucional de 1988 seria intocável, até 1993.

— Finalmente, posicionam-se os que admitem que a Constituição de 1988 abriu espaço tão-somente para “revisão” da forma e do sistema de governo, nada mais. Em outras palavras, o alcance e a amplitude da tarefa revisional estariam vinculados a apenas esses aspectos, descabendo *propugnar-se por uma reforma constitucional mais ampla e profunda*. (Cf. OSCAR DIAS CORRÊA, ob. cit., pág. 25).

Não houve, pelo menos até agora, definição, seja quanto à supressão dos artigos 2.º e 3.º do ADCT, mencionados, seja quanto à antecipação da revisão constitucional ou da realização do plebiscito visando à *ausculta* popular quanto à forma e ao sistema de governo (embora exista projeto neste sentido em tramitação no Congresso Nacional). Paralelamente, tramita, perante o Congresso Nacional, proposta de Emenda Constitucional encaminhada pelo Presidente da República, o dantes chamado “Emendão”, visando à alteração constitucional que, embora parcial, incide sobre pontos importantes e sensíveis do Texto de 1988.

À vista disto tudo, parece oportuno tecer algumas considerações sobre o tema.

II — *Premissas necessárias*

1. *O Poder Constituinte Originário, a Constituição vigente e a Revisão Constitucional*

Uma Revisão Constitucional pressupõe, como é curial, uma Constituição preexistente, em plena vigência e eficácia, cujas regras e normas se pretenda rever, para modificar, para reformular ou até mesmo manter.

Ora, se existe Constituição em vigor como Lei Máxima do país, é de se presumir ser ela obra do Poder Constituinte Originário, titulado pelo povo para estabelecê-la; vale dizer, que se existe Constituição, é ela obra de um Poder Constituinte Originário que se manifestou pela fórmula escolhida pelo povo (por ex. uma Assembléia Nacional Constituinte). Por seu caráter, significa esta Constituição o início da ordem jurídico-política no Estado, criada ex-novo, independente e soberana, e com ruptura com a ordem jurídica existente anteriormente.

Constituição nova, vigente, implica, por certo, total desvinculação jurídico-formal de eventual Constituição pré-existente; pressupõe mais, pois pressupõe ruptura necessária com a ordem jurídica anterior. Sem este

rompimento não é possível conceber nova Constituição, nova Lei Maior, novo fundamento de validade para o ordenamento jurídico-político do país.

Este, portanto, o primeiro ponto a ser fixado: uma Constituição não guarda vínculos jurídicos (ou mesmo políticos) de subordinação com a ordem jurídico-constitucional existente anteriormente.

2. *A permanência do Poder Constituinte Originário: O Poder de Reforma Constitucional*

O Poder Constituinte Originário está permanentemente latente porque está nas mãos do seu titular soberano, que é o povo. Este, a qualquer momento, pode reativá-lo para mudar o curso e o rumo da organização fundamental do Estado. A retomada ou reativação do Poder Constituinte Originário pelo povo pode ocorrer com ruptura da ordem constitucional vigente, mediante a supressão da Constituição em vigor e o estabelecimento de nova Constituição. Em regra, esta ruptura pressupõe revolução, ao menos em sentido jurídico, porque resulta na desvinculação total da Constituição nova em relação à Constituição anterior.

Todavia, a assunção revolucionária do Poder Constituinte Originário não é fenômeno usual e freqüente na realidade constitucional, e nem é o recurso mais utilizado para mudar Constituições. Toda Constituição busca refletir, como ensina Burdeau, uma "idéia de direito"; busca refletir "os valores, os fins e os fundamentos de uma nova organização política fundamental". Ao perseguir tais objetivos, toda Constituição, via de regra, — até para assegurar a estabilidade política e social necessária ao pleno desenvolvimento do povo e do Estado que rege — procura a maior durabilidade possível, busca permanecer. Se uma Constituição não tem vocação para ser eterna, tem, por sem dúvida, vocação para ser durável.

Daf porque prevê a Constituição regras, procedimentos e órgãos competentes para alterar suas próprias normas constitucionais sem rompimento com a normalidade constitucional, sem ruptura com a Constituição, sem colocar por terra os fundamentos da Lei Maior.

Prevê, assim, a Constituição, porque assim o estabeleceu o Constituinte Originário, a possibilidade de modificações, reformas, emendas ou revisão das normas constitucionais. Tais alterações, todavia, pela lógica e natureza das coisas, pressupõem:

a. a permanência do titular do Poder Constituinte Originário que elaborou aquela Constituição;

b. a permanência da idéia de direito que informa a Constituição; e

c. a permanência dos valores fundamentais que inspiraram a Constituição a ser alterada.

Assim, as alterações (modificações, emendas, etc.) de forma ou de fundo, acidentais ou substanciais, não ultrapassam a "vontade" constituinte, não suprimem o Poder Constituinte Originário, não substituem a fonte de inspiração da Constituição ou a idéia de direito ali plasmada. Em consequência, não significam ruptura entre a Constituição e a nova forma ou o novo conteúdo constitucional que, certamente, deverão ser conformes, em espírito, inspiração e fundamento, com a Constituição originária, vertida no texto anterior, mesmo quando e se o modifica ou substitui.

Dentro deste contexto, é possível admitir-se até mesmo uma revisão total da Constituição; porém o Poder Constituinte Originário será o mesmo, será ele, ainda, a fonte e o fundamento da revisão, o que significa dizer que a idéia de direito é a mesma e, quanto à natureza, o resultado da revisão não será, nunca, uma nova Constituição, mas sempre uma revisão constitucional da Constituição originária, ainda que o texto apareça com roupagem distinta e renovada.

3. *Os limites formais e os condicionamentos da revisão constitucional: a permanência das regras de processo e o procedimento de modificação da Constituição*

Ora, a afirmação retro leva a uma evidente conclusão, vale dizer, a reforma; a revisão constitucional, a emenda constitucional, etc. pressupõem observância:

a. do processo de modificação previsto na Constituição;

b. dos limites eventualmente fixados pelo Poder Constituinte Originário. Usualmente, as Constituições têm certas cláusulas chamadas pétreas, que contêm matérias que o Constituinte Originário quis subtrair ao poder de reforma. Se tais limites são postos pelo Constituinte Originário, por decorrência lógica, deverão ser respeitados pelo poder de reforma;

c. no tocante a prazos, certas Constituições proíbem reformas ou revisões durante certo período, ou, ao inverso, exigem modificações dentro de determinado prazo (cf. meu Poder Constituinte do Estado-Membro, *Revista dos Tribunais*, 1979, pág. 257, FERREIRA FILHO, Poder Constituinte, 1983, e NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *O Poder de Reforma Constitucional*, Bahia, Livraria Progresso Editora, 1954, pág. 81). "Proibições dessa ordem estabelecem um período de fixidez constitucional, que não

pode ser abolido ou encurtado pelo poder reformador, da mesma sorte que não se podia adiar o início da rigidez da Constituição, por ela previsto, prorrogando a competência do legislador ordinário para realizar reformas constitucionais” (cf. SOUSA SAMPAIO, *Poder de Reforma Constitucional*, ob. cit., p. 81).

4. *Mutações inconstitucionais*

Destarte, sob o aspecto jurídico-constitucional, se modificações constitucionais introduzidas na Constituição em vigor, seja mediante Emenda Constitucional, seja mediante Revisão, alterarem:

a) o processo de atuação do Poder de Reforma Constitucional;

b) os limites pré-fixados pelo Constituinte Originário;

c) o próprio titular do Poder Constituinte Originário; ou

d) a “idéia de direito” e os princípios fundamentais positivados na Constituição originária

podirão, teoricamente, ocorrer as seguintes hipóteses:

(A) a reforma constitucional não vinga, por inconstitucional, mediante declaração eficaz do órgão de controle de constitucionalidade;

(B) a modificação constitucional subsiste, com respaldo político e até mesmo jurisdicional (proferido em sede de controle de constitucionalidade); legitima-se, porém não com o caráter de revisão ou emenda constitucional, mas como nova Constituição. Nesse caso, não se tratará, na realidade, de modificação constitucional, mas de nova ordem constitucional, nova Constituição, principalmente se a alteração do texto é global. Ocorrerá, na espécie, o chamado fenômeno da mutação inconstitucional (cf. ANNA CANDIDA DA CUNHA FERAZ, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 1986) que, no seu resultado, significa rompimento da ordem jurídico-constitucional anterior, que não mais prevalecerá para nenhum efeito porque é da essência da nova Constituição “varrer” o que ficou posto anteriormente a ela;

(C) a modificação, embora parcial, subsiste, porquanto não infirmada pelos controles cabíveis, mas não altera e nem modifica a Constituição em sua essência ou globalidade, pelo que persistirá como anomalia constitucional, como mutação inconstitucional da Lei Maior, podendo a qualquer tempo ser questionada diante desta.

Como se vê, não é, na realidade, a forma assumida pela alteração (Emenda, reforma, revisão), nem a amplitude das alterações, que determinam o surgimento de nova Constituição; determina-o a ruptura da Constituição anterior.

Emenda Constitucional, Reforma Constitucional ou Revisão Constitucional têm a mesma essência ou idêntica natureza: constituem modificações ou alterações constitucionais introduzidas numa Constituição existente, conforme as regras, o procedimento e o modo de expressão nela configurados.

É verdade que há Constituições que, na prática, estabelecem diferença entre esses termos. Todavia, mesmo nesses casos, a distinção não envolve a essência do fenômeno, mas apenas gira em torno de circunstâncias, limites, prazos, etc.

Assim, para exemplificar, a Constituição do Império referia-se à “reforma” para rotular mudança de apenas algum dos artigos constitucionais, após quatro anos de “jurada” a Constituição, estabelecendo o procedimento a ser seguido, os órgãos competentes, o modo de concretização etc. (arts. 174 a 177); por outro lado, admitia “alteração”, sem as formalidades da “reforma” de tudo o que não era considerado “constitucional” (art. 179). Nessa linha, a “reforma constitucional” de 1834 foi concretizada pelo Ato Adicional aprovado pela Lei n.º 16, de 12 de agosto.

A seu turno, a Constituição de 1934 distinguia Emenda de Revisão, estabelecendo, inclusive, procedimentos e modos de concretização diferenciados para cada qual (cf. art. 178).

Em qualquer caso, porém, de modificação constitucional se tratava. Daí, porque, observa FERREIRA FILHO com acerto “. . . não há, tecnicamente, nenhuma regra a definir o que seja reforma e revisão constitucional. São os documentos jurídicos que caracterizam ora um trabalho como reforma, ora com revisão” (cf. Cadernos Liberais — III/XCI, Constituição de 1988, Revisão Constitucional de 1993, Colóquios, 1991). Observa, todavia, o Mestre do Largo de São Francisco, que cada qual transmite uma “idéia diferente”. A idéia de revisão é de simples aprimoramento de um texto que está estabelecido. A idéia de reforma é mais ampla e ambiciosa, pois é a “idéia do refazimento das instituições” (*idem, ibidem*).

III — As alterações constitucionais na Constituição de 5 de outubro de 1988

A problemática da revisão constitucional prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição de 1988, deve ser examinada a partir de uma visão global do tratamento dado pela Lei Maior ao Poder de Reforma Constitucional.

1. O Poder de Reforma na Constituição de 1988

A Constituição Brasileira de 1988, Constituição escrita e rígida, prevê, em realidade, duas espécies distintas de reforma ou mudança constitucional, que se podem denominar, à falta de um rótulo mais adequado, de Poder de Reforma Ordinário ou Permanente e Poder de Reforma Extraordinário ou Transitório. O primeiro é disciplinado na parte permanente da Constituição, artigos 59 e 60; o segundo, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 3.º

2. O Poder de Reforma Ordinário ou Permanente

O Poder ordinário de reforma constitucional obedece às seguintes regras:

a) concretiza-se por intermédio de Emendas Constitucionais (art. 59,1);

b) é atuado pelo Congresso Nacional;

c) mediante proposta dos titulados indicados no art. 60, I, II, III, aos quais cabe a iniciativa da proposição de Emenda;

d) independe de veto ou sanção presidencial, devendo a Emenda ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com número de ordem respectivo (art. 60, § 3.º);

e) a proposta deve ser discutida em cada casa do Congresso, em dois turnos;

f) a Emenda Constitucional é aprovada desde que obtenha, nos dois turnos, 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada uma das casas do Congresso Nacional;

g) Emenda Constitucional rejeitada ou prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa;

h) não poderá ocorrer reforma na vigência do estado de sítio, de defesa ou de intervenção federal (art. 60, § 1.º);

i) finalmente, a Emenda Constitucional poderá incidir sobre qualquer matéria, salvo as indicadas expressamente no art. 60, § 4.º, que são:

I — forma federativa de Estado;

II — voto direto, secreto, universal e periódico;

III — separação de poderes;

IV — direitos e garantias individuais.

Observe-se, por oportuno, que esse núcleo material intocável é, na verdade, a positivação constitucional de princípios fundamentais (as normas de princípio, na linguagem de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, RT., 1991) que integram o Título I da Constituição, especialmente os constantes do artigo 1.º, *caput*: forma federativa de Estado, voto direto, secreto, universal (parágrafo único e inciso II do art. 1.º), voto periódico (forma de governo — república, *caput*), direitos e garantias individuais (art. 1.º, III) art. 3.º, em especial inciso IV, e art. 4.º, II e a separação de poderes, assegurado no art. 2.º

Todo esse regramento constitucional mostra que o Poder de Reforma Ordinário enfrenta limites expressos fixados pelo Constituinte Originário, limites materiais e circunstanciais e condicionamentos de forma ou limites procedimentais.

3. O Poder de Reforma Extraordinário ou Transitório

Com evidente inspiração da Constituição Portuguesa de 1976, o constituinte pátrio criou outro tipo de Poder de Reforma, o Extraordinário, Extravagante ou Transitório, sujeito a procedimentos e regras diferentes dos estabelecidos para o Poder de Reforma Permanente, retroexaminado.

Com efeito, o art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê mudança na Constituição segundo o regramento seguinte:

a) forma: a mudança se fará sob o rótulo de revisão constitucional;

b) prazo: a revisão se dará após cinco anos contados da data da promulgação da Constituição, ou seja, após 5 de outubro de 1993;

c) órgão reformador: caberá ao Congresso Nacional proceder à revisão;

d) procedimento: o Congresso Nacional deverá reunir-se em sessão unicameral, e decidir pelo voto da maioria absoluta dos membros.

Esgota-se nesses poucos aspectos a disciplina constitucional expressa da “revisão” a ser realizada após 5 de outubro de 1993.

Todavia, o artigo 3.º do ADCT, retrocomentado, vem subseqüentemente ao artigo 2.º, que determina a realização de plebiscito, no dia 7 de setembro de 1993, para escolha, pelo povo, da forma de governo e do sistema de governo. A disciplina constitucional desse plebiscito prevê:

a) normas regulamentadoras expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral após a promulgação da Constituição (ainda não foram expedidas);

b) afastamento da cláusula constitucional (art. 60, § 4.º II) que prevê a intocabilidade do voto direto, universal e periódico, uma vez que admite a escolha da "monarquia constitucional" como forma de governo (a "monarquia constitucional" não é, em regra, eletiva e renovável periodicamente);

c) afastamento, em princípio, da cláusula constitucional que prevê a intocabilidade do princípio da "separação de poderes" (art. 60, § 4.º, II) ao menos na visão clássica do Direito Constitucional Brasileiro (A "separação de poderes" vem, tradicionalmente, ligada ao sistema presidencialista, no qual os poderes são separados, independentes e harmônicos. O sistema parlamentarista prevê, também, poderes diferentes que, todavia, são interdependentes. É verdade que a ilação não é absoluta. Muitos admitem que a cláusula da "intocabilidade da separação de poderes" não seria violentada pela adoção do sistema parlamentar, vale dizer, o sistema parlamentar poderia ser adotado, diante do texto do art. 60, mesmo sem a previsão do art. 2.º do ADCT.);

d) gratuidade na livre divulgação das formas e do sistema de governo, através dos meios de comunicação de massa (não indica o Texto Constitucional que órgão é o responsável para promover ou coordenar essa divulgação).

Assim, em princípio, combinados os dois Textos Constitucionais (artigos 2.º e 3.º), observa-se que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, além de prever um Poder de Revisão Extraordinário, afasta, em vários aspectos, a disciplina que circunscreve a ação do Poder de Reforma Permanente.

4. *Aspectos da problemática da Revisão Constitucional*

Inúmeros são os problemas suscitados em torno desse Poder Extraordinário. Poderiam eles ser reunidos em duas ordens de questionamento: uma, de caráter jurídico-constitucional, outra, de caráter político-institucional.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, os aspectos mais frequentemente polemizados podem ser resumidos nos seguintes:

a) quanto à forma de expressão: será a revisão consubstanciada em Emenda Constitucional?

b) quanto à obrigatoriedade da revisão: a revisão é obrigatória, deve ocorrer ou pode não ser levada a efeito?

c) quanto ao conteúdo: qual seria o conteúdo e o alcance da revisão constitucional? A modificação da Constituição deverá ser global ou parcial. Esta questão está intimamente ligada à interpretação dos arts. 2.º e 3.º como textos independentes ou necessariamente vinculados (cf. OSCAR DIAS CORRÊA, ob. cit.), vale dizer, a revisão apenas deverá concretizar o resultado do plebiscito ou irá além dele?

d) quanto aos limites materiais, circunstanciais, procedimentais: a revisão constitucional estará sujeita aos limites que circunscrevem a ação do Poder de Reforma Ordinário, constantes do artigo 60, apenas excepcionados os expressamente indicados no ADCT (retroindicados), ou aqueles limites sobre ele não incidem?

e) quanto à natureza da revisão: cogita-se, na espécie, de modificação da Constituição de 1988, sem alteração do titular do Poder Constituinte Originário, da "idéia de direito" que inspirou a Lei Maior de 1988, ou cuida-se, na verdade, da elaboração de nova Constituição, com ruptura da Constituição anterior, pelo que o Poder de Reforma Extraordinário não teria limites a observar, salvo os fixados no ADCT?

f) quanto ao procedimento: o ADCT disciplina minimamente o procedimento da Revisão Constitucional; não determina quem deverá desencadeá-lo, como será formalizado, etc. Aplicar-se-ia, então, o procedimento do Poder de Reforma Permanente (com apenas as exceções expressas) ou caberia a criação de um procedimento inteiramente novo, naquilo que não vem expressamente prefixado?

Sob o ângulo político-institucional, também variada é a problemática suscitada pela Revisão Constitucional apazada para após 5 de outubro de 1993. Dentre tantos aspectos costuma-se salientar: a) a inoportunidade da revisão quanto ao momento (cf. OSCAR DIAS CORRÊA, ob. cit., pág. 30); b) a inconveniência de a revisão ser procedida por congressistas em final de mandato; c) a falta de concretização da maioria das normas constitucionais dependentes de leis integradoras; d) a intranqüilidade institucionalizada, derivada da instabilidade determinada no Texto Constitucional submetido a uma reforma apazada, o que dá à Constituição a feição de uma Constituição provisória (idem, ibidem), etc.

5. *Algumas considerações a título de conclusão*

Deixando-se de lado os problemas de ordem política, convém examinar mais detidamente as questões jurídico-constitucionais retroapontadas. Estas, como se viu, centram-se em três pontos principais:

a) existe necessária conexão e relação entre os artigos 2.º e 3.º do ADCT? Se existe, a revisão constitucional teria por objetivo, apenas, concretizar o resultado eventualmente decorrente do plebiscito;

b) os artigos 2.º e 3.º do ADCT são intocáveis, vale dizer, não podem ser suprimidos ou modificados? Resposta afirmativa levaria à conclusão de que o plebiscito e a Revisão Constitucional deverão necessariamente ocorrer, nos moldes e no tempo constitucionalmente determinados;

c) está a Revisão Constitucional sujeita aos limites impostos ao Poder de Reforma Permanente, excepcionados apenas aqueles expressamente elencados no ADCT ou, ao contrário, a Revisão Constitucional prevista no ADCT obedecerá, apenas, aos limites expressos nesse ADCT, livre, portanto de quaisquer outros, inclusive daqueles estabelecidos para o Poder de Reforma Permanente?

Realizado o plebiscito de que trata o artigo 2.º, a opção popular por uma forma de governo e um sistema de governo diferentes dos consagrados na atual Constituição exigirá, por sem dúvida, modificações constitucionais; dependendo da forma ou do sistema escolhido, é possível vislumbrar-se a necessidade de revisão constitucional extensa e profunda, como único modo de adaptar a Carta de 1988 à vontade popular demonstrada nas urnas.

Há, pois, sob este aspecto, íntima relação entre os artigos 2.º e 3.º do ADCT.

E se o plebiscito não trazer inovações, seja quanto a forma, seja quanto ao sistema de governo? Ainda assim será necessária a Revisão Constitucional prevista no artigo 3.º?

Duas são as interpretações possíveis: ou a revisão constitucional preceituada no art. 3.º é comando constitucional independente do preceito contido no art. 2.º, por isso que disposta em articulado independente, e é, bem por isso, inarredável, ocorra ou não o plebiscito e qualquer que seja o seu resultado; ou os preceitos são dependentes entre si, pelo que a revisão constitucional somente ocorreria se e para o fim de concretizar o resultado do plebiscito. No primeiro caso, a revisão objetivada no Texto Constitucional poderá ser a mais extensa e profunda possível, poderá ter

conteúdo amplo e abrangente: no segundo, sua extensão será limitada à adaptação do texto ao resultado do plebiscito.

Inclino-me pela primeira das interpretações. Os artigos 2.º e 3.º do ADCT contêm, a meu ver, comandos constitucionais conexos, mas independentes. Afora o fato de vir o preceito estabelecido em articulado independente, parece ficar evidente, diante do Texto Constitucional, que o constituinte buscou abrir espaço para uma revisão global da Lei Maior; e tão abrangente poderá ser essa revisão que a Lei Maior abriu uma expressa exceção ao art. 60 (isso mesmo demonstram os trabalhos constituintes, como registra OSCAR DIAS CORRÊA, cf. ob. cit., loc. cit.).

Destarte, o art. 2.º do ADCT é apenas uma exceção expressa à regra geral das limitações constitucionais permanentes traçadas ao Poder de Reforma Ordinário, adotada pelo constituinte talvez para espantar dúvidas, presumivelmente no tocante à separação de poderes e, certamente, no tocante ao sistema de governo.

Por outro lado, com fulcro na “teoria do poder de reforma constitucional” exposta, não há, a rigor, cláusulas intocáveis, afora as expressas no art. 60 da parte permanente da Lei Maior. Em conseqüência, não se pode ter como intocáveis, juridicamente, cláusulas inseridas no Ato das *Disposições Constitucionais Transitórias*. Admiti-lo seria “constituir” cláusulas pétreas onde a Constituição não o fez e introduzir “limites” ao Poder de Reforma não expressamente fixado no Texto Constitucional. Essa consideração, parece, aplica-se, em tese, a todo o conteúdo dessas disposições que, pela natureza, são transitórias: os limites para modificação desses textos são os decorrentes do art. 60. Exemplificando: Emenda Constitucional não pode suprimir direitos constituídos nas disposições transitórias sob pena de ofensa ao princípio constitucional que resguarda direitos adquiridos.

Não se pode ignorar, todavia, que as disposições expressas nos artigos 2.º e 3.º indicam, com segurança, a vontade constituinte de abrir espaço não só para a realização de revisão no Texto Constitucional por ele elaborado, mas, como, também, para uma discussão em torno do regime e do sistema de governo, temas polemizados na Constituinte e resolvidos apenas a nível de “compromisso” entre os vários grupos políticos que ali tinham assento. Daí parecer que ambos fazem parte do núcleo material componente da “idéia de direito” plasmada na Constituição de 1988. Porém, o intocável, a meu ver, é a essência do comando constitucional, vale dizer, a Constituição de 1988 deve ser revista, o plebiscito relativo ao regime e ao sistema de governo deve ocorrer. *Todavia, a data fixada no texto das Disposições Transitórias é questão acidental, secundária, e pode ser modificada.* Aliás, no tocante à Revisão, não prefixa a Constituição época ou período; tão-somente determina lapso temporal após o qual a Revisão deve ser realizada. Por outro lado, no tocante ao plebiscito, é bem de ver que outras circunstâncias (afora alteração do texto do art. 2.º mediante Emenda Constitucional)

poderiam ensejar a postergação de sua realização; assim, por exemplo, estar o País sob "estado de sítio", intervenção nos Estados, etc.

Entendido desse modo, é possível superar a problemática trazida pelos preceitos constitucionais em questão, e pela situação de "intranquilidade constitucional" bem apontada por OSCAR DIAS CORRÊA (ob. cit., pág. 24).

No tocante aos limites aos quais se deve submeter o Poder de Revisão Extraordinário não há como fugir, a meu ver, àqueles estabelecidos no art. 60 da Lei Maior e que colhe a manifestação do Poder de Reforma Constitucional Permanente. Excepcionados foram, tão-somente, os que o próprio constituinte verteu, de modo expresso, na elaboração originária da Constituição. A essa conclusão conduz toda a teoria do Poder de Reforma Constitucional antes examinada. Claro está, como se viu e disse, a Revisão Constitucional a ser levada a efeito com fulcro no art. 3.º do ADCT pode e, parece-me, convém que seja, no seu conteúdo e alcance, a mais ampla possível; convém mesmo se faça uma revisão geral e global da Constituição de 1988, principalmente se essa Revisão vier a suceder uma opção popular por novo regime e sistema de governo. Essa modificação global, porém, há de respeitar os limites impostos pela Lei Maior sob pena de ruptura dessa ordem.

Assim, exemplificando, não é possível, na Revisão Constitucional por vir, abolir-se a forma federativa de Estado, ou suprimir-se direitos individuais.

Recorde-se que o Constituinte não convocou, na verdade, nova Assembleia Constituinte, investida de poderes constituintes originários para elaborar uma ordem constitucional no País. Convocou, apenas, um Poder menor, livre de certos limites, para que se modificasse a Carta de 1988. Assim, não se pode vislumbrar, no caso, rompimento "constitucionalmente admitido" com a ordem vigente, ainda que se faça uma "releitura" integral da Lei Maior.

Parece oportuno recordar que é impossível extrair conseqüências jurídicas maiores, decorrentes da terminologia adotada no ADCT, já que, como se viu, não há diferença essencial entre os termos "Emenda Constitucional" e "Revisão"; ambos constituem processos de alteração formal de uma Constituição preexistente. Destarte, Emenda Constitucional e Revisão Constitucional não diferem entre si, quer quanto à natureza, quer quanto à função. Podem, quando muito, diferir em grau, ou traduzir uma "idéia" distinta: a revisão consistiria numa verdadeira releitura da Constituição, conduzindo uma alteração extensa, profunda e principalmente sistêmica; através dela modifica-se a Constituição originária sistematicamente, dentro de uma visão global, visão de conjunto das normas constitucionais e de sua

necessária conexão lógica (cf. JORGE MIRANDA, *Revisão Constitucional*, fevereiro 1983, pág. 5). As Emendas Constitucionais, a seu turno, conduzem à idéia de modificações parciais, quase sempre isoladas, de uma ou de algumas normas constitucionais (isto não impedirá, por óbvio, que tantas sejam as emendas propostas que o resultado final importe numa inteira reedição do texto originário. Todavia, nesses casos, perde-se a visão do conjunto, a ordem sistêmica, a necessária conexão de sentido entre as normas constitucionais, enfim, o sistema constitucional).

Dáí por que, parece, na prática, os documentos constitucionais diferenciam uma e outra, vale dizer, estabelecem procedimentos distintos, alcance e conteúdo diversos para alteração parcial (Emenda) e alteração global (Revisão). Em qualquer dos casos, porém, repita-se, não há ruptura com a Constituição originária.

O constituinte brasileiro demonstra ter assumido essa distinção, de grau, entre Emenda Constitucional e Revisão Constitucional, ao adotar, como forma de modificação transitória, não a Emenda Constitucional prevista na Parte Permanente, mas a "revisão constitucional". O resultado, porém, dessa Revisão, qualquer que seja o rótulo adotado, será, sempre, mera alteração da Carta de 1988.

Destarte, se os limites impressos na Constituição de 1988 para sua modificação, por Emenda ou Revisão, não forem observados nos trabalhos revisionistas, se o Congresso Nacional elaborar Constituição com roupagem nova, desprezando as limitações de fundo e de forma, invocando poderes constituintes originários que não detém, ocasionando ruptura com a ordem vigente, as conseqüências são as apontadas retro.

Apenas para constar observe-se que a Constituição Espanhola de 1978 contém, na parte permanente de suas Disposições, o Título X, versando sobre "*Reforma Constitucional*". Ali estão previstas: emendas, revisão total e revisão parcial da Constituição, vale dizer, várias espécies de "modificações" constitucionais. É certo, também, que a Constituição Espanhola adota procedimentos distintos para a reforma e a revisão total ou parcial, especialmente se a revisão afetar o Título Preliminar (cujo conteúdo corresponde aos princípios fundamentais do Estado espanhol). Observe-se, ademais, que não há limites materiais à reforma constitucional, em qualquer modalidade; essas devem obediência, todavia, às condições de forma e procedimento e aos limites circunstanciais (cf. arts. 166 a 169).

Por igual, o texto atual da Constituição de Portugal engloba, sob o título "*Revisão Constitucional*", modificações globais ou parciais à Constituição (cf. arts. 286 a 291), às quais impõe o que rotula expressamente de "limites materiais da revisão" e "limites circunstanciais da revisão" (arts. 290 e 291).

A Legitimidade Plena

(A democracia pela racionalidade no manejo do poder)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. Poder e legitimidade. 2. As três legitimidades. 3. Democracia e legitimidade. 4. Soluções a curto prazo — A revisão constitucional de 1993. 5. Conclusões.

1. Poder e legitimidade

O poder, de que aqui se trata, é a vontade capacitada a produzir efeitos desejados, o que dele faz um instrumento para a satisfação das necessidades humanas.

Embora seja um atributo do homem, ser dotado de vontade, *o poder tem a propriedade de agregar-se sinergicamente nos grupos sociais*, sob a provocação de necessidade cujo atendimento ultrapassa as possibilidades individuais¹.

Por ser conatural ao homem, nas sociedades primitivas o poder se encontra altamente atomizado, não mais que frouxamente concentrado em patriarcas ou chefes tribais; desde logo, por motivo da consangüinidade, e, com a expansão dos grupos além dos vínculos de parentesco, em razão da liderança exitosa na condução do grupo, para a satisfação de suas necessidades.

* Tese apresentada ao XVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Belém, Pará, 4 a 7 de novembro de 1991.

1 GEORGES BURDEAU, um dos mais notáveis estudiosos do poder, deixa-nos a seguinte idéia da vocação social que o caracteriza: "traduzindo uma pressão do fim social sobre cada um de nós, o Poder nos torna tangíveis e concretos a unidade, o fim e os limites da sociedade" (*Traité de Science Politique*, L. G. D. J., Paris, 1966, p. 27).

Com o adensamento dos processos culturais, as necessidades se multiplicam, assumindo a feição de interesses², e esses, por sua vez, se tornam cada vez mais coletivizados, demandando, portanto, uma atuação mais ponderável do poder concentrado no grupo.

Assim, não apenas se desdobram e se qualificam, esses interesses dos grupos, como passam a exigir a reprodução daquelas ações, que se mostrarem mais eficazes para satisfazê-los, de modo que, pela contínua reiteração, essas formas de agir, consagradas pela utilidade, ganham permanência e estabilidade produzindo *instituições*.

Desse modo, nas etapas superiores da agregação social, o poder difuso não só passa a se concentrar cada vez mais, como logra coalescer na forma de *instituições*, que se tornam, assim, *expressões estabilizadas do poder no grupo*.

As instituições apresentam miríades de diferenças quantitativas e qualitativas, já que estão vocacionadas ao atendimento de outros tantos interesses, que se multiplicam infinitamente pela cultura; mas, a certa altura, já se tornam discerníveis aquelas que se diferenciam das demais pelo fato de *regerem a condução do grupo social*, esse campo específico das atividades humanas adscrito à política.

Os interesses políticos, o poder político, que por eles se aglutina, e as instituições políticas, por este produzidas, ao se tornarem os instrumentos do governo das sociedades, passam a caracterizá-las, delineando os padrões históricos das suas formas, regimes e sistemas políticos. Tornam-se seus traços identificadores.

Conforme esses padrões, variarão os modelos de disposição do poder no grupo, desde as modalidades altamente concentradoras, quase totalizadoras, como nas sociedades de cariz autoritário e totalitário, até as modalidades que equilibram o poder concentrado com o poder difuso, característica das sociedades políticas de poder aberto, de feição liberal e democrática.

No longo evoluir do político, é fácil observar-se a transformação das relações simples e diretas, entre necessidades e poder do grupo, em relações

2 Todo o ser vivo busca satisfazer as suas necessidades: os vegetais, pelo tropismo, e os animais, pelo instinto. O homem, além do instinto, tem a guiar-lhe a vontade. Por outro lado, as necessidades que no plano vegetal e irracional se referem às exigências elementares da vida — necessidades vitais — no homem se derivam em múltiplas formas para suprir às exigências, cada vez mais complexas e demandantes, de sua vida cultural — são as necessidades culturais ou necessidades derivadas. Cultura é, pois, em expressão sintética, o complexo das necessidades derivadas (in "Metodologia Constitucional", publicação nossa, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, a. 23, n. 91. jul./set. 1986).

complexas e indiretas, entre interesses e poder político, como são as encontradas nas sociedades politizadas.

Com efeito, a certo estágio de sofisticação da vida política, o poder já não atende *diretamente* à satisfação das necessidades sociais, quase sempre de imediata identificação por todo o grupo; ao contrário, o poder se volta ao atingimento de objetivos políticos, cuja identificação com os interesses sociais nem sempre é visível e, por vezes, pode ser até inexistente.

O governo das sociedades politizadas segue uma interpretação oficializada do que venha a ser o bem comum, uma vez que se tornará impossível atender a todas as concepções possíveis do bem social³.

Paralelamente a todo esse processo, ocorre também uma constante diversificação e especialização do poder. A concentração, que a princípio atendia a uma demanda específica e imediata de emprego, a partir de certo grau de complexificação dos interesses sociais, passa a obedecer a objetivos políticos, muitos deles restritos ao fenômeno do poder, daí o surgimento *daquelas instituições especializadas no manejo do próprio poder*.

Assim é que, com essa diversificação, se a princípio importavam apenas os processos de *detenção* do poder no grupo e de seu *emprego* em benefício do grupo, chegamos ao mundo contemporâneo com uma fenomenologia cratológica riquíssima de desdobramentos. Hoje, pode-se identificar seis categorias de fenômenos bem caracterizadas, com suas instituições próprias e tratamentos distintos, tanto na Política como no Direito: *a destinação, a atribuição, o emprego, a distribuição, a contenção e a detenção* do poder.

A *destinação* do poder responde à indagação: para que se concentra o poder? Que interesses se busca satisfazer? Quais os valores que presidem a essa busca? É o discurso dos fins da sociedade e, por extensão, do Estado.

A *atribuição* do poder responde à indagação: que poder se concentra? Que quota de poder deve caber ao Estado e que quota deve permanecer difusa entre os indivíduos e suas demais agregações secundárias? É o discurso delicado da partilha do poder, a pedra de toque do regime político.

O *emprego* do poder responde à indagação: como atua o poder do Estado? Que funções deverá desempenhar? Detentor que é da mais expressiva concentração de poder, a solução a esta questão, no Estado contemporâneo, deverá partir da identificação das funções básicas que lhe caiba desempenhar para atender aos fins que lhe são cometidos.

3 GEORGES BURDEAU adverte que essas concepções individuais possíveis de um bem social não são o bem comum e que o timbre de universalidade está na relação que tenham com o problema da ordem e da justiça (*op. cit.*, pp. 112 e 113).

A *distribuição* do poder responde à indagação: como se partilha o poder? Como desconcentrar-se, o poder outorgado ao Estado, entre seus diversos órgãos? É o discurso da competência orgânica e do balanceamento das funções entre os órgãos, tema que comporta, de um lado, o *exame da* desconcentração espacial e, de outro, da desconcentração funcional do poder estatal.

A *contenção* do poder responde à indagação: como se controla o poder concentrado politicamente? Uma vez organizado o Estado, a tendência do poder estatal é de auto-alimentar-se e de se expandir. O constitucionalismo foi a melhor das soluções para limitar essa expansão e, com o aperfeiçoamento do Estado de Direito, introduzir mecanismos de controle. A contenção do poder estatal se faz, portanto, por sua limitação e por seu controle constitucionais.

Finalmente, a *detenção* do poder responde à indagação mais antiga da Política: quem detém o poder? Como a ele se tem acesso e como se o mantém? Estamos nos domínios da expressão ostensiva da legitimidade. Na amplitude ou no fechamento dos canais de acesso, bem como no condicionamento substantivo da detenção, estão os temas mais sensíveis. É preciso aqui lembrar, com BOBBIO, que no Estado contemporâneo a detenção do poder não diz apenas respeito às pessoas que integram os governos, mas às idéias que representam e põem em prática⁴.

Como se pode observar, esse desdobramento fenomenológico milenar, das sociedades primitivas ao Estado contemporâneo, partiu de um manejo direta e objetivamente voltado à detenção e ao emprego do poder para chegar, em nossos dias, a um complexíssimo sistema de manejo de poder, de alta sofisticação política e jurídica, perdendo-se, no processo, a *imediatez* entre a sociedade e seus instrumentos cratológicos.

Entre outras razões, foi, sem dúvida, esse distanciamento entre a sociedade e o poder político, a causa da hipertrofia estatal, que marcou sobremaneira a primeira metade do século vinte, e da erosão da legitimidade, uma conseqüência quase inevitável dessa era de divórcio entre as idéias postas em prática pelos Estados e os interesses, aspirações e valores das respectivas sociedades.

Com o processo de concentração institucional do poder, do qual resultou sua mais importante expressão — o Estado — ocorreu também um processo paralelo de diversificação do conceito de legitimidade. Essa idéia, que consistia, originalmente, na identificação do líder na figura dos pais ou dos patriarcas, que mais vividamente simbolizavam os provedores das

4 NORBERTO BOBBIO, "Sur le principe de légitimité", in *Annales de Philosophie Politique*, v. 7, Paris, 1967, p. 50.

necessidades do grupo consanguíneo, já não era tão simples quando os laços de sangue começaram a perder expressão nos grupos ampliados pelo sedentarismo. Outros critérios de representação se substituíram à consanguinidade para ungir de legitimidade a investidura do chefe. MAX WEBER, que tão bem examinou essa evolução, propôs-nos várias ordens de legitimação derivada, começando com a tradição, passando à fé, à razão e, finalmente, à formalidade legal⁵.

Assim, acompanhando a complexificação dos processos de poder no Estado, também a legitimidade, a princípio um conceito muito simples, nada mais que a identidade entre o grupo e seu patriarca, diversificou-se, deformou-se e chegou até a submergir, quando as correntes do realismo sociológico, do positivismo jurídico e do idealismo hegeliano terminaram por identificá-la com a legalidade.

Absorvida a legitimidade na legalidade, até mesmo o acesso ao poder pela violência ficou justificado, na medida em que a força se mostrasse capaz de impor uma nova ordem jurídica. Esse recurso ao sofisma era tudo o que se necessitava para simular essa "legitimidade", que havia emigrado da vontade popular para a vontade do Estado⁶, tanto quanto ocorrera com a soberania, que também se deslocara, no mesmo processo, da Nação para o Estado.

Tanto os excessos da era das ideologias e dos mega-Estados haviam comprometido o conceito e a prática da legitimidade que já era de se esperar que, na segunda metade do século, castigadas pelos conflitos inevitáveis nos choques ideológicos e de interesses de potências, as sociedades avidamente os retomassem e os aperfeiçoassem.

2. *A legitimidade integral*

Esse resultado da renovada preocupação com o velho conceito de legitimidade da detenção do poder, desdobrada em paralelo com os novos fenômenos políticos e jurídicos do poder, chega-nos hoje com o moderno conceito de legitimidade integral.

Embora a legitimidade na detenção do poder seja ainda fundamental, ela não é mais a única expressão a ser considerada e a ser atendida pela política. Em outros termos: a detenção legítima é condição necessária mas não suficiente da legitimidade integral.

5 MAX WEBER, *On Law in Economy and Society*, Simon & Shuster, N. York, 1954, p. 8.

6 V. CARL SCHMITT, *Legalität u. Legitimität*.

Efetivamente, se a legitimidade é uma conformidade entre o poder e sua própria validade, como o propôs MAX WEBER⁷, diante dos desdobramentos teóricos daquele fenômeno, há que se perquirir não apenas da validade da *detenção*, como da validade do emprego e, até, da *destinação* do poder. Embora continue, a detenção legítima do poder, a ser a primeira condição validante, porque a partir dela já se afirma uma presunção, essa *legitimidade originária* diz respeito tão-somente ao *título*, que, por sua vez, resulta de outra presunção: de que a *forma* de investidura estaria espelhando fielmente o consenso na escolha do investido.

Para a Política, distintamente do Direito, o título não importa apenas quanto à sua adequação à lei, mas, fundamentalmente, quanto à sua adequação à vontade consensual da sociedade.

Os reis poloneses, por exemplo, eram escolhidos entre os príncipes nos campos de batalha pelo critério da bravura demonstrada. Embora o consenso exigido para essa escolha fosse reduzido, o consenso na *validade* desse método de escolha tinha geral aceitação. Hoje, os governantes são titulados pelo sufrágio eletivo, fundado no voto popular. Embora o consenso exigido para a escolha ainda continue reduzido aos eleitores — o *povo*, no sentido juspolítico — presume-se, também, que esse critério merece o consenso de toda a sociedade.

Não há possibilidade, portanto, de obter-se uma legitimidade originária absoluta. Ela sempre se apresentará relativa, fruto de uma presunção de que a escolha da *forma* válida a escolha de fundo, que é a eleição de quem, afinal, deterá e manterá o poder.

Se a sociedade politizada se ativer exclusivamente à forma, correrá o permanente risco de que os governantes, escolhidos sob a égide dessa presunção, se venham a revelar, na atuação governamental, incapazes de realizar, com um mínimo de eficiência, o atendimento dos interesses gerais.

Há um desgaste do poder mal empregado, observável nas sociedades mais atiladas e cômicas de seus próprios interesses; surge a convicção de que o poder se justifica, afinal, pelo exercício e, pouco a pouco, ao lado da legitimidade originária, se desenvolve o conceito da *legitimidade corrente*, que é a que se atinge pelo *emprego eficaz do poder*.

Apoiadas nessa concepção juspolítica de legitimidade, muitas teorias passaram a indagar, no campo do Direito Administrativo, se haveria um dever de eficácia, um “ônus da boa administração”, na expressão de RAFFAELE RESTA⁸.

7 Em *Wirtschaft u. Gesellschaft* (On Law in Economy and Society, *op. cit.*, p. 5).

8 A respeito, a obra desse autor “*L’Onere di Buona Amministrazione*”, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 1940.

Reduz-se o peso do título no conceito integral de legitimidade, porque o juízo de validade de um governo passa por seu desempenho, refletindo-se, essa validade política, como uma validade jurídica, nos novos instrumentos de controle difuso dos negócios públicos⁹.

Mas, assim como a ineficácia no emprego do poder leva à erosão da legitimidade originária, também o reverso se dá, com a sua superação pela eficiência governamental¹⁰.

Por derradeiro, deve-se também perquirir da legitimidade na *destinação do poder*, ou seja, a *legitimidade finalística*. A sociedade civil, consciente de seus interesses, saberá identificar o desvio político do poder. A eficácia no emprego do poder, se visar a fins descompassados com os autênticos interesses gerais, poderá ser até uma carga desvalidante. É que a eficácia finalística será aquela que, em última análise, validará tanto a detenção do poder quanto o seu emprego: a sábia decisão quanto à escolha de objetivos, realmente afinados com os interesses, anseios e aspirações da sociedade civil.

ADOLF HITLER e o nazismo alemão dão-nos um eloqüente exemplo de legitimidade originária e de legitimidade corrente sem legitimidade finalística. Ao ser guindado, pelo *Reichstag*, à Chefia do Governo e, nele, ao desempenhar excepcionalmente a condução do processo de recuperação econômica da Alemanha, estariam, sem dúvida, satisfeitos os conceitos de legitimidade originária e corrente, mas ao desgraçar a sociedade alemã numa guerra sangrenta, em busca de finalidades delirantes de conquista e de supremacia, tornou-se patente sua ilegitimidade finalística¹¹.

Como se pode observar, é mais grave a traição da vontade política da sociedade, desviando-lhe o poder para alcançar objetivos estranhos ou até contrários a seus interesses, que a incapacidade de atender a objetivos desejados e, com mais razão ainda, que a desvalidade do título de acesso ao poder.

Resultará, porém, da confluência das três legitimidades — na detenção, no exercício e na destinação do poder — a *legitimidade integral*, que valida

9 Como exemplos, o requisito de lesividade da ação popular (Constituição, art. 5º, LXXIII) e, embora não tão definitivamente, o de *legitimidade* e o de *economicidade* da gestão financeira, orçamentária e patrimonial (Constituição, art. 70, *caput*), sindicável por iniciativa popular, partidária ou de grupos sociais secundários (Constituição, art. 74, § 2º).

10 No Brasil são exemplos de legitimação corrente, superando a originária, a aprovação da monarquia pelo Ato Adicional de 1834 e o regresso de Getúlio Vargas pelo voto popular.

11 MIGUEL REALE lembra, a propósito, que a ascensão de HITLER determinou as conhecidas mudanças no pensamento de RADBRUCH e de ARENDT sobre o totalitarismo (V. de REALE, *Nova Tese do Direito Moderno*, Saraiva, S. Paulo, 1990, p. 67, e *Origens do Totalitarismo*, Schwarcz, São Paulo, 1990, pp. 339 e ss.).

os governantes, o governo e seus objetivos governamentais, diante do único padrão político em que se pode confiar: o bem comum, tal como o interpreta cada sociedade livre.

É a partir dessa idéia, de interpretação do bem comum pelas sociedades livres, que se imbrica, no discurso da legalidade, o da democracia.

3. *Democracia e legitimidade*

A idéia de legitimidade plena só é atingida quando ampliada às três dimensões examinadas. Da mesma forma, a idéia de democracia só pode ser integralmente captada se for considerada tanto em seu aspecto formal quanto em seu aspecto material¹².

No aspecto formal está o *procedimento* democrático da escolha dos governantes: fundamentalmente, a eleição popular. A substância da democracia, porém, é o consenso, envolvendo a atitude propensa ao diálogo e à negociação, à tolerância e ao livre exame.

A introdução da *representação política* pôs em evidência o aspecto formal da democracia, e o fez a tal ponto, que eclipsou a consideração de seus aspectos substantivos, quase a reduzindo à satisfação de um ritual eletivo¹³.

A representação política, que nascera nas sociedades de classe, afirmando o Estado-nacional, sofreu seu primeiro grande desafio com o surgimento das sociedades de massa, que produziram o Estado-Nação. Em muitos países, os movimentos totalitários, que conseguiram tão bem organizar e arregimentar as massas¹⁴, fizeram dos governos os mentores das sociedades, substituindo a legitimidade pela legalidade e a vontade da sociedade, pela ideologia oficial do Estado.

Nesse Estado-Nação, síntese do poder e ditador do bem-comum, a democracia era dispensável e, até mesmo, como procuraram demonstrar as doutrinas políticas que suportavam os movimentos totalitários de todo gênero, inconveniente, pela desconsideração com a eficácia governamental, que se buscava a todo o transe e a todo o custo.

12 Inaceitável, portanto, a redução da democracia a processo, e a legitimidade, a legitimação, como proposto por NIKLAS LUHMANN, ignorando, simultaneamente, a carga de idealidade e a de realidade histórico-cultural da legitimidade.

13 A esse respeito, no clássico *Consideration on Representative Government*, J. S. MILL oferece a primeira vinculação explicitamente formulada entre democracia e representação.

14 V. HANNAH ARENDT, *Origens do Totalitarismo*, Ed. Schwarcz, S. Paulo, 1980, p. 358.

Com efeito, não se pode ignorar que a abundante literatura dedicada à construção do socialismo alardeava que as ideologias não se preocupavam com a juridicidade da ação do Estado; ao contrário, considerava todo o sistema de legalidade e, sobretudo, o de controle judicial exercido sobre o governo, um estorvo à sua eficácia, ainda porque, acrescentava-se, os juízes têm tradição “burguesa” e “conservadora”.

Em termos de legitimidade, portanto, a condução ideologizada do Estado-Nação se resumia à corrente, não interessando quem a sociedade desejasse no poder (originária), nem para que destiná-lo (finalística), mas, apenas, sua aplicação eficiente no cumprimento de metas programáticas.

Todo esse processo, de reforço do Estado e de desprezo pela vontade geral da sociedade, depois de conduzir o mundo a três Guerras Mundiais, sendo a Terceira, a Guerra Fria, a mais longa e desgastante e não menos mortífera, em seus desdobramentos quentes, acabou, tal como o absolutismo, com a derrubada de oligarquias, que se mantinham no poder a pretexto da “legitimidade”, fosse patriarcal ou divina, pelo argumento da força ou pela excelência de seus programas de governo.

A partir da década de setenta, essa reversão se acelerou e os totalitarismos, autocracias, ditaduras e autoritarismos “eficientes”, de todos os matizes, com seus respectivos dogmas, preconceitos e “excelentes” programas, começaram a ruir estrepitosamente em todos os quadrantes do mundo. O processo reversivo culminou com o *annus mirabilis* de 1989, que selou, na simbólica derrubada do muro de Berlim, o fim do ciclo do fastígio do Estado-Nação, bem como de seus respectivos suportes ideológicos e estatizantes. Embora alguns tentassem iludir com contrafações formais de processos eleitorais e de tomada de decisão dialogada, eram todos, arrogante e visceralmente, antidemocráticos na substância.

Nessa nova etapa, que se rasga em direção ao século vinte e um, cuida-se da reconquista da legitimidade integral, pelo primado dos direitos do homem, a sustentar sua expressão ideal, e, para torná-la real, pelo aperfeiçoamento dos seus instrumentos democráticos.

É nessa nova fase que uma incipiente preocupação assoma, pois não basta nem a intenção idealizada nem a formalização positivada, já que as antigas sociedades de classes, que se tornaram sociedades de massa, são agora sociedades de consumo, com altos e diversificados níveis de consciência e de demanda. Nessa quadra de transição, a ilusão de legitimidade gerada apenas pela reconquista de democracia formal é a maior inimiga da democracia substancial. E não são poucos os países que, emergindo de longas e sofridas décadas de totalitarismo e de autoritarismo, entregam-se, excessivamente confiantes, aos exercícios eleitorais, como se fossem uma panacéia, capazes, por si próprios, de propiciar a legitimidade integral.

Empantanam-se na irracionalidade do manejo dos processos do poder... e culpam a democracia.

Hoje, paira a séria ameaça de que a confusão entre o procedimento e a essência da democracia acabe desiludindo essas sociedades redivivas, que, aturdidas, em vez de uma condução eficiente dos negócios governamentais, presenciam a incompetência, a corrupção, o democratismo e o desgoverno. Terrível decepção para povos que tanto esperaram, tanto lutaram pela democracia.

Este perigo para a normal evolução da democracia está bem exposto por GIANFRANCO PASQUINO, notável lente da Universidade de Bolonha, em seu artigo para o *Dicionário da Política* que, juntamente com NORBERTO BOBBIO e NICCOLA MATEUCCI, dirigiu para a Casa Editora Torinense (UTET) ¹⁵.

PASQUINO, a respeito da ingovernabilidade, discorre sobre as teses da "crise da democracia" e da "crise da racionalidade". Quanto à primeira, o núcleo central da tese é a razão direta entre democracia e organização, de modo que o crescimento da participação política deve acompanhar o aperfeiçoamento dos processos de organização política ¹⁶. A segunda, fundando-se na teoria sistêmica e no desenvolvimento dado por J. HABERMAS, um herdeiro da Escola de Frankfurt, à tese da ingovernabilidade, a partir de quatro aspectos (ou tendências, como as denomina) da crise: "o sistema econômico não cria a medida necessária de valores consumíveis" ou "o sistema administrativo não gera a medida necessária de escolhas racionais" ou "o sistema legitimatório não fornece a medida necessária de motivação generalizada" ou "o sistema sócio-cultural não gera a medida necessária de sentido motivador da ação" ¹⁷.

Ambas as teses, como se pode apreciar, têm em comum o tema da *legitimidade*, exatamente o foco desta tese, porque aqui se defende que os componentes econômicos, administrativos, técnicos, enfim, são totalmente secundários, porque, em última análise, a ineficiência tem raízes políticas e tudo depende da superação de uma *crise de legitimidade*.

O caminho certo para a solução da ingovernabilidade e, em consequência, para a afirmação, reforço e aperfeiçoamento da democracia, passa, necessariamente, pela política.

Não há de ser com surrados processos políticos, talhados para a sociedade de classes originada pela primeira Revolução Industrial, nem,

15 *Verbete Governabilità*, pp. 484 e 489 (ed. 1993).

16 *Op. cit.*, p. 487.

17 *Op. cit.*, p. 488.

tampouco, para a sociedade de massas, produzida pela segunda Revolução Industrial, que se poderá enfrentar a crise de legitimidade em sociedades contemporâneas, que, mesmo sem estarem econômica e socialmente desenvolvidas, já se inseriram na "aldeia global" pela Revolução Científico-Tecnológica, que rompeu as barreiras da comunicação e esbateu as fronteiras.

Perderam-se, nessas transformações, tanto a nitidez das classes antagônicas quanto a alienação das massas monocórdias. O surgimento das diversificadas e intrincadas *sociedades poliárquicas* caracteriza essa nova era de desafios. A heterogeneidade dual das classes produtivas — capitalista e proletária — do período manchesteriano cedeu lugar à homogeneidade das massas maneáveis da era das ideologias, como a denominou DANIEL BELL; agora, retorna à heterogeneidade de classes, mas não mais separadas por seu papel no processo de produção, mas por seu poder de consumo: um novo poder que, embora atomizado, é potencialmente capaz de determinar demandas e de exigir decisões numa sociedade poliárquica.

As novas sociedades, herdeiras da Revolução Científico-Tecnológica, divergem quanto à percepção de seus inúmeros interesses; tendem, no entanto, à concordância quanto aos métodos para conciliá-los. São necessários métodos também atualizados ao nível dos conflitos, de modo que os procedimentos democráticos, que tinham sido suficientes para assegurar uma *representação política legítima*, já não se mostram mais eficientes para assegurar uma *negociação política legítima* e, afinal, o que se deseja: uma *direção política legítima* dessas sociedades.

A era da sociedade pluralista, da "poliarquia", para voltar a empregar esse termo tão caro a BOBBIO¹⁸, aí está, e, não por outra razão, REALE afirma que "no mundo contemporâneo, o problema da legitimidade do Direito é inseparável da idéia de liberdade como *pluralidade de opções garantidas*"¹⁹.

No horizonte, entretanto, já se delineia uma réstia de consenso quanto ao essencial; um consenso que toca aos aspectos idealizados da legitimidade; um novo tipo de homogeneidade básica, que já mostra seu poder político estabilizador nas sociedades mais desenvolvidas. Nessas sociedades pós-industriais avançadas, inexistindo grandes diferenças sócio-econômicas, o consenso sobre o essencial facilita o exercício da democracia e aguça o sentido da legitimidade plena.

18 NORBERTO BOBBIO, *Liberalismo e Democracia*, Ed. Brasiliense, Brasília, 1988, p. 95: "o poder é tanto mais difuso quanto mais o governo da sociedade é, em todos os níveis, regulado por procedimentos que admitem a participação".

19 MIGUEL REALE, *Nova Fase do Direito Moderno*, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1990, p. 66, n/ grifo (por seu pioneirismo ao tratar em 1963 do "Pluralismo e Liberdade", e pela inspiração de sua obra, o reconhecimento expresso na modesta dedicatória).

Nessas sociedades, portanto, a convergência de interesses e a redução, a níveis quase inexpressíveis, da marginalidade, consolida-se a *democracia* e desenvolvem-se processos mais eficientes de legitimação *plena* dos governos, que merecem nosso estudo, para que possamos aprender com sua experiência.

O problema agudo se concentra, portanto, nessa grande maioria de sociedades que recém estão ultrapassando a etapa da massificação ou que já estão ingressando na etapa pluralista, mas não têm ainda condições econômicas e sociais de dar um salto para alcançar a *nova homogeneidade básica*, que lhes permitirá garantir o consenso *essencial* à legitimidade plena. Nessa grande categoria estão os países em desenvolvimento, inclusive do Leste Europeu, que reconquistaram a democracia formal, e, entre eles, o Brasil.

Mas há um outro fator, além da *homogeneidade básica*, que reduz as diferenças, quanto à aplicação do método democrático, e evita os conflitos de interesses, quanto à prática essencial da vida política: existe a *competitividade*. Trata-se de um fator *toybeeano*, imprescindível em qualquer sociedade e em qualquer época, sem o qual o processo não logra ser deflagrado.

Esse fator não pesa uniformemente na vida das sociedades. Em certas condições, é muito intenso; em outras, quase vestigial. O advento das massas produziu o estatismo, e este *deslocou a competição social para a competição estatal*, alimentada por cem anos de imperialismo²⁰.

O estatismo, com seu inafastável viés paternalista e providencialista, emascula as sociedades que domina e reduz-lhes a capacidade de encontrar seus próprios caminhos e desenvolver suas próprias soluções. Desestimula o empreendedor, quando não o pune, e leva o homem a se acostumar a esperar resignadamente do Estado a solução de todos os problemas e a despejar-lhe a cornucópia de todas as benesses.

A sociedade industrial, o Estado-Nação, criou o mito do emprego, como *solução final* para o trabalho. Tudo consistia em empregar-se. Depois, apenas, manter-se empregado. De preferência, com o auxílio do Estado, que lhe garantirá esse emprego a todo o transe, impedirá que o empregador o dispense, salvo com justa causa, e até, em casos extremos, *acudindo* com recursos públicos para compensar os maus resultados de uma gestão empresarial inepta.

20 J. A. HOBSON marca como início do "pleno ímpeto" do imperialismo o ano de 1884, tomando como seu ocaso a desagregação do último império, o soviético, em 1889 (*Imperialism*, Londres, 1905, 1938, p. 19, *apud* HANNAH ARENDT, *op. cit.*, p. 153).

A inépcia não é o grande problema: o essencial é a estabilidade. O Estado paternalista sempre sacrificou o progresso por uma simulação de estabilidade laboral, daí jamais ter tido êxito histórico, pois, em termos de desenvolvimento, apenas o dinamismo econômico leva à estabilidade.

A competitividade, portanto, é o indispensável fator que deflagra esse dinamismo, sem o qual não há progresso, embaíndo-se, embora, as sociedades, com a sua contrafação grosseira, o "progressismo". Realmente, é uma lástima ouvir-se e ler-se tanto *wishful thinking*, até erudito, de "progressistas" confessados, doutores em paternalismo, providencialismo, estatismo e outros "ismos", que nada sabem de desenvolvimento; idealistas, é verdade, mas sem um mínimo de formação econômica nem de autocritica, não tendo outra contribuição a dar que sua argumentação surrada e sua dialética obsoleta, ainda marxiana, mas meio apologética diante da secular e descorçoante ineficiência. Uma retórica passadista, que prosperou na Guerra Fria e se arraigou com o maniqueísmo ideológico, mas que, em nosso País, mantém seus últimos e anacrônicos cultores, fazendo simpósios bizantinos para provar que o socialismo não morreu.

Mas há mais, a respeito dessa palavra, que é um tabu para os "progressistas": a *competição* não se deve restringir ao econômico. A democracia, quer o queiramos ou não, é um regime muito exigente. Ela demanda, sobretudo, o *contínuo* embate das idéias. É por isso que, sem abandonar o esclerosamento monolítico das ideologias, acríticas, intolerantes, preconceituosas e repetitivas, e de seus inevitáveis "chavões", o aperfeiçoamento da democracia se torna extremamente difícil. O que se exige, cada vez mais, em todos os quadrantes, é o amplo e plural debate das concepções políticas, das soluções, das estratégias e das alternativas administrativas e a superação, conseqüente, do improdutivo e monótono enfrentamento retórico.

E como tão comprometedora quanto a marginalização econômica é a marginalização social, quiçá esteja na ambição de superação social o maior incentivo para a superação econômica. Eis aí um novo veio a ser explorado pelo emprego racional dos meios de comunicação social.

Em síntese, as sociedades em desenvolvimento devem estar atentas ao que passaram e ao que viveram aquelas que já alcançaram superiores patamares de vida democrática, para evitar os erros que foram cometidos e para adaptar e experimentar, com os cuidados necessários, as soluções que contribuíram para seu aperfeiçoamento.

Se a nova *homogeneização básica* da sociedade pós-industrial, necessária para uma prática bem sucedida da democracia, diz respeito à convergência de interesses quanto ao essencial e, por isso, à redução das diferenças abissais que marginalizam e criam antagonismos, deve-se atentar para as condições políticas de sua realização.

E se essa nova *homogeneização* precisa estar combinada com a *competição*, deve-se, igualmente, atentar para as condições políticas necessárias para estimulá-la.

Não será, por certo, pelo apego aos processos políticos tradicionais, muito menos os impregnados de estatismo, de paternalismo, de empreguismo, de cartorialismo, de xenofobismo e de preconceitos, que se vai romper esta *crise de legitimidade* e deslanchar o desenvolvimento do País.

Não será, por certo, pelo apego aos processos políticos tradicionais, esse novo e terrível conservadorismo, que vem curiosamente travestido de "progressismo", que se vai exorcizar o risco de comprometer-se a democracia.

Será, outrossim, direcionando o Estado para atender às duas condições *sine qua non*, indiscutíveis e universais, do desenvolvimento dos povos: *educação e saúde*.

São ambas soluções a *longo prazo*. Infalíveis, mas que *demandam tempo*. Está-se buscando enfocar, porém, nesta tese, instrumentos políticos que ostentem a potencialidade já provada de *romper a inércia decisional*, criada pela conservação de processos tradicionais além do tempo em que poderiam produzir algum resultado positivo. Tudo tem sua época e até as instituições encanecem. REALE refere-se, pictorialmente, ao "inevitável envelhecimento das artérias normativas"²¹, ao qual corresponde o das administrativas e judiciais e, em conjunto, de todo o sistema vascular da política...

O oferecimento de soluções de impacto, a curto prazo, dessumidas da *experiência internacional*, adaptadas às *idiosincracias nacionais*, explorando as vias e os processos que racionalizem os processos decisoriais, é o que de melhor o pensamento juspolítico pode dar como resposta à crise de legitimidade.

E é com serena consciência dessa responsabilidade que este estudo *passa do diagnóstico à terapêutica e propõe, à discussão e ao debate, um pequeno elenco de medidas a curto prazo*, face à extraordinária, quase prodigiosa, oportunidade que se nos abre, a revisão constitucional de 1993, para repensar e aperfeiçoar a democracia brasileira.

4. *Soluções a curto prazo — a revisão constitucional de 1993*

A falta de legitimidade corrente e finalística tem sido uma preocupação constante na literatura especializada desde a década de setenta, com a

21 *Op. cit.*, p. 68.

inauguração do debate da ingovernabilidade, na obra coletiva de M. CROZIER, S. P. HUNTINGTON e J. WATANUKI²².

Coube, porém, a NORBERTO BOBBIO sintetizar o problema de ingovernabilidade em três pontos: "a — bem mais do que os regimes autocráticos, os regimes democráticos são caracterizados por uma desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema político; b — nos regimes democráticos o poder está mais amplamente distribuído do que nos regimes autocráticos; neles se encontra, em contraste com o que ocorre nos regimes opostos, o fenômeno que hoje se denomina de "poder difuso"... A fragmentação cria concorrência entre poderes e termina por criar conflito entre os próprios sujeitos que deveriam resolver os conflitos, uma espécie de conflito à segunda potência"²³.

O Poder Legislativo, em tudo, acaba sendo o mais vulnerável ao tríplice problema: enfrentando as *demandas crescentes*, a *conflitualidade* e a *poliarquia*, e dando respostas desproporcionais com respeito aos recursos do País. De sua parte, o Poder Executivo, do qual se espera a ação administrativa, acaba sendo ostensivamente o mais ineficiente, perdido entre demandas múltiplas e conflitivas, que lhe chegam sem a filtragem política adequada de prioridades e a superação das conflitualidades que nele se afunilam. Nem mesmo escapa, do quadro de ingovernabilidade, o Poder Judiciário, que diante da nova realidade da multiplicação dos pólos de poder, termina por receber uma pletora de demandas públicas, quase sempre focalizadas nos aspectos interpretativos mais polêmicos de uma legislação que espelha, afinal, em sua profusão e incoerência, a própria situação política.

O maior risco da ingovernabilidade, porém, como se expôs, recai sobre a democracia. A irracionalidade decisional e a burocracia desiludem não apenas o homem do povo, mas a própria elite dirigente, promovendo um clima propício ao retorno dos radicalismos e do autoritarismo, como "soluções de emergência". NORBERTO BOBBIO acrescenta que esse tipo de comportamento se move em duas direções: "de um lado, em reforço do Poder Executivo" e "de outro lado, em antepor sempre novos limites à esfera das decisões que podem ser tomadas com base na regra típica da democracia, a regra da maioria"²⁴.

Já se vê que a racionalidade do exercício do poder se tornou essencial para a legitimidade plena.

22 *The Crisis of Democracy*, 1975.

23 *Liberalismo e Democracia*, *op. cit.*, pp. 93 a 95.

24 *Op. cit.*, p. 95.

Aplauda-se, com alívio, o triunfo da democracia, em todos os quadrantes, levando de derrocada os últimos baluartes das diversas manifestações da ditadura e do autoritarismo. Mas esta democracia em surgimento, ainda é predominantemente uma expressão formal, que realiza a legitimidade originária. Nesses países, que recém-emergem para a vida democrática, paradoxalmente, o risco de inquietação pode ainda ser maior do que antes, pois as crescentes demandas da sociedade, *não sendo mais contidas*, põem a nu a irracionalidade dos processos políticos praticados para satisfazê-las. Em síntese: nas nascentes democracias, ainda é mais urgente a necessidade de buscar-se a legitimidade plena, como sustentáculo da própria democracia, do que o era no fastígio do estatismo.

É preciso perceber, com acuro, o paradoxal e o angustiante desta situação: os países do Leste Europeu cerceados, violentados e empobrecidos por ditaduras socialistas, bem como os países latino-americanos cerceados violentados e estropiados por autocracias dos mais variados matizes ideológicos, não estão encontrando na democracia recém-conquistada a solução para os conflitos e para sua penúria.

A diferença é que a *conflitualidade* se dá internamente, no embate dos interesses aflorados pela própria democracia, e a penúria decorre da *incompetência do sistema democrático formal* para satisfazê-los, sistema que, em termos de racionalidade do exercício do poder, nada acrescentou aos regimes *autoritários* substituídos.

Já não basta mais, ao povo, saber que está sendo governado por quem quer; passa a ser necessário que saiba que está sendo governado como quer.

Observe-se que o discurso da legitimidade originária tocava apenas à forma democrática, enquanto que o discurso da legitimidade plena vai fundo na substância da democracia.

De certo modo, clássicos, como ALEXIS DE TOCQUEVILLE, já haviam detectado a importância da escolha pelo povo, daquilo que lhe serve. como se pode ler na seguinte passagem:

“É, pois, realmente o povo que dirige, e embora a forma de governo seja representativa, é evidente que as opiniões, os preconceitos, os interesses e mesmo as paixões do povo não podem encontrar obstáculos duráveis que lhes impeçam de se produzir na *direção quotidiana da sociedade.*”²⁵

Se o que se deseja é que o governante seja responsivo aos interesses da sociedade e responsável perante ela por sua satisfação, a solução está

²⁵ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *A Democracia na América*, Ed. Itatiaia, Belo Horizonte, 1987, 3ª ed. p. 126, n/Grifo.

em intensificar as *interações* entre ambos, ou seja, em síntese, encurtar a distância que os separa.

Será a íntima interação política governantes-governados que assegurará o primado da eficácia na condução dos negócios públicos e a superação de políticas obsoletas, ditadas por preconceitos ideológicos, por rotinas burocráticas ou por "pacotes" tecnocráticos.

O que se procura apontar, nesta parte conclusiva da tese, é que a racionalização do exercício do poder pode ser obtida, em parte, através de algumas soluções modernizadoras, como um primeiro passo na marcha de mil léguas, mas que terá o condão de sacudir a inércia e de devolver a esperança.

Passando, assim, do diagnóstico à terapêutica, entende-se que quaisquer medidas devem instituir três tipos de mecanismos de interação sociedade-governo.

Em primeiro lugar, no setor eleitoral, para *aproximar* os eleitores de seus candidatos e, assim, de seus governantes. Em segundo lugar, no campo organizacional, para *canalizar* eficientemente as demandas políticas. Em terceiro lugar, para *intensificar* todos os processos de negociação política, com vistas à redução da conflitualidade e da perplexidade diante da inevitável multiplicidade de demandas.

Os institutos propostos para obter esses resultados não são milagrosos, nem mesmo originais; todos eles existem, na tradição política dos povos civilizados; *a única originalidade está em propor sua adoção simultânea, para provocar uma alteração profunda, pedagógica e irreversível no relacionamento povo-governo, sociedade-Estado.*

São eles:

1.º O *voto distrital*, para preenchimento da metade das cadeiras legislativas, mantendo-se o proporcional, de lista, para a outra metade.

2.º A *participação pré-decisional*, obrigatoriamente aberta para a preparação de certas modalidades de decisão política que exijam grande dispêndio de recursos ou sacrifícios extraordinários da população.

3.º O *lobby parlamentar* organizado, aberto às associações de todo gênero.

4.º O *parlamentarismo*, a nível federal.

Com a adoção do *voto distrital misto*, como o que se propõe, ter-se-á aproximado o eleitor de seu candidato a tal ponto que será muito difícil uma posterior perda de contacto; no exercício da legislatura, o represen-

tante haverá de estar, por isso, muito mais atento à legitimidade de suas decisões. Por outro lado, a manutenção do voto proporcional, através do sufrágio de listas partidárias, continuará a suprir o Parlamento com nomes de expressão nacional, independentemente de militância política, fazendo com que o governo passe a contar com um maior contingente da elite nacional. Como o eleitor não votaria em nomes, no escrutínio proporcional, mas em partidos, caberia a estes organizar suas listas com figuras de grande projeção e de alta capacidade de atrair eleitores.

Com a adoção da *participação decisional* obrigatória para certos temas, o debate seria naturalmente aquecido e a filtragem de objetivos políticos prioritários, mais simplificada. Estar-se-á resolvendo, a nível preliminar, conflitos que não chegariam em bloco e tumultuadamente à decisão política final. Observe-se que essa decisão última não admitiria coparticipação, pois isso arriscaria distorcê-la emocionalmente: a participação se cingiria à *preparação* da decisão política, através de debates públicos, consultas populares e de outros meios de coleta de opinião.

Com a adoção do *lobby parlamentar organizado*, aberto às associações de todo gênero, estar-se-á dilatando e dinamizando o papel dos grupos secundários da sociedade civil, dando-lhes oportunidades de declinar e de discutir seus interesses. Como tais interesses não se confundem com os interesses representados pelos partidos políticos, essa modalidade, juntamente com a anterior, de participação decisional, complementará e equilibrará o quadro político. É de longa data, também, a observação de que é necessário este equilíbrio entre partidos políticos e associações civis para um bom desempenho da democracia, evitando grande parte dos perigos inerentes à própria estrutura partidária, que só se corrigirão ao longo do tempo²⁶.

Finalmente, com a adoção do *parlamentarismo*, aperfeiçoar-se-á, a curto prazo, o processo de responsabilidade e o recíproco processo de responsabilidade política. A Administração respondendo ao Parlamento e este, ao Povo. O Chefe da Administração, dispensado pelo Parlamento, quando este o considerar *sem legitimidade corrente ou finalística*; o próprio Parlamento, dissolvido pelo Chefe de Estado, quando os acontecimentos indicarem que já lhe falta, ao Legislativo, legitimidade corrente ou finalística. Trata-se de uma instituição que devolverá ao povo, com notável intensidade e extraordinária celeridade, a palavra final, que deve ser sua, em termos de legitimidade plena.

Não mais cumprir um calendário arbitrário, não mais acatar uma presunção de legitimidade formal, não mais aguardar o fim do período

²⁶ Além disso, observa TOCQUEVILLE, reduz-se o risco das "ditaduras" da maioria, abrindo oportunidades institucionais para todos os interesses, majoritários ou minoritários (v. *op. cit.*, pp. 146 a 151).

de um mandato presidencial ou, mesmo, parlamentar, para recuperar a legitimidade e, com ela, a racionalização do exercício do poder: a representatividade estará indissolivelmente ligada à legitimidade plena.

Ainda uma palavra final sobre a ingovernabilidade: é preciso ter em mente que sua causa não é, exclusivamente, política; deve-se considerar a competência técnica dos escalões governamentais para formular e executar políticas. O que, todavia, aqui se procurou enfatizar, é que se deve começar pela busca da legitimidade plena. Não se conhece nenhuma tecnocracia que se haja transformado numa democracia, mas, ao contrário, através desta se poderá exigir e alcançar um elevado patamar de eficiência técnica, tudo se, como sugere OCTAVIO PAZ, desenvolvermos o hábito de "indagar pela legitimidade".

Essa é a diferença crucial que, assim se entende, desculpa estas mediações e remite o autor do desatavio das sugestões oferecidas.

Justifica-se, sobretudo, ante a grande oportunidade aberta pela revisão constitucional de 1993: um instrumento singular, polêmico e excepcional, mas que poderá ter vindo, providencialmente e no tempo azado, para sintonizar o nosso País com o mundo e com o futuro no próximo milênio.

5. Conclusões

Do exposto, pode-se alinhar, em resumo, as seguintes conclusões:

1.º O *distanciamento* entre a sociedade, fonte do poder político, e os governantes, seus delegatários, tem aumentado na maioria dos Estados e nos últimos cem anos.

2.º Esse distanciamento tem produzido *distorções* quanto à visão dos interesses da sociedade, levando à hipertrofia do Estado e causado a perda da legitimidade dos governantes.

3.º A *perda da legitimidade* é importante concausa da ingovernabilidade, fato que tem sido estudado e identificado em grande número de Estados contemporâneos.

4.º A legitimidade deve ser entendida *no seu sentido pleno*, isto é, conotada a todo o fenômeno do poder político: basicamente quanto ao

acesso — *legitimidade originária*, ao exercício — *legitimidade corrente*, e à destinação — *legitimidade finalística*.

5.º A *idéia de democracia*, intimamente conotada à de legitimidade, também só deve ser considerada integralmente, o que vale dizer que o povo, além de estar sendo governado por quem quer, também pode aspirar a ser governado como quer.

6.º A longo prazo, a solução do problema está na estabilização e na realização integral da democracia, que demandam, por sua vez, um mínimo de *homogeneidade sócio-econômica da sociedade*, imprescindível para aumentar a convergência e consenso quanto às opções políticas fundamentais. A longo prazo, portando, depende-se do processo educacional e da elevação dos padrões econômicos.

7.º A curto prazo, todavia, a solução se afigura mais simples, embora de alcance limitado: seria a adoção de institutos de direito político *que reduzam a irracionalidade decisional, pela reaproximação do povo ao governo*.

8.º Os institutos propostos para esse efeito, não sendo nem milagrosos nem originais, terão condições, se adotados em conjunto, de provocar as alterações necessárias para deflagrar o processo de realização da legitimidade plena.

9.º Tais institutos são: o *voto distrital*, a *participação pré-decisional*, o *lobby parlamentar* aberto às entidades associativas de todo o gênero, e o parlamentarismo.

10.º Finalmente, o momento, providencialmente propício, para essa pequena revolução da legitimidade plena, há de ser o previsto no art. 3.º, do ADCT, da Constituição de 1988: a revisão constitucional de 1993.

O *profissional do Direito*, a quem se preiteia neste trabalho, em especial o devotado ao Direito Público e afeito aos problemas relacionados com o Estado, não pode faltar na discussão desses assuntos de Direito Político. É sua omissão que deixa o campo livre aos improvisadores, aos curiosos e até aos leigos facundos e bem intencionados. Tecncratas e burocratas, ocupando o espaço dos bacharéis, foram responsáveis pela estaticização e pelo "progressismo", de que é vítima, hoje, a sociedade brasileira. Eles acusaram os bacharéis de bacharelismo, jogo de palavras que veio como sinônimo de retórica vazia e de ineficiência. Cumpre demonstrar, agora, quem são os retóricos e os ineficientes e que, sem uma sólida base nos valores cultivados pelo Direito, suas soluções não têm sido mais que experiências funestas com vidas e esperanças humanas.

A Prática da Elaboração Legislativa

Prof^a ROSINETHE MONTEIRO SOARES
Depto. de Ciência Política e Relações
Internacionais da UnB

Em 1986, quando se esboçava a idéia da Constituinte e ainda não se conhecia o seu perfil, tive a felicidade de escrever um artigo sobre a prática do processo legislativo. Assim, registrei a memória do processo legislativo em vigência que se iria modificar substancialmente na transição para novos níveis de democracia, no Brasil.

Com a nova Constituição, denominada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte a Constituição Cidadã, o processo viria a dinamizar-se. E isso vem acontecendo de tal forma, que cada novo gráfico de seu fluxo se torna obsoleto em pouco tempo. Daquele período desenhei um fluxograma que pretendo seja um ponto de comparação com a atualidade.

Observe-se que o processo, no gráfico da Resolução n.º 30/71, gira em torno do Plenário e da Mesa. As Comissões Técnicas têm uma atuação paralela. Cada projeto, uma vez apresentado em Plenário, deveria voltar ao mesmo, por via da Mesa, depois de ter passado em pelo menos três Comissões: a de Justiça, uma ou duas referidas ao assunto específico, substituindo-se a terceira pela Comissão de Finanças se o projeto implicasse despesa. E, no entanto, reclamava-se então que o Legislativo não tinha a prerrogativa da Despesa Pública, porque ele não influenciava no Orçamento.

Na verdade, o processo de orçamentação da época não era universalizado como na presente e sempre havia certa margem de tolerância, mesmo por parte de um Executivo forte, para concordar em sancionar algumas despesas.

O processo de vetos não era rígido, era até razoavelmente negociável com o Legislativo. O Executivo forte, em especial nos últimos anos pré-constituintes, tomava uma feição de magnanimidade para com o outro Poder, por tanto tempo destituído de suas prerrogativas. Era o final do processo de abertura que após a democratização, num prolongado momento "zero" prévio ao novo contrato social, chegou a se demonstrar hesitante e lasso.

O gráfico abaixo mostra a forma como se processava a elaboração legislativa antes da nova Constituição, e que prevaleceu mesmo depois dela durante quase um ano, enquanto se reformulavam os novos regimentos das Casas do Congresso.

FIG. I
 QUADRO SINÓTICO DA TRAMITAÇÃO LEGISLATIVA

Resol. 30/71

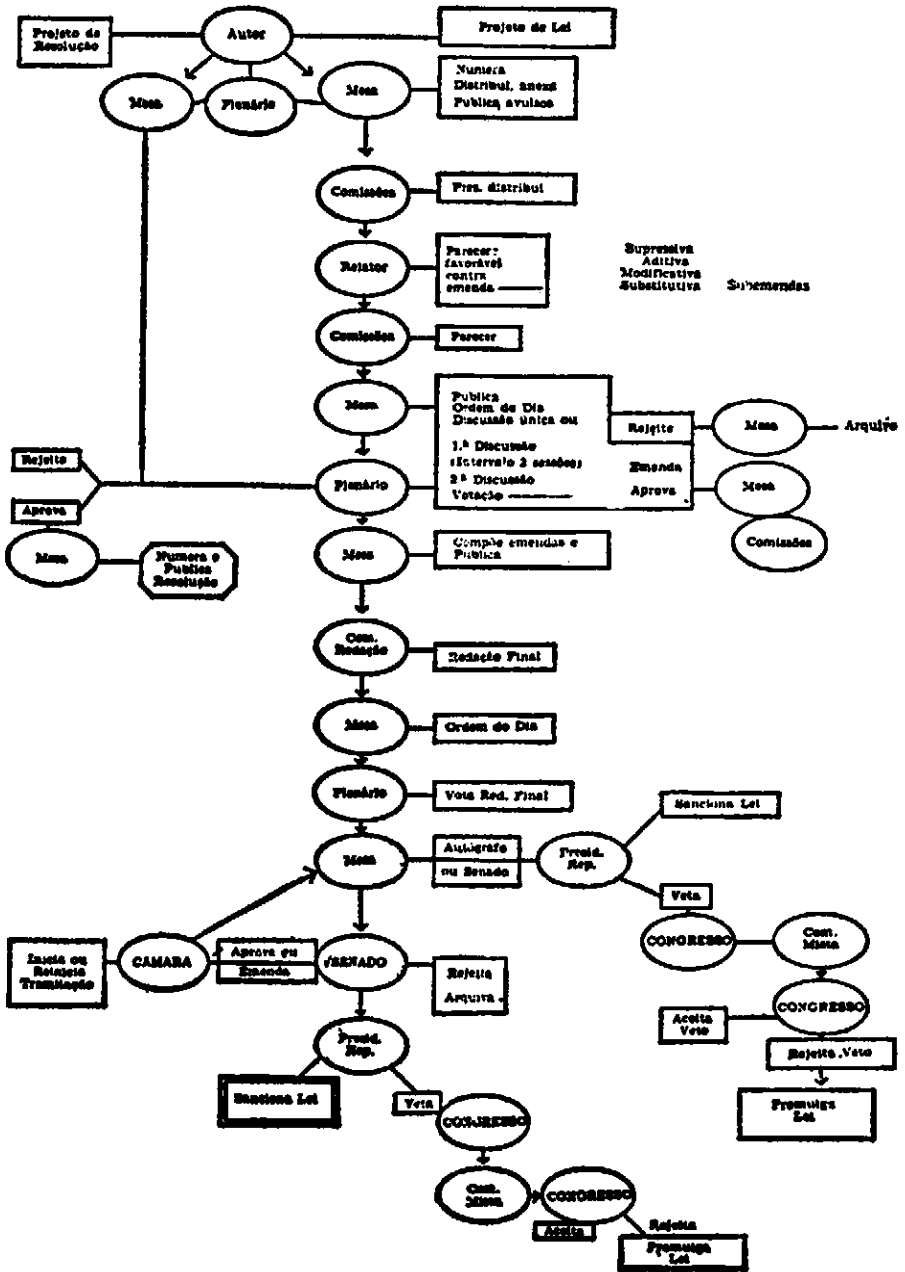
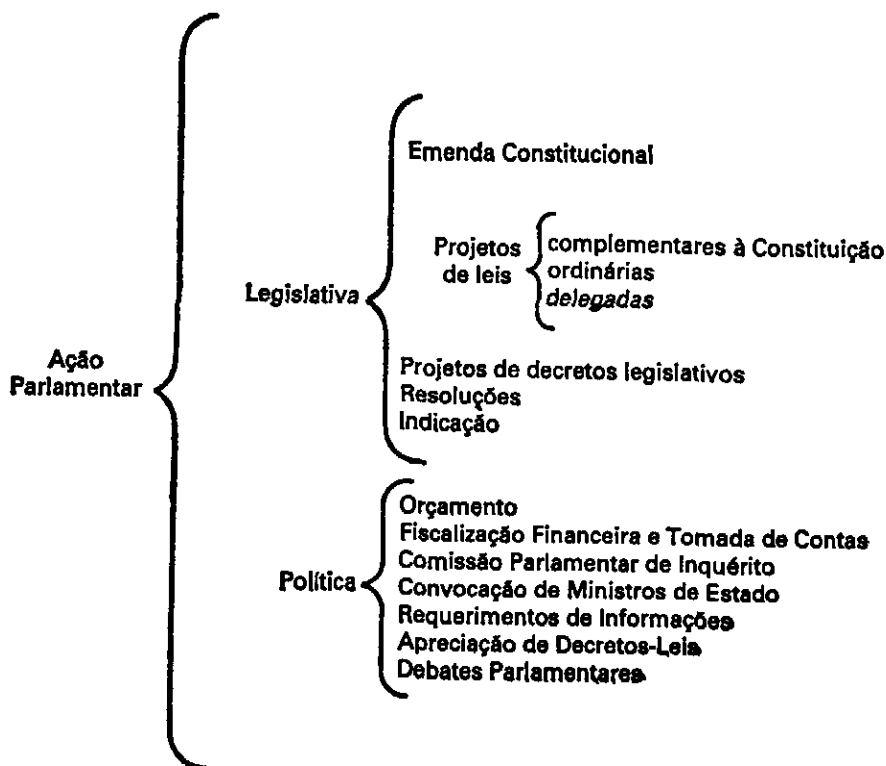


FIG. II



Reformas no processo de elaboração legislativa, antes, como agora, eram demandadas com frequência. É interessante notar que mudanças em processos políticos consolidados raramente são tão drásticas, ou eles não seriam consolidados¹. Uma dificuldade adicional é sua complexidade quanto à praxis. Numa simplificação geral, o processo formal *sempre* há de girar em torno da *apresentação, análise e deliberação* sobre propostas de legislação.

E o mesmo se dá em toda parte do mundo. Os caminhos pelos quais o estudo e deliberação se fazem podem ser variados. Podem mesmo tornar-se infinitamente compostos de vetores convergentes a uma decisão, os formais e informais. Há tentativas de agregação ou desagregação no sentido da *decisão, não decisão, delonga, apressamento, e formalização* sob os mais diferentes aspectos. Mas há sempre uma estrutura básica em torno da qual todos os ritos se dão.

1 SOARES, Rosinethe Monteiro. "A prática do processo legislativo". *Revista de Informação Legislativa* nº 92, p. 317. Subsecretaria de Edições Técnicas. Senado Federal, 1986.

Antes do advento da Constituição de 1988, funcionava então a Comissão de Justiça como a de triagem quanto à constitucionalidade. Era a única também com poder de veto. As demais eram simples colegiados técnicos de estudo prévio, atribuindo-se-lhes algum percentual de veto quando em conjunto rejeitassem o projeto por margem de votação referida à maioria absoluta.² O parecer da Comissão de Finanças era freqüentemente contrário em função de despesa que o projeto acarretasse. Mas isso não significava que o Plenário não o viesse a aprovar, mesmo que, freqüentemente, se seguisse o veto, depois do projeto aprovado nas duas Casas.

Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988 já havia intensa reclamação quanto às normas regimentais. Eram tidas como demasiadamente centralizadoras do poder sobre as decisões. E a centralização era em torno da Mesa Diretora. A Mesa, e principalmente seu Presidente, eram mesmo, em todo o período de governos autoritários, o vínculo forte das Casas do Congresso com o Palácio do Planalto, servindo as lideranças do Governo como intermediárias não muito ativas e apenas eventuais. Mal-estares referidos à marginalização dos Líderes do Partido do Governo eram uma constante no processo político.

Os parlamentares sentiam uma profunda insatisfação pela lentidão do processo, principalmente quando referido a projetos que não os de iniciativa governamental, o que ainda não mudou muito. Sua angústia se refere ainda hoje, principalmente aos rituais, e à pouca ação em direção à decisão quando os projetos são individuais. A maioria já se conscientizou de que seus projetos são meros formadores de opinião e etapas de uma mobilização futura, raramente importando em legislação.

Na verdade, todos têm necessidade intensa de comunicação, o que se faz, principalmente, através de discursos, aparentemente inócuos para o público local, mas relevantes para o público específico que é também seu conjunto de eleitores. Os que não sentem tanto tal necessidade estão vinculados a conjunturas políticas de grandes cidades e tendem à busca de eliminação dessa alternativa de comunicação com o eleitorado, usando outros meios para promover sua reeleição e atendimento de interesses específicos. Sua correspondência postal é igualmente intensa em mala direta ou pelo uso de jornais e panfletos.

Queixavam-se os parlamentares também pelo fato de que as Comissões eram uma cena raramente iluminada, o que reduzia ali também a sua presença. O Plenário, por sua vez, só recebia a crítica da imprensa, pelo seu esvaziamento sempre que não havia polêmica. Alguns preferem concordar com a imprensa mesmo que saibam do óbvio do esvaziamento do Plenário sempre que não haja polêmica, não tão óbvio para a *média*.

A sociedade tende a menosprezar a nível global e impessoal o trabalho de política que não seja formalizado, e até parte deste que não se vincule

² Considera-se maioria absoluta a metade mais um dos componentes do colegiado, enquanto a maioria simples é a metade mais um do *quorum* de presença, desde que satisfaça à exigência mínima.

diretamente à ação regulamentadora ou fiscalizadora. Entretanto, é político o trabalho parlamentar de Gabinete, de comunicação com o eleitorado, de relatoria e estudo em Comissões. É extremamente importante no processo toda a ação mobilizadora de contatos, audiências e correspondência com a sociedade organizada.

A pressão sobre os Ministérios e agências do Executivo para atendimento das previsões orçamentárias e outros pleitos, é tanto mais necessária quanto, no Brasil, a iniciativa das leis, e o poder para aprová-las está, e sempre esteve, na coalizão que o Executivo consiga. Cada vez mais, quando o Executivo é o ordenador da Despesa e o iniciador dos programas de atendimento a interesse público, cabe ao Legislativo inteirar-se dele e articular sua execução e não apenas a regulamentação.

A articulação que não em torno de projetos formais foi sempre um trabalho intensamente criticado, como ainda o é, pela maioria dos analistas de política, inclusive muitos cientistas sociais. Não se considera o fato de que mesmo um projeto legislativo ou executivo, é articulado em torno de outras ações paralelas de política, relativas ao setor afetado. Reconhece-se a articulação cientificamente como parte da política e condena-se seu exercício alternativo às ações formais do processo.

Principalmente no período pré-constituente em que as Comissões não tinham muito poder, e o Orçamento era apenas homologado, os parlamentares se tornaram mais intermediários entre a regulamentação do Executivo e seus Estados e Municípios.

A ação regulamentadora, presente em todos os ramos do Poder, é um percentual, apenas, da totalidade da atividade política. Os prefeitos, agentes do serviço público e outros grupos de interesse, não interagem sempre diretamente com o Executivo. Ele está longe do seu círculo de influência, e só podem dispor da intermediação do seu correligionário parlamentar legitimamente, ou contratar intermediários nem sempre tão legítimos.

Aos poucos, no passado recente, os próprios legisladores passaram a concorrer por tal posição, e não podiam sobreviver politicamente sem essa criticada atividade; poucos podem ainda.

Na época pré-Constituente a permanência no Plenário, para fugir à crítica e vigilância dos repórteres, fazia-se massante e angustiante, porque era uma alternativa forçada, frustradora de outras obrigações mais produtivas. A polêmica não é uma constante de nenhum processo legislativo e a permanência em um plenário, quando não haja necessidade de voto explícito, significa ausência em outros locais onde a presença do parlamentar pode ser indispensável à resolução de problemas, muitos dos quais influenciam diretamente, ou até significam, a eleição ou não eleição do político como consequência de atendimento, não só clientelístico, mas de interesse público.

Todos sentiam que algo devia ser feito e supunham que seria em torno das regras do processo legislativo, algo que viesse a liberá-los para todas as atividades do processo político. Mas a própria definição parecia compro-

metedora, porque raros teriam a coragem de afirmar que não podem ficar em Plenário porque têm articulações a fazer em outros setores. Ao mesmo tempo o parlamentar sente ambivalência e certo sentimento de culpa em face da desaprovação da imprensa formadora de opinião pública quanto a suas atividades não formalmente aceitas pelo processo regimental.

É curioso observar que muitas das atividades responsáveis por uma agenda intensa dos parlamentares não os desprestigia individualmente, muito ao contrário, mas são criticadas no âmbito geral e impessoal. O parlamentar é prestigiado por ser muito ocupado e solicitado, mas o Parlamento é censurado pelo fato de que seus membros são muito ocupados em funções outras que não as consagradas regimentalmente.

Dever-se-ia, portanto, consagrar regimentalmente outras atividades parlamentares, formalmente, para não serem os parlamentares vistos como faltosos ao exercê-las. Cumpria organizar o processo legislativo propriamente dito, o já tradicionalmente formalizado, em dias e momentos tais que todos pudessem estar presentes ao mesmo, sem prejudicar as atividades não reconhecidas formalmente.

Várias pesquisas e análises foram feitas pelas duas Casas do Legislativo e tivemos oportunidade de participar intensamente dos estudos na Câmara.³ Podemos, assim, afirmar que essas queixas foram sistematizadas, e majoritariamente fixadas em tópicos relativos a:

- 1) esvaziamento das Comissões;
- 2) insatisfação quanto ao voto de liderança;
- 3) falta de uma programação para a Ordem do Dia;
- 4) dispersão do processo decisório, o que impedia decisões no momento em que o público as espera;
- 5) baixo nível de poder constitucional pelo impedimento de decisões sobre o Orçamento e, em especial, quanto a legislação que implique despesa;
- 6) descontinuidade nos processos de fiscalização e nos inquéritos das Comissões Parlamentares de Inquérito.⁴

Ressalte-se que o relatório que permitiu chegarmos a essas e outras conclusões foi resultado de uma extraordinária resposta da parte dos parlamentares e assessores, na Câmara dos Deputados, em 1986. A pesquisa que levou todos a repensar o processo legislativo e político ajudou também a formar idéias úteis para o trabalho constituinte.

Mesmo produzindo um relatório com anteprojeto de novo regimento, a reforma foi descontinuada em 1986, pelo fato de que o Congresso, logo após

³ Comissão Especial designada pela Mesa, presidida pelo Deputado Humberto Souto, projeto relatado pelo Deputado Ernani Satyro a quem tivemos a honra de assessorar.

⁴ Relatório da Comissão Especial de Reforma do Regimento da Câmara dos Deputados — Deputado Ernani Satyro — Relator — Deputado Humberto Souto — Presidente.

o Relatório da Comissão Especial, foi dotado de mandato constituinte simultâneo.

Regimento pós-Constituinte

Só após a Assembléia Nacional Constituinte voltou-se a retomar a reformulação dos Regimentos Internos das duas Casas. Até janeiro de 1992, não se logrou a reformulação do Regimento Comum, para o qual já há, no entanto, algumas propostas em estudo.

O anteprojeto de Regimento da Câmara, originário do Relatório da Comissão de Reforma do Regimento pré-Constituinte, serviu de base para as reformas regimentais que se processaram depois que a Constituição foi promulgada em 1988. Outra comissão foi constituída, sob a presidência do Deputado Cesar Prates, tendo como Relator o Deputado Nelson Jobim.⁵

O projeto do Deputado Jobim, mesmo com base no conservador relatório do Deputado Ernani Satyro, incluiu algumas notas ultra-revolucionárias e modernas. Elas pretendiam mudar principalmente a forma de emendas e decisão sobre os projetos⁶ e o tipo de assessoramento⁷ e administração da elaboração legislativa. Consagrou algumas práticas evidenciadas como eficazes na Constituinte, entre elas a fusão de emendas, hoje chamada Emenda Aglutinativa, e o colégio de líderes.

É interessante notar que a reação maior ao Projeto Jobim não veio da parte dos parlamentares, mas originou-se dos setores organizados e institucionalizados da administração e assessoramento da Casa. Havia temor de que o quadro perdesse posições institucionalizadas com enorme trabalho no passado. Pretendia-se a contratação de especialistas de fora do quadro. Havia, igualmente, muita reação da parte de assessores que não desejam trabalhar diretamente em Comissões.

Não se pode saber se os quadros permanentes da Câmara não acreditam que podem ser mais prestigiados e obter mais satisfação profissional nas Comissões. Sua reação, de curto prazo, talvez seja apoiada pela administração intermediária porque esta julgue que perderia o controle dos assessores individualmente, quando fossem trabalhar diretamente em Comissões. Pode ser ainda que vínculos paralelos de assessores formem uma conjuntura que, associada à inércia natural dos organismos públicos, impeça sua visão clara das vantagens gerais que seu trabalho junto aos membros das Comissões trariam ao processo como um todo, e a sua própria carreira.

5 Comissão de Reforma do Regimento Interno — 1988.

6 Baseado no sistema espanhol que o relator achou interessante e de amplitude democrática.

7 Com base em sistema liberal moderno, como na maioria dos Estados Unidos, alocado às Comissões, por deliberação das mesmas, tanto quanto aos quadros internos de assessores como quanto eventual contratação de recursos especializados externamente.

Sucessivos grupos de assessoramento ao próprio trabalho do novo Regimento foram substituídos, em face da sua orientação doutrinária de administração legislativa. A Comissão presidida pelo Deputado Prates foi praticamente esvaziada, depois que o seu projeto foi avocado pelo Primeiro-Secretário da Mesa, Deputado Inocêncio Oliveira. Nesse ponto o anteprojeto foi reformulado quanto ao número de Comissões, quanto à forma de distribuição de proposições e sistema de emendas e apreciação prévia. Pretendia-se, na prática, extirpá-lo de quase todos os aspectos mais progressistas ou modernos, principalmente quanto ao modo de assessoramento, emendas, distribuição e administração da elaboração legislativa.⁸

Houve ainda um período de considerável resistência à institucionalização do Colégio de Líderes, à dispersão do poder sobre a distribuição de proposições a que a Mesa (89/90) atribuía conteúdo apenas técnico, e à seqüência de apreciação dos projetos pelas Comissões. É do anteprojeto pós-Constituinte a figura pouco clara da *admissibilidade* constitucional e quanto à adequação orçamentária, de que falaremos depois.

Na verdade, de tal modo o processo estava estereotipado, face ao desinteresse do período anterior à Constituição de 1988, que houve um certo esquecimento do conteúdo político da distribuição. Tanto que hoje foi passado à neutra responsabilidade do Secretário-Geral da Mesa. No processo de então realmente a distribuição perdera o conteúdo político, que vai recuperar, certamente, se as Comissões continuarem a ganhar em poder e, mais ainda, se conquistarem participação no processo de orçamentação, como estão tentando.

O Projeto no Senado foi menos polêmico, muito mais delegado aos técnicos, de modo que se limitou à adequação constitucional do que já se fazia. Isso, no entanto, já era suficiente mudança, já que a própria Constituição integra a maior revolução regimental, que é o poder decisório das Comissões, paralelo à sua capacitação para convidar e convocar autoridades diretamente às suas audiências.

As demandas indicadas na pesquisa inicial foram, em parte, atendidas pela própria Constituição de 1988, quando deu poder decisório às Comissões, e facilitou aos legisladores o acesso a informações até então da guarda do Executivo.

Mas, algumas demandas exigiriam mudanças mais profundas, a que nem a própria Assembléia Nacional Constituinte se atreveria. Eram as queixas ligadas ao processo de decisão sobre meios e despesas, que ficou ainda intensamente restrita a um ciclo orçamentário, por sua vez vinculado à idéia menos liberal de um planejamento amplo, centralizado e vinculado aos atos do Executivo. A aparência constitucional de um Legislativo forte

⁸ Para a distribuição dos projetos, estudos alternativos foram feitos para uma Comissão de Triagem composta pelos Presidentes das demais Comissões, que eram apenas seis.

frustra-se em boa medida quando se observa que quase todas as iniciativas mais relevantes ficaram com o Executivo, no bojo da nova Constituição, em seu desenho político quase parlamentarista.

Pode-se, assim, dizer que os Deputados não ganharam tanto poder como pode parecer, por causa das restrições que se impuseram no ciclo orçamentário. É até provável que julgassem que tal processo ou ciclo orçamentário estaria sob o controle do Parlamento, já que teriam uma Constituição parlamentarista. Vem daí a fonte de conflito permanente que se tem observado entre os dois Poderes..

Mas, a partir do primeiro relatório de *queixas* sobre o processo de elaboração legislativa, pode-se dizer que as mudanças até transcenderam às mesmas. Provimentos foram feitos para evitar o esvaziamento das Comissões, com sua capacitação para decidir; para dar um ordenamento mais visível à Ordem do Dia, criando-se um Colégio de Líderes com poderes para partilhar com a Presidência da Mesa a elaboração de uma Agenda; para acelerar as decisões e evitar a exposição dos parlamentares a plenário quando não haja decisão a ser tomada, concentrando-se as sessões deliberatórias no meio da semana e deixando às Comissões as proposições não polêmicas.

Buscou-se também, na medida do possível, diminuir a dispersão do processo sem concentrar o poder na Presidência da Mesa, que o repartiu com o Colégio de Líderes. Redesenhou-se o conjunto de procedimentos das Comissões de Inquérito para que sua ação não fosse vã e pelo menos pudesse criar mais impacto na sociedade e junto às instituições que deveriam dar continuidade de ação consentânea ao resultado dos inquéritos.

É de se destacar que a maioria dessas mudanças teve origem na própria Constituição e, portanto, não estavam nas primeiras versões de reforma regimental que, no entanto, tentavam contornar os problemas por outras formas, na expectativa de que a nova Constituição fizesse o resto. É de se supor, portanto, que os estudos prévios de reforma regimental⁹ tenham tido certa influência e oferecido alguma ajuda também às propostas do novo desenho do Legislativo, exceto pela ausência do arrojo pré-parlamentarista que ele acabou ganhando.

Mudanças corretivas

Comissões reativadas

Para sanar o esvaziamento das Comissões pouco fez a primeira versão de reforma, exceto a tentativa de uma pauta de consenso que igualmente pretendia evitar plenários vazios com desprestígio do próprio Legislativo.

⁹ Relatório Satyro, *op. cit.*

Só a Constituição veio realmente trazer a solução dando-lhes poder decisório. Naturalmente isso forçou os reformuladores a diminuir o número de Comissões para evitar que pequenos colegiados tomassem decisões. Uma outra alternativa, ainda usada no Senado, de que os parlamentares fizessem parte de várias Comissões, foi descartada, *a priori*, na Câmara. Os deputados são muitos, e podem especializar-se no tempo para tomar decisões mais adequadas se permanecerem todo o seu mandato numa mesma Comissão. Ainda que isso não seja obrigatório, é o esperado e o usual, sendo poucas as mudanças e concentradas no início das legislaturas.¹⁰

Voto de liderança

Em todas as pesquisas, e ainda hoje figurando nos jornais, há reclamações sobre o voto de liderança. A reclamação relativa ao voto de liderança surgiu há muito tempo, desde que se iniciou a *abertura democrática*, seguida à distensão do processo político. Posso afirmar que o voto de liderança, como traduzido por alguns repórteres e analistas, como "usurpação" do voto da Bancada, já não existe há muito tempo. Existe indicação de voto simbólico, por parte da liderança, mas o líder não vota pela bancada. Um pedido de votação nominal (não simbólica) pode ser feito e submetido a Plenário, por qualquer deputado (art. 186 RI, Câmara); a verificação de uma votação simbólica, outrossim, é feita sempre que 6% dos Membros apoiarem um pedido verbal.

O fato anterior, do surgimento da figura do voto de liderança, surgiu durante o período de governos autoritários. Eram tão poucas as prerrogativas do Legislativo, que as decisões de políticas públicas eram quase todas tomadas a nível de Executivo. Cabia ao Legislativo legitimá-las institucionalmente, e isso poderia ser feito pelos líderes dos partidos, uma vez que os parlamentares se ocupavam intensamente na sua função de intermediário entre instituições locais ou aglutinação de interesses dos eleitores e os agentes do Executivo. Eram fiscais qualificados da execução orçamentária que haviam legitimado apenas. Sua tarefa de legislação era referida mais à organização das instituições sociais, que não as da administração pública, e relações interpessoais que se modificam no tempo. Sua iniciativa ainda é restrita a esse limitado campo do progresso social.

Entretanto, o chamado voto de liderança sobreviveu por algum tempo, já no processo democrático, mais como uma tradição. Não estando presentes os deputados, a indicação do líder, e não o seu voto, serve de orientação para a Bancada. Ora, se o voto é *simbólico*, mesmo não sendo o voto de liderança, *esta passa a prevalecer*. Entretanto, basta que a oposição ao mesmo mantenha presença de seus liderados, para derrubar o voto de liderança, na verdade indicação de voto que perma-

10 Legislatura é o período de 4 anos, diferente de sessão legislativa que é o período anual ou de convocação extraordinária.

nece se a votação permanecer simbólica. Se o processo se torna intenso e polêmico, cada votação exige a presença dos parlamentares contra e a favor do projeto para evitar a indicação da liderança, e que a votação simbólica prevaleça.

A falta de análise do assunto, mantêm-se no noticiário e nas conversações de parlamentares e eleitores menos entrosados no processo as reclamações contra o voto de liderança, que só existe e prevalece em votações simbólicas não polêmicas. A votação simbólica só é mantida, por sua vez, se a parte que se opõe não estiver presente ou não se manifestar. Votações simbólicas são sempre prévias, e podem sempre ser contestadas se a parte contrária deseja e garante presença. Bem analisado o processo de votação, poder-se-ia dizer, portanto, que o voto de liderança já não existe.

Agenda e decisão prévia: Colégio de Líderes

A falta de programação para a Ordem do Dia começou sua correção na própria Constituinte, mesmo que estivesse prevista em cada um dos projetos de reforma regimental. Bastou uma Agenda previamente aprovada pelo Colégio de Líderes ou mesmo publicada pela Presidência. Posteriormente as reuniões do Colégio de Líderes com o Presidente destacam da Agenda os projetos que devam entrar nas semanas ou decêndios futuros.

Mas a polêmica idéia do Colégio de Líderes foi parte do retardo da aprovação do Regimento pós-Constituinte. O elemento polêmico do Colégio de Líderes, enquanto se reformavam os regimentos, estava menos na falta de desejo de delegação por parte dos liderados que, no entanto, surge da parte da dissensão presente em cada partido, do que da hesitação de perder direitos acumulados durante o período autoritário, pela Mesa, e, principalmente, pela presidência da Mesa. O processo era centralizado, o vínculo da Câmara com a Presidência da República sempre se fez por via da Presidência da Casa, mais do que pela sua Liderança.

Era de se esperar que a idéia de dividir o poder com os Líderes não fosse simpática à Mesa. Tanto que foi preciso uma segunda Mesa pós-Constituinte para que o Colégio de Líderes fosse realmente implantado. Tão logo decorrido seu primeiro ano de atuação, observam-se reações de pouca simpatia no sentido de manutenção desse colegiado intermediário que retira o poder unitário da Mesa sobre decisões da administração do processo legislativo. É que ele realmente pode, se não vigiado de perto pelos liderados, usurpar seus poderes na decisão de alternativas políticas. Sua existência útil pressupõe também intensa participação e interação dos liderados com a Liderança, condição prévia de democracia a que estamos pouco acostumados.

Visto como instituição política, Colégio de Líderes é apenas um passo para a correção do excesso de dispersão no processo decisório do Congresso. Há que haver um colégio de Líderes também a nível de Congresso, e ele nos parece muito mais democrático que o *caucus* unilateral dos mo-

delos de democracia americana que, bipartidarista, implanta uma filosofia de alternância do poder e seu pleno exercício.¹¹

Alguns modelos de Colégio de Líderes são mais amplos, incluindo os Presidentes de Comissões, ou a Mesa. Enquanto não institucionalizado, o Colégio de Líderes, informal, funcionou na Assembléia Nacional Constituinte. Incluía todos os Líderes, Presidente de Comissões e, frequentemente, Relatores.

Não vemos outra alternativa para contrabalançar o grau de dispersão de um Parlamento, plural pela sua própria natureza, que um Colégio de Líderes ou sua alternativa americana, o *Caucus*.¹¹ Trata-se de uma fórmula de traçar roteiros de política, debater de modo mais produtivo e coerente um conjunto de alternativas de políticas até estreitá-las para a decisão final, que pode ser em Plenário se não se conseguir aglutinação suficiente e coalizão abrangente sobre todos os pontos. É apenas um modo de estreitar o campo das alternativas polêmicas e fazer-se a coalizão ou consenso indispensáveis ao processo político.

Quando há dúvida fica mais fácil a cada líder consultar sua Bancada, conversar, debater em grupos menores o assunto, informalmente, para levar uma opinião para o Colégio. Quando não há consenso, também é mais fácil reduzir o número de alternativas sobre as quais se tenha que votar formalmente para verificação da maioria, em vez de freqüentes obstruções *a priori* que prejudicam a imagem do Legislativo como um todo.¹² No Colégio de Líderes o acordo tem visibilidade e transparência não atrapalhando outras matérias eventualmente na pauta.

O gráfico adiante dá uma indicação de como funciona entre nós o processo decisório, via Colégio de Líderes. Em geral ele se reúne para destacar da Agenda de projetos prontos para a Ordem do Dia os que devem figurar na pauta da semana ou de duas semanas seguintes. Funciona ainda para debate intenso de assuntos polêmicos sobre os quais se conseguem coalizações de partidos, tanto para aprovar com emendas já previamente apresentadas, no processo formal, ou para rejeitar, ou, eventualmente, para formular Emendas Aglutinativas, compostas de subemendas às emendas existentes.

É característica da representação o pluralismo. Para organizá-lo de modo a aplainar suas características dispersivas, o Colégio de Líderes serve

11 Cada partido tem seu *caucus* que se compõe da Liderança maior do partido e decidir *a priori* as pautas, as regras do processo legislativo e mesmo a linha de política quando do lado do Governo. É o exercício da filosofia em que "the winner takes it all". Quem ganha leva tudo e quem perdeu espera seu turno e faz o mesmo.

12 Refiro-me à obstrução em que o Líder retira sua bancada de Plenário para não dar número na votação da matéria que não quer ver aprovada e, eventualmente, atrapalha toda a pauta em votação até que o adversário o procure para acordo.

como elemento administrador do conflito e aglutinador dos componentes de coalizão ou consenso antes dispersos no processo.

Fiscalização formalizada

Outra mudança interessante que o Regimento pós-Constituinte adotou a partir do primeiro estudo de reformas, foi a *proposta para fiscalização e controle*. É verdade que os legisladores entre nós ainda não exploraram devidamente esse filão de atividade parlamentar que institucionaliza de forma interessante a fiscalização até aqui feita por denúncias. Essas, às vezes, têm repercussão na imprensa e provocam reparos na distorção apontada, mas nem sempre. Falta um processo adequado com uma seqüência de análise e verificação dos resultados dos programas com os quais o Executivo implanta as leis. Mesmo estas precisam ser reavaliadas quanto ao interesse público mais geral.

A proposta de fiscalização e controle funciona como se fôra um projeto. É distribuída à Comissão própria, podendo ser apresentada lá mesmo, no entanto. Recebe um relator que lhe dá uma análise prévia indicando métodos e formas de avaliação pelas quais a fiscalização, controle ou avaliação do fato ou projeto governamental será considerado. Aprovado esse relatório em Comissão, a proposta segue até resultar em denúncia formal de desacerto ou modificação por meio de legislação e indicação* própria. O assessoramento relativo a esse processo foi, recentemente, colocado a cargo da Assessoria de Orçamento, como ademais todo o processo de fiscalização das Contas do Governo e da Execução Orçamentária.

Novos aspectos de proposições pré-existentes

Assim como o *requerimento de informações* tomou nova roupagem com a nova Constituição, obrigando os Ministros a prestarem informações pedidas em trinta dias sob pena de crime de responsabilidade, um requerimento vestiu-se com o poder de *recurso*. É o que retira a qualificação de *projeto com poder terminal em Comissões*. Ele deve ser apresentado até cinco dias depois de aprovado ou rejeitado o projeto na última Comissão que lhe aprecia o mérito. Para isso a decisão da Comissão é comunicada à Mesa que avisa na Ordem do Dia, por cinco dias. Acolhido o recurso, o projeto volta ao processo de análise em Comissões, já aí apenas para receber pareceres, sendo discutido e votado em Plenário após a tramitação, quando entra na Ordem do Dia.

Os procedimentos internos nas estruturas do Sistema não tiveram grandes mudanças, exceto quanto ao uso do tempo, em Plenário, várias vezes já modificado depois do advento da Constituição. Agora uma Co-

* A *indicação* é outro tipo de proposição, presentemente com efeito externo. Trata-se de uma recomendação ao poder que tem a atribuição constitucional da iniciativa, no sentido de tomá-la. As indicações são um tipo de proposição antiga que tomou nova forma na presente Legislatura dando-se-lhe seguimento externo.

missão de Reforma do Regimento, quase permanente, busca inovações que atendam àquelas demandas não contornadas ainda pelo Regimento consolidado.

Essa Comissão tem como membros mais destacados o Deputado Nelson Jobim e Miro Teixeira que têm proposto várias mudanças de modernização do processo legislativo ao próprio Regimento pós-Constituinte. As principais delas foram aprovadas no contexto da Resolução n.º 10/91.

Os processos de discussão, votação, destaque, requerimentos quanto a preferência ou processos de prejudicialidade são ainda os mesmos, são praticamente universais quando em Plenário. Entre nós funcionam igualmente para as Comissões quando a apreciação da proposta é de sua competência.

Sessões de debate e Sessões deliberativas

A mudança mais considerável no Regimento pós-Constituinte foi, sem dúvida, advinda da própria Constituição, que deu às Comissões o poder de votar projetos, quando antes apenas os analisava para o Plenário. Essa novidade viria também a permitir que as sessões de Plenário se tornassem mais densas, adotando-se sessões de debate nas segundas e sextas-feiras e de deliberação no meio da semana. Desta forma admitiu-se formalmente que os deputados devam viajar a seus Estados no fim de semana para cuidar de assuntos relativos a sua vida particular e de seu eleitorado. Pode-se, pois, dizer que foi um passo em direção ao realismo.

O Senado ficou a um passo dessas reformas, pois ainda mantém as sessões no modelo pré-Constituição 1988, no mesmo horário inclusive nas segundas e sextas. Na Câmara dos Deputados, as sessões de segunda-feira são apenas de debate e as de sexta, não só apenas de debate mas em horário matutino especial.

A nova tramitação

Na Resolução n.º 17/89, que consubstanciou a primeira reforma regimental da Câmara dos Deputados depois da Constituinte, regulamentou-se o *voto terminativo* das Comissões. Com poder para votar projetos, as Comissões passaram de 16 para 13, duas das quais com poderes especiais de veto prévio.¹³ Era a chamada *admissibilidade*, atribuição da Comissão de Constituição e Justiça e da de Tributação e Finanças. Depois de passarem pelas Comissões com poder de veto prévio as proposições seguiriam para a chamada Comissão de Mérito, aquela referida ao tema da proposta.

Dado que havia uma verdadeira amarração do processo legislativo ao ciclo orçamentário o novo Regimento encontrou alguma dificuldade

¹³ O projeto original da Comissão de Reforma Pós-Constituinte indicava 6 Comissões como número ideal para que não fossem demasiado pequenas, já que deveriam votar e, portanto, funcionar como uma miniatura da própria Câmara.

para equacionar a tramitação de proposições comuns à dos projetos referidos a esse ciclo. A nova Constituição prevê a obrigatoriedade de um Plano de Governo,¹⁴ dentro do qual se aprovam leis anuais de Diretrizes Orçamentárias, a que se integram os projetos de Orçamentos.

Era preciso, portanto, além da verificação habitual da constitucionalidade que sempre ocupou lugar de primazia em todos os Regimentos, não apenas no Brasil, adotar-se um sistema de triagem também quanto à adequação de cada projeto a esse ciclo orçamentário. Criou-se então a figura da *admissibilidade*, ao encargo das Comissões de Constituição, Justiça e Redação, quanto à constitucionalidade, e da Comissão de Tributação e Finanças, quanto à adequação às leis do ciclo orçamentário.

Como se pode observar, tal integração só seria possível com um pouco mais de explicitação quanto ao tempo, porquanto cada proposta teria que ser julgada em relação a um plano plurianual, cobrindo 5 anos, uma lei de diretrizes orçamentárias, anual, e orçamentos respectivos. Exigiria um trabalho de controle da execução orçamentária de que o Congresso, pelo menos já começa a buscar, mas da qual ainda não dispõe. Seria a admissibilidade uma verificação se o Orçamento ainda comporta novas despesas? Mas as despesas são fixadas no próprio Orçamento! Seria a previsão para despesa futura? Também não, porque despesas são sempre matéria orçamentária que só podem ser objetos de projetos de iniciativa do Executivo¹⁵. Criou-se, como se vê, uma situação confusa e inconsistente, com a figura da admissibilidade.

Por outro lado, os projetos não podem ter sua aprovação prevista; fica quase impossível saber se ao serem aprovados ainda se enquadrariam nesse conjunto prévio de legislação orçamentária. A alternativa seria a reserva de condição no próprio ciclo orçamentário, uma vez aprovada a lei, o que também fugiria ao princípio da admissibilidade, revertendo-o para o Orçamento, no mínimo, dentre as leis referidas.

A figura da admissibilidade foi reconhecida inviável e caiu com a Resolução n.º 10/91, quando se tentava criar, na verdade, uma outra Comissão de Triagem. Reverteu-se então a tramitação que começava na Comissão de Constituição, Justiça e Redação, seguia para a de Tributação e Finanças e, admitida a proposição, tinha sua análise e voto final na Comissão de Mérito¹⁶.

14 Art. 165.

15 Art. 61 § 1º, b.

16 Nem todos os projetos tinham voto terminal nas Comissões de Mérito. As mais relevantes ou que assim se tornassem por urgência ou requerimento com qualificação de recurso iam, e vão ainda a Plenário. São os projetos de lei complementar, os urgentes, os aprovados em Plenário na outra Casa do Congresso, os de iniciativa popular, os que tiveram pareceres diversos por mais de uma comissão, os originários de comissão e códigos. Os demais vão a Plenário se aprovado o recurso de sua aprovação ou rejeição na Comissão de Mérito.

Agora o projeto começa sua análise, depois de distribuído¹⁷ pela própria Comissão de Mérito, que passou a ter o poder de veto prévio. Só quando aprovado, ele tem sua verificação da “adequação orçamentária” e constitucionalidade nas mesmas Comissões em que antes era verificada sua admissibilidade.

Desnecessário dizer-se que a Comissão de Tributação e Finanças cai, novamente, no mesmo impasse, uma vez que não estão fixadas as normas em que se diriam se a proposição deve constar do Orçamento, o que a tornaria desnecessária porque o Orçamento é lei, ou se uma vez aprovada, as outras leis novas que não o Orçamento devem ser providas de recursos no próximo Orçamento, o que seria o lógico, se não esbarrasse com a proibição constitucional da iniciativa privativa do Executivo para toda matéria orçamentária.

Uma vez que o projeto já está aprovado na Comissão de Mérito, as Comissões de Constituição e Justiça perdem, respectivamente, seu poder de veto e majestade tradicional. Sua função passa a ser a de dar um parecer prévio como cabia antes da Constituição às Comissões de Mérito. O projeto vai a Plenário se cai em uma das exceções do artigo 24, II ou à Mesa, para o anúncio que permita o Recurso Constitucional¹⁸. Uma dessas exceções é, aliás, a divergência entre os pareceres.

Se o projeto aprovado em Comissão ou no Plenário, os constantes da exceção referida, já estiver em revisão deve ser encaminhado para a Presidência da República que lhe dará sanção ou vetará. No primeiro caso torna-se lei pela publicação.

O prazo para sanção ou veto é de quinze dias, mais quarenta e oito horas para a comunicação ao Congresso, por parte do Presidente da República.

Em caso de veto será necessário a sua rejeição por maioria absoluta de cada Casa do Congresso, em sessão conjunta depois de apreciação por Comissão Mista, para que o projeto venha a se tornar lei. O veto pode ser parcial, recebendo o mesmo tratamento pelo Congresso como o total.

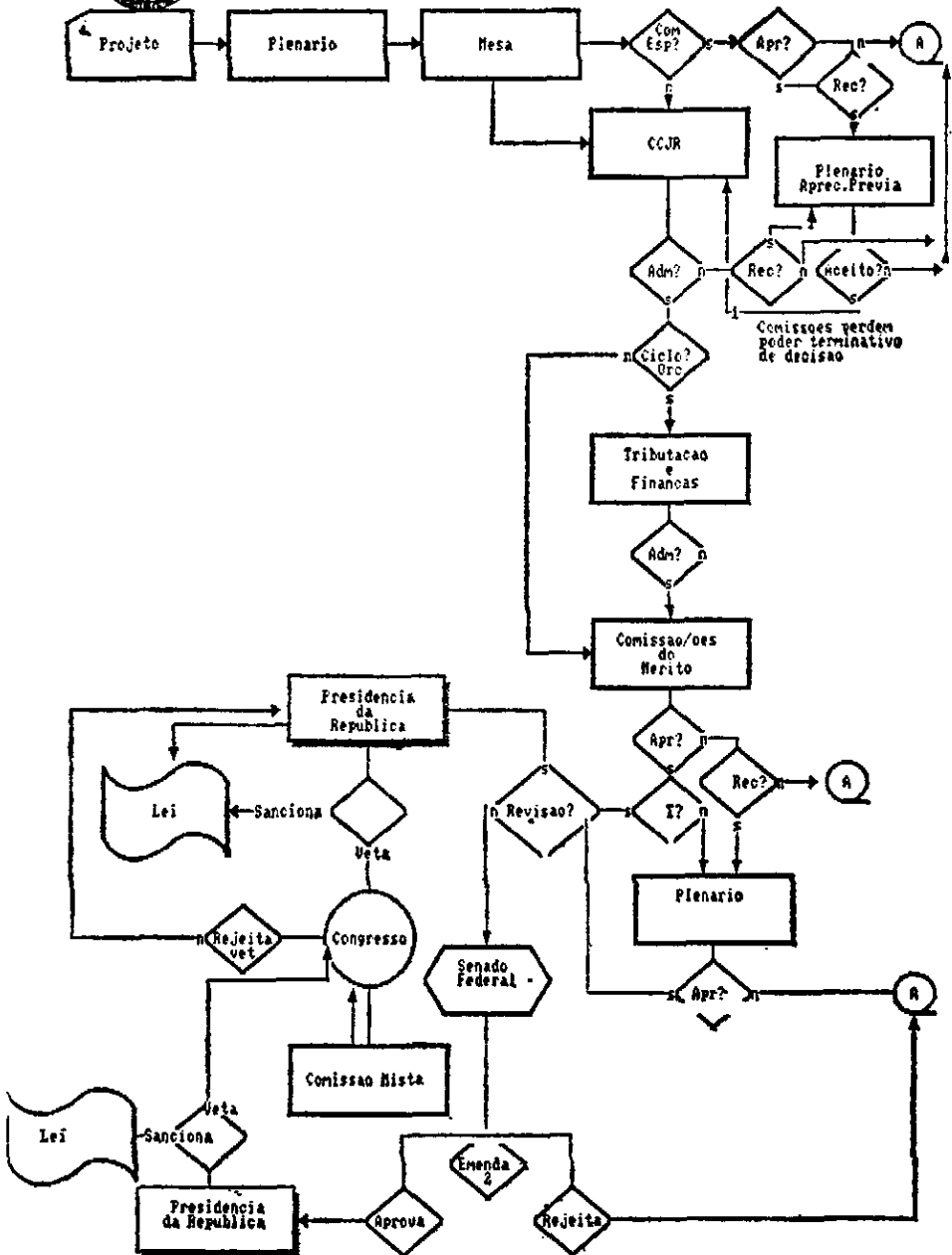
Ainda que esteja previsto um prazo para deliberação sobre o veto esse prazo não tem sido cumprido na prática. Algumas vezes tem havido dificuldade de votar qualquer outra matéria por causa da falta de apreciação de vetos, mas nem sempre. Quando porém o Congresso rejeita um veto o próprio Presidente deve promulgar a lei no prazo de quarenta e oito horas, se não o fizer o Presidente do Senado pode fazê-lo ou, o Vice-Presidente do Senado se o Presidente não o fizer.

17 Resolução nº 10, de 1991, a distribuição é diretamente feita pelo Secretário-Geral da Mesa.

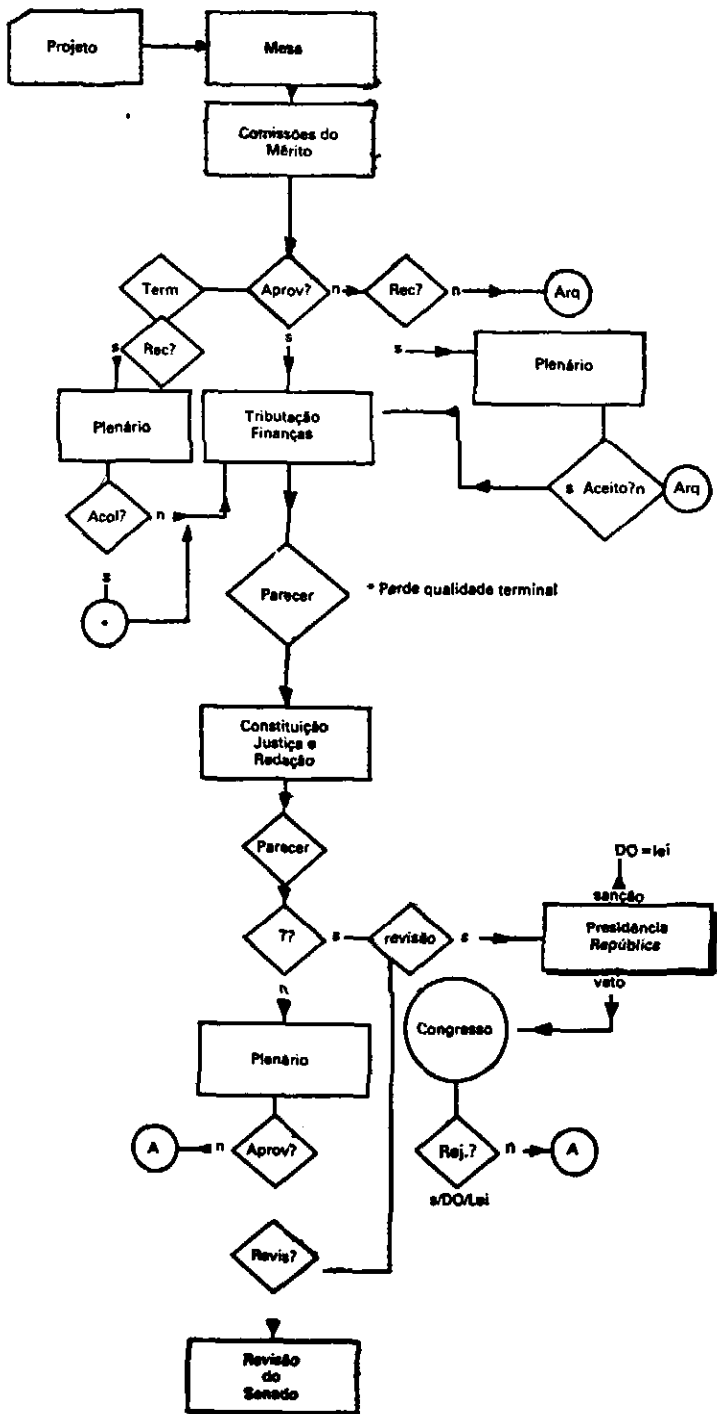
18 Art. 58 § 2º, I da Constituição, um décimo dos membros da Casa.



CÂMARA DOS DEPUTADOS
 TERRITÓRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
 RESOLUÇÃO 17/89-REGIMENTO POS CONSTITUINTE



2- Emendas são revisadas no mesmo rito do projeto.



Conferência Internacional de Direito Ambiental

ANN HELEN WAINER (*)

Como cinco milhões de pessoas, pelo menos, podem ser reparadas por danos causados com o acidente na usina nuclear de Chernobyl?

Será a dívida externa convertida em investimentos sobre o meio ambiente?

Esses temas e outros tão importantes, tais como a transferência de resíduos perigosos e nucleares para países que não dispõem da tecnologia necessária para assegurar a sua eliminação, foram abordados na Conferência Internacional de Direito Ambiental.

Tendo contado com a participação de seiscentas pessoas vindas de 31 países, a referida Conferência se realizou em outubro de 1991, na Cidade do Rio de Janeiro e sob os auspícios da Prefeitura desta cidade.

Nos últimos vinte anos, ou mais precisamente, após a célebre Conferência de Estocolmo ocorrida em 1972, cresceram os debates e as tentativas para solucionar as questões ligadas ao meio ambiente.

Na realidade, o desastre provocado por Saddam Hussein, que, de forma bárbara, autorizou o derramamento de toneladas de petróleo no mar, durante a Guerra do Golfo Pérsico, nos levam a, dentre outras, duas conclusões fundamentais:

- a) os problemas ecológicos não respeitam fronteiras e atingem a todos;
- b) a multiplicação acelerada das causas judiciais relacionadas com esse assunto e o aumento do número de Convenções e Tratados nos dão

(*) A autora publicou um livro intitulado "Legislação Ambiental Brasileira: Subsídios para a História do Direito Ambiental" pela Editora Forense, 1991.

conta da importância da aplicação e do aprimoramento dos instrumentos disponíveis do Direito Ambiental.

Remontam ao Velho Testamento as preocupações com o destino final do lixo, com a reparação ambiental e a diversidade biológica. Entretanto, foram nas últimas duas décadas que essas questões ganharam uma sistematização jurídica. Para a continuidade da evolução desse processo, é importante apontar as conclusões abrangentes da Conferência Internacional de Direito Ambiental.

A referida Conferência constituiu-se da discussão de nove temas, a saber:

- a) *Por um novo Direito Internacional do Meio Ambiente;*
- b) Poluição do ar;
- c) Meio Ambiente Urbano;
- d) Diversidade Biológica;
- e) Poluição do Solo;
- f) Proteção Ambiental: Aspectos Financeiros;
- g) Cidadania e Meio Ambiente;
- h) Dano Ambiental e Reparação;
- i) Gerenciamento da Água.

Ademais, foram as seguintes as principais conclusões da Conferência Internacional de Direito Ambiental:

Novo Direito Internacional Ambiental

A Conferência recomendou:

a) a instituição de uma Comissão Internacional ligada à Organização das Nações Unidas, formada por 15 integrantes eleitos pela Assembléia da ONU, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento de normas de proteção à natureza em todo o planeta, apurando denúncias e servindo de mediadora em disputas ambientais entre países;

b) a adoção de uma Convenção Global que unifique princípios legais e regras relativas à conservação e uso sustentável de recursos naturais.

Poluição do Ar

a) devem ser criados fundos especiais para estimular a pesquisa relativa aos poluentes atmosféricos e seus efeitos sinérgicos;

b) os países em desenvolvimento devem poder contar com a ajuda internacional a fim de implementar processos de produção menos poluentes, utilizando-se de tecnologia limpa.

Meio Ambiente Urbano

Foram sugeridas as seguintes medidas:

- a) o desenvolvimento integrado de políticas urbanas;
- b) a pesquisa sistemática de soluções locais que contribuam para resolver simultaneamente problemas globais de meio ambiente;
- c) ênfase na educação ambiental com vistas a um despertar da sociedade para os problemas de meio ambiente urbano;
- d) cooperação internacional entre as cidades ricas e as cidades pobres por meio de um sistema de parceria direta entre elas;
- e) instituição de novas políticas de ordenamento do território, visando controlar a explosão urbana, criando novos empregos, de modo a manter a população nas zonas rurais.

Diversidade Biológica

- a) reciprocidade entre os Estados utilizadores e os Estados onde se encontram recursos biológicos. Nesse sentido, incluem-se as idéias de desenvolvimento da cooperação mundial, respeitando a soberania dos Estados, de modo a estabelecer responsabilidades na conservação da diversidade biológica;
- b) promover o reconhecimento internacional de zonas de maior importância para o patrimônio biológico mundial;
- c) estabelecimento de um fundo internacional de conservação da diversidade biológica. Esse fundo poderia ser financiado com base no princípio de reciprocidade e no espírito de cooperação internacional tornados mais eficazes por mecanismos como patentes, *royalties*, transferência de tecnologia.

Poluição dos Solos

- a) deve ser proibida a transferência de resíduos perigosos e nucleares para países que não disponham da tecnologia necessária para assegurar a sua eliminação, a fim de preservar a qualidade dos solos. De outra parte, recomenda-se a adoção de medidas concretas de recuperação dos solos contaminados por resíduos perigosos;
- b) devem ser os solos objeto de uma preocupação universal com a finalidade de melhorias na sua gestão.

Aspectos Financeiros da Proteção Ambiental

- a) propõe-se o estudo da possibilidade de criação de fundos ambientais com a troca, por parte de países devedores, da dívida externa para financiamento de projetos ambientais internos;

b) reconhecimento de direito de propriedade intelectual derivado da diversidade biológica, considerando-se a possibilidade de reconhecimento de direitos aos próprios recursos naturais genéticos.

Cidadania e Meio Ambiente

a) todas as informações ambientais, com exceção das matérias que envolvam comprovadamente segredo industrial ou de segurança do Estado, devem ser transmitidas à coletividade;

b) a não-informação pelos Estados da ocorrência de eventos danosos ou com grave risco ao meio ambiente e à saúde das pessoas merece ser considerada como crime internacional;

c) as ONGs devem participar do processo de elaboração da legislação ambiental e na fiscalização do cumprimento das referidas leis.

Reparação do Dano Ambiental

Criação de fundos, nos planos nacional e internacional, por parte das indústrias poluidoras, para reparação do dano ambiental, incluindo a restauração do meio ambiente e compensação de danos físicos causados a indivíduos e às suas propriedades.

Gerenciamento de Água

a) procurar evitar a ocorrência de derramamentos, instituindo uma regulamentação preventiva;

b) eliminar depósitos de resíduos perigosos em terra;

c) inventariar e restaurar depósitos de resíduos abandonados;

d) proibição do uso de agrotóxicos em águas subterrâneas;

e) em relação à construção de barragens na Amazônia, sugere-se estudos prévios de impacto ambiental no meio ambiente desses empreendimentos, levando-se em consideração a análise custo/benefício do projeto, de modo a garantir a participação da sociedade nessas questões.

As conclusões da Conferência Internacional de Direito Ambiental, bem como suas recomendações, permitem-nos afirmar que o Direito Ambiental é o instrumento mais importante de que dispomos para viabilizar políticas que visem o bem-estar das gerações futuras. A humanidade consciente de que os problemas ecológicos não respeitam fronteiras, atingindo a todos, conta com este instrumento para frear as agressões cometidas contra o meio ambiente e contra sua própria vida.

Nota: Os anais da Conferência Internacional de Direito Ambiental estão em fase de publicação.

A Competência Concorrente em Direito Ambiental

LUIZ FERNANDO COELHO

Prof. Titular de Filosofia do Direito da
Universidade Federal do Paraná. Procurador
do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente —
IBAMA

SUMÁRIO

1. O dispositivo constitucional e o problema. 2. A competência concorrente no direito constitucional. 3. Natureza das normas gerais e especiais. 4. Os conflitos entre normas gerais e especiais em direito ambiental. 5. Critérios para a solução dos conflitos normativos.

1. O dispositivo constitucional e o problema

Os artigos 23 e 24 da Constituição Federal de 1988 cuidam respectivamente das competências comum e concorrente da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, em especial no que se refere à preservação das florestas, flora e fauna, proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer das suas formas.

Fulcrados na competência concorrente sobre essas matérias, os Estados vêm editando leis ordinárias, decretos e outros atos normativos disciplinando a execução da política de meio ambiente, em assuntos que já constituem objeto da legislação federal; quanto a esta, destacam-se a Lei n.º 6.938, de 31-8-81, que, ao dispor sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA — estruturado em diversos órgãos, alguns extintos posteriormente, mas cuja atribuição principal seria implementar a execução e fiscalização das diversas providências determinadas pela lei e pelas autoridades ambientais; a Lei n.º 7.797, de 10-7-89, que criou o Fundo Nacional do Meio Ambiente, a ser administrado pela Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, mas ressalvando as competências anteriormente atribuídas ao Conselho Nacional do Meio Ambiente — CONAMA — e a Lei n.º 7.735, de 22-2-89, que extinguiu as antigas

entidades ambientais federais, Secretaria Especial do Meio Ambiente — SEMA — e Superintendência do Desenvolvimento da Pesca — SUDEPE — e criou o IBAMA — Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, entidade autárquica que ficou encarregada de todas as atribuições dos órgãos extintos, e ainda as das antigas SUDHEVEA — Superintendência do Desenvolvimento da Pesca e IBDF — Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, que já haviam sido extintos pela Lei n.º 7.732, de 14-2-89. O art. 4.º da Lei de criação do IBAMA estabeleceu que a competência e atribuições dos órgãos extintos passariam para a nova autarquia, e, ainda, que esta os sucederia nos direitos, créditos e obrigações decorrentes de lei, ato administrativo ou contrato.

Em outras palavras, apesar de a Constituição Federal ter limitado a competência da União em questões ambientais ao estabelecimento de normas gerais, a Lei n.º 7.735/89 convalidou toda a legislação anterior, nos direitos e competências dos antigos órgãos ambientais, transferidos ao IBAMA.

Por outro lado, o Decreto n.º 97.946, de 11-7-89, ao dispor sobre a estrutura básica do IBAMA, atribuiu-lhe a finalidade de formular, coordenar, executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais renováveis, e especialmente, entre outras atribuições, “fazer cumprir a legislação federal sobre meio ambiente e promover a fiscalização das atividades de exploração de florestas, flora, fauna silvestre e recursos hídricos, visando a sua conservação e desenvolvimento, bem como a proteção e melhoria de qualidade ambiental do meio ambiente”, conforme inciso X.

De toda essa parafernália legislativa exsurtem problemas jurídicos de não fácil solução, em face das possibilidades de conflitos interordenamentais de legislações, em todos os âmbitos de validade das respectivas normas jurídicas.

Entre esses problemas, o próprio IBAMA tem se defrontado com questões práticas, tais como, na hipótese da ocorrência de leis federal e estadual disciplinando a mesma matéria, qual o diploma legal aplicável? E qual o entendimento a ser adotado em relação a determinadas normas “específicas” da legislação anterior à Constituição, notadamente nos Estados que já detêm legislação específica, fulcrada no art. 24 e incisos, da Constituição Federal, bem assim no § 1.º do referido artigo, interpretado *a contrario sensu*?

Por outro lado, é de indagar-se: *a)* qual a legislação que deve prevalecer quando a federal é mais restritiva, ou seja, quando estabelece proibições além das previstas na federal? Do mesmo modo, se ocorre o inverso, isto é, a federal é mais restritiva? *b)* Qual o critério de aplicabilidade das respectivas legislações, no caso de coincidência material entre ambas as legislações? *c)* Se a competência da União, limitada ao estabelecimento de normas gerais,

nos termos do § 1.º do art. 24, legitima o estabelecimento de normas especiais pelos órgãos executivos da política nacional do meio ambiente — caso das Resoluções do CONAMA e das Portarias Normativas do IBAMA — é de questionar-se se a superveniência de tais normas especiais derroga as gerais ou especiais baixadas pelos Estados, quando incompatíveis com tais normas específicas federais.

Finalmente, deve-se considerar que o problema suscita ainda conflitos intertemporais, decorrentes da validade das normas federais e estaduais anteriores à Constituição.

No presente estudo deixarei de considerar, *brevitatis causa*, os conflitos relacionados com as legislações municipais, bem como a do Distrito Federal, considerando-o equiparado aos Estados, *mutatis mutandis*.

Por outro lado, também por amor à brevidade, não serão considerados os conflitos intertemporais que possam ser solucionados pelas regras comuns de sobredireito estabelecidas na Lei de Introdução ao Código Civil.

E assim, fica delimitado o campo deste estudo, que é o dos conflitos entre normas gerais e especiais, nas legislações federal e estaduais, decorrentes da citada competência concorrente.

2. A competência concorrente no direito constitucional

Entende-se por competência concorrente a faculdade, atribuída por lei, para realizar uma ação comum; distingue-se, embora sutilmente, da competência comum, que é a faculdade que a lei concede a um ou vários funcionários, juiz ou tribunal, para apreciar e julgar certos pleitos ou questões. Tanto a comum quanto a concorrente tratam de ações conjuntas, mas a primeira ocorre na atividade propriamente administrativa do Estado e na judicante, e a segunda se dá em relação à atividade legiferante, ou normativa no mais amplo sentido.

Na área da proteção ambiental, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios unem sua ação para preservar a natureza, combater a poluição, proteger os mananciais, as florestas, a flora e a fauna, e, assim, a atuação fiscalizadora pode ser exercida em conjunto ou supletivamente. Na competência concorrente, ocorre a faculdade de legislar, isto é, baixar normas e diretrizes, estabelecer regras que irão pautar a atividade administrativa e fiscalizadora das diversas unidades políticas do País, através de seus órgãos ambientais, bem como definir as fontes estatais do direito a ser aplicado às situações concretas *sub judice*, tudo com vistas ao objetivo primordial da proteção da natureza e do meio ambiente.

Instituição característica das organizações federativas modernas, registram-se os antecedentes da Constituição dos Estados Unidos, que serviu de inspiração para nossa primeira Constituição republicana e federativa, de 1891, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919.

É um dos problemas mais complexos e fascinantes do moderno direito constitucional, eis que, como assinala PONTES DE MIRANDA, a história parece impor-se à lógica. Segundo esse autor, a história tem consagrado "três sistemas políticos de repartição de poderes e direitos não enumerados: a) o de atribuí-los à coletividade maior, à União; b) o de atribuí-los aos Estados-membros; c) o de reputá-los de ambos por prevenção de legislatura, ou por possível acumulação" (in *Comentários à Constituição de 1967*, art. 13).

A Constituição norte-americana, ao institucionalizar a União federal a partir dos Estados anteriores independentes, firmou o modelo considerado clássico da repartição das competências nos Estados de uma federação, no sentido de que elas cabem aos Estados, isto é, às unidades federadas, dela só se retirando o que explícita ou implicitamente fosse atribuído à União (v. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1972, vol. I, p. 137). Só que, conforme lembrou FRANCISCO CAMPOS, pelo art. VI da Constituição americana todos os atos do Legislativo Federal se impunham como a lei suprema dos Estados e, assim, a 10.^a Emenda fixou o conceito de competência residual: "os poderes não atribuídos aos Estados Unidos pela Constituição e nem por ela proibidos aos Estados, são reservados aos Estados, respectivamente, ou ao povo" (v. FRANCISCO CAMPOS, *Direito Constitucional*, 1.^o vol. Rio, Freitas Bastos, 1956, pp. 302/327). Esse princípio ampliou-se e foi acolhido pela Constituição da Alemanha, de 1871, e muitas outras nações, onde se gerou uma presunção de competência a favor das coletividades menores.

As Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937 e 1946 adotaram esse modelo clássico, embora, no caso brasileiro, não houvesse razões históricas que o justificassem. Ao contrário das federações que haviam se constituído pela fusão de Estados soberanos, a União Federal brasileira nasceu por segregação, a partir do Estado unitário descentralizado que era o Império. Nos EUA os Estados cederam à União os poderes; no Brasil, foi o Estado que cedeu às províncias, transformadas em Estados federados, as competências de que estes gozavam.

Na lição de PONTES, esses sistemas políticos históricos contrariam a lógica da plenitude constitucional, pela qual a competência da União tem caráter geral ou central, simbolizada num círculo mais abrangente que o círculo representativo das competências locais.

O atual conceito de competência concorrente parece-me haver sido sugerido por PONTES na crítica que dirigiu à Constituição de 1967, achando mais adequado falar em "concorrência" em relação aos poderes residuais (ob. cit., p. 297). Mas o constituinte de 1988, todavia, acolheu a competência concorrente, não no sentido lógico sugerido por PONTES, mas tratou de conjugar a competência residual clássica, que vinha desde a Carta de 1891, com o sistema de 1937, que seguiu o modelo alemão de Weimar. Por este, introduziu-se a chamada competência da necessidade,

como antídoto à presunção da competência dos Estados relativa aos poderes não-enumerados.

E assim, a Constituição Federal de 1988, no art. 21, enumera a competência específica da União, em vinte e nove itens, deixando a possibilidade de os Estados legislarem sobre tais questões específicas somente se autorizados por lei complementar, conforme parágrafo único do citado art. 21. A competência comum, que se refere à ação e fiscalização sobre o cumprimento das leis e das atividades do Poder Público, está regulada pelo art. 21, aguardando-se o estabelecimento de normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, através de lei complementar, consoante disposto no parágrafo único. Entre as atividades do Poder Público incluídas nessa competência comum, inclui-se a proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas.

A competência residual do Estado está prevista no § 1.º do art. 25, e, finalmente, a competência concorrente para legislar sobre diversas matérias está prevista no art. 24 da Carta Magna. Em direito ambiental, a competência concorrente abrange a legislação sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; e ainda, sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; e responsabilidade por dano ao meio ambiente e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Todo o capítulo VI da Constituição é dedicado ao meio ambiente, estabelecendo o art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente 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.

A competência constitucional concorrente todavia é limitada pelos quatro parágrafos do art. 24, que introduzem a distinção entre normas gerais e especiais, sem definir critérios de distinção, o que tem engendrado difíceis problemas de administração e solução de questões de direito ambiental.

3. *Natureza das normas gerais e especiais*

Considerando que não existem normas constitucionais ou ordinárias que definam o que se deva entender juridicamente por normas gerais, deve-se buscar na Teoria Geral do Direito os critérios dessa tipologia.

Segundo leciona FERRAZ JR., “a descrição da hipótese da situação de fato, sobre a qual incide a consequência, pode ser abstrata, na forma de um tipo ou categoria genérica, ou pode ser singular, na forma de um conteúdo excepcional. A distância entre o genérico e o singular, tomados como termos mutuamente relativos, admite gradações. Dependendo do grau de abstração podemos então distinguir entre normas gerais abstratas (isto é, gerais pela matéria), normas especiais e normas excepcionais”. Segundo esse autor, a norma especial não excepciona, propriamente, o tipo genérico, pois não o

disciplina de forma contrária, mas apenas de forma diferente, adaptada às circunstâncias e às suas exigências (in TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. Ed. ATLAS, 1988. pp. 121/122).

Esse entendimento confirma a antiga lição de DOURADO DE GUSMÃO: "Levando-se em conta as relações sociais disciplinadas pelo direito, *direito geral* é o aplicável a todas as relações ou a uma categoria ampla, enquanto *direito especial*, aplicável somente a um campo restrito de relações jurídicas" (in PAULO DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Forense, 1988, 13.^a ed., p. 120).

A distinção entre normas gerais e especiais, ou específicas, portanto, não tem um referencial semântico definido, isto é, não radica num conjunto definido de relações jurídicas, mas tão-somente num referencial pragmático relacionado com a maior ou menor abrangência das normas, segundo a intenção do legislador, quiçá do intérprete ou aplicador da lei; isto é, trata-se de um critério puramente lógico-formal, que possibilita considerar geral uma regra em relação à especial que lhe constitui fundamento de validade. Pode-se assim dizer que uma norma especial é somente a que pode ser derivada de outra, considerada geral. Assim sendo, quaisquer normas, salvo a Constituição que é a norma geral por excelência, pode ser considerada geral ou especial, ou específica.

Essa constatação conduz ao seguinte: as possibilidades de conflitos entre normas gerais e especiais que não possam ser resolvidos por princípios jurídicos objetivados em leis ou decretos, ou mesmo regulamentos interpretativos, somente podem ser solucionados pela teoria da interpretação da lei, e, dada a natureza lógica de tais conflitos, pela aplicação de princípios analíticos de interpretação das leis.

4. Os conflitos entre normas gerais e especiais em direito ambiental

O conflito básico que se estabelece no direito ambiental brasileiro decorre da menção feita na Constituição de 1988 aos limites da competência da União, nos §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º do art. 24, *verbis*:

“§ 1.º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2.º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3.º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4.º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”
(Grifos nossos.)

Estes dispositivos merecem alguns comentários, em relação aos textos grifados.

Primeiramente, que a Constituição estabelece uma competência para normas *gerais*, mas nem define o que seja, e nem faz referência a normas especiais; assim, pode-se entender, *a contrario sensu*, que, se a lei maior atribui à União competência em matéria de normas gerais, atribui aos Estados a competência para normas específicas. Não há no texto constitucional definição para normas específicas, mas o § 3.º possibilita um critério jurídico, qual seja, o do atendimento às peculiaridades. Daí que um conflito se estabelecerá, caso a União regulamente, ela mesma, relações jurídicas peculiares ao Estado.

Em segundo lugar, sempre restará ao Estado o critério da competência residual, reforçada em matéria de direito ambiental pelos parágrafos segundo e quarto. Este, por sinal, não suspende a validade da lei estadual, mas tão-somente a eficácia. Em outros termos, não se poderá considerar ilegal ou inconstitucional lei estadual que regulamente matéria já regulada pela União, mas tão-somente deixar de aplicá-la, em determinadas situações, o que não impede que ela prevaleça em outras. A lei estadual continua válida e vigente, mas as autoridades federais deverão dar prioridade à norma federal que regulamente o mesmo assunto.

Novamente a Teoria Geral do Direito fornece os elementos necessários a um entendimento mais abrangente dos problemas que poderão surgir. Como preleciona MARIA HELENA DINIZ, “não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, esta somente existirá quando houver possibilidade de concorrência entre as diferentes esferas de ação. Apenas nos casos de assuntos sobre os quais pode manifestar-se qualquer dos poderes conjuntamente, isto é, *na esfera de competência concorrente*, é que se tem a primazia, por exemplo, da lei federal sobre a estadual”. E continua: “Se é da competência exclusiva do Estado a elaboração de sua Constituição, norma da União sobre essa matéria não tem o condão de excluir a lei estadual. Uma norma constitucional estadual não prevalece contra uma lei federal ordinária, se o assunto disciplinado for de competência privativa *ou concorrente* da União. Se esta invadir esfera de competência do Município, o direito local prevalece sobre o federal” (in MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 1988, p. 351). Também OLIVEIRA ASCEN-SÃO nos brinda com excelentes subsídios: “Uma regra é especial em relação a outra, quando, sem contrariar substancialmente o princípio nela contido, a adapta a circunstâncias particulares... Devemos saber se, em princípio, a lei geral revoga a lei especial, ou a lei especial a geral... A lei especial nunca pode revogar a lei geral. Referindo-se a um ponto particular, deixa intocada a ordenação geral da matéria... E a lei geral revoga a especial?... A afirmação aparentemente lógica de que a lei geral, por ser mais extensa, incluirá no seu âmbito a matéria da lei especial, que fica revogada, não se sobrepõe à consideração substancial de que o regime geral não inclui a consideração das circunstâncias particulares que justificaram justamente

a emissão da lei especial. Por isso esta não será afetada pela simples razão de o regime geral ter sido modificado" (in JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Ed. da Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 446/453).

Essas opiniões, de conhecidos e abalizados cultores da Teoria Geral do Direito, levam-nos às ilações seguintes:

Podem ser consideradas normas específicas, tanto federais quanto estaduais, aquelas que regularem âmbitos especiais de relações jurídicas, considerados em relação à matéria, aos sujeitos da relação ou ao território de aplicação da norma (a distinção é também de OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 455), normas essas que sejam derivadas, ou fundadas em normas de maior abrangência, mas relativas ao mesmo objeto. *Trata-se do critério analítico para considerar uma norma como específica. Em relação às estaduais, podem ser consideradas também específicas aquelas que, em qualquer nível hierárquico de normatização, regulamentem matéria peculiar ao Estado, isto é, que não possam ser aplicadas em outro lugar que não seja o território do Estado ao qual se destina a norma.*

Daí a necessidade de critérios juridicamente aceitáveis, para solucionar os possíveis conflitos entre normas gerais e especiais.

5. *Crítérios para a solução dos conflitos normativos*

Dado o caráter eminentemente lógico da relação entre norma geral e especial, é preciso buscar critérios que possam orientar, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, a solução dos possíveis conflitos.

Tais critérios obedecem a uma hierarquia lógica, qual seja, em primeiro lugar a própria Constituição, em seguida a lei ordinária e, finalmente, os princípios lógicos de interpretação jurídica. Mas, de qualquer modo, as soluções jurídicas aos problemas concretos emergentes deverão respeitar o critério do bom senso, da equidade e da submissão da aplicação das leis aos fins sociais a que se destinam, nunca sendo demais lembrar que direito não é matemática, é *juris prudentia*.

Pelo primeiro critério, os citados §§ 1.º a 4.º da Constituição, bem como a lacuna dimanada da indefinição do que seja norma especial, aliados ao princípio da derivação analítica entre lei geral e especial, leva-nos *fortiori ratióne* a fixar como regra geral que os eventuais conflitos sejam sempre resolvidos pela prevalência da legislação federal. Isto significa que os regulamentos federais que disciplinam as atividades públicas e privadas relacionadas com a proteção ambiental, e que sejam juridicamente válidos, têm sempre a prevalência sobre quaisquer outros regulamentos, estaduais ou municipais, ainda sejam constituídos por leis estaduais.

Fica assim solucionado o conflito dimanado da maior restritividade da legislação federal, ainda que se trate de normas que o senso comum entenda

como específicas, por exemplo, a proibição regional ou local da pesca de determinadas espécies, em certas épocas do ano; neste caso, conforme o já exposto, prevalecerão as restrições impostas pela legislação federal.

Resta-nos, porém, examinar o problema da maior restritividade da legislação estadual; pode a lei estadual estabelecer proibições, onde a lei federal permite?

Socorre-nos aqui o princípio da plenitude do ordenamento jurídico, aquele que Carlos Cossio considera o “axioma fundamental do direito”. Por ele, entende-se que a ordem jurídica é um contínuo de licitudes e um descontinuo de ilicitudes, expresso no brocardo “tudo o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido”.

A Constituição Federal acolhe o princípio no inciso I do art. 5.º: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim sendo, a atuação da pessoa, sujeito de direito, é livre, salvo as restrições objetivamente previstas na lei ordinária ou nos regulamentos que dela derivam, desde que baixados por quem tenha competência, também fixada em lei, para fazê-lo. As diversas formulações do princípio da legalidade ou da reserva legal, nos vários ramos do direito público ou privado, igualmente evidenciam o princípio da plenitude.

No caso do direito ambiental, suas normas estabelecem restrições ao exercício dos direitos subjetivos, principalmente o direito de propriedade, calcadas nas normas constitucionais que impõem a proteção ao meio ambiente, especialmente as do art. 225 com seus incisos e parágrafos.

Articulando-se tais limitações constitucionais com os princípios da competência concorrente e residual (art. 25, § 1.º e, em relação aos Municípios, art. 30, inciso II), entende-se que a lei estadual pode estabelecer limitações ao exercício dos direitos, com vistas à proteção ambiental, ainda que não previstas na legislação federal, desde, é claro, que tais restrições sejam compatíveis com as liberdades públicas constitucionais. Ainda que haja expressa autorização federal, através de lei, se a lei estadual, considerada constitucionalmente válida, *a contrario*, prevalecerá a lei estadual. Trata-se em nossa opinião de situação característica onde o conceito de norma específica, cuja competência em matéria ambiental é atribuída ao Estado, para atender a peculiaridades locais, poderá determinar a inaplicabilidade da lei federal em Estados onde haja leis em contrário; todavia, convém enfatizar, somente, se o conflito ocorrer em relação a norma federal permissiva, nunca se a referida norma é proibitiva.

Os demais critérios nos fazem entrever as exceções ao princípio geral da prevalência da legislação federal.

A primeira exceção se apresenta no caso de a norma federal invadir área já claramente definida na Constituição ou na lei ordinária federal como de competência estadual ou municipal. Assim, por exemplo, não poderão o

CONAMA ou o IBAMA normatizar a distribuição de gás canalizado e nem dispor sobre controle do uso e ocupação do solo urbano, matérias de competência dos Estados e Municípios, respectivamente. Neste caso, se houver conflito de normas, prevalecerá sempre a norma local, desde que fique suficientemente caracterizada a infringência dos arts. 25 a 31 da Constituição pelos regulamentos federais. Esta possibilidade, aparentemente remota, deve ser considerada pelo fato de que a proteção ambiental permeia todas as manifestações da vida jurídica, devendo haver o especial cuidado em não invadir áreas onde já está constitucionalmente definida a competência estadual ou municipal.

Outra exceção exsurge da possível superveniência de lei federal que atribua competência aos Estados e Municípios para legislar sobre matérias de interesse local. Neste caso o conflito desaparece, em face da definição legal de norma específica, eis que somente a lei ordinária pode definir o que seja interesse local ou regional. Tal hipótese fará com que as normas federais porventura existentes à data da promulgação da lei nova, que estabeleça tal limitação, percam a eficácia, quando não a validade, nos Estados onde haja normas específicas conflitantes.

Esses critérios possibilitam soluções que, em nossa opinião, respondem às dúvidas suscitadas no início.

Primeiramente, em caso da ocorrência de leis federal e estadual disciplinando a mesma matéria, o diploma legal a ser aplicado será o federal, a menos que se refira a matéria inequivocamente definida na Constituição ou na lei ordinária federal como pertencente à alçada estadual.

Em segundo lugar, conforme se demonstrou, não há critérios para distinguir, na legislação atinente ao meio ambiente, anterior à Constituição, o que constitua comando geral ou específico, salvo o critério da derivação analítica. Pode-se assim dizer que todas as Portarias e Resoluções, bem como determinados artigos de Leis ou Decretos, estes baixados *ex vi* da legislação ambiental ordinária, principalmente o Código Florestal, a Lei de Proteção à Fauna, o Código de Pesca, o Regulamento dos Parques Nacionais Brasileiros, as leis e decretos que dispõem sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, são de natureza específica quando detalham ou regulamentam a aplicação das leis ordinárias ou da própria Constituição. Como se trata de normas derivadas, elas como que se incorporam às leis gerais respectivas e devem prevalecer, inclusive nos Estados que já detêm legislação específica sobre idênticas matérias.

Volto, em conclusão, a repetir que somente a lei ordinária federal poderá dispor sobre o que seja matéria específica, ou de interesse local, regional ou estadual; na ausência dessa legislação, as normas federais deverão prevalecer, sejam elas de natureza ordinária ou regulamentar; o que nos leva a opinar que as Resoluções do CONAMA, bem como as Portarias do IBAMA, partindo do pressuposto de que sejam válidas constitucionalmente, prevalecem sobre as leis ordinárias estaduais, em caso de conflito.

O FINSOCIAL é Constitucional

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO
Procurador Judicial da Procuradoria Geral da
Fazenda Nacional. Advogado em Brasília

SUMÁRIO

1. A presunção de constitucionalidade das leis. 2. Constitucionalidade da contribuição do FINSOCIAL, diante do previsto no art. 56 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, que recepcionou a supracitada exação como contribuição de seguridade social.

1. Presunção de constitucionalidade das leis

Recorde-se que milita em favor das leis, com o apoio da doutrina e jurisprudência pacíficas no Brasil e no exterior, a presunção de constitucionalidade ou o princípio da interpretação compatível, segundo o qual somente se deve declarar a inconstitucionalidade da lei, quando esta não puder ser interpretada de forma compatível com a Constituição.

Este é o critério da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que complementou a organização da Justiça Federal da República e, em seu art. 13, § 10, estabeleceu que

“Os juízes e Tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e — só — deixarão de aplicar aos casos ocorrentes leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

Logo depois, em 1902, o jurista JOÃO BARBALHO, nos seus *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, já advertia da necessidade do Judiciário observar a máxima circunspeção na declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo.

“A lei traz sempre a presunção de validade. Somente diante de uma lei que contradiga expressamente a Constituição, é que poder-se-lhe-á negar execução. Aconselhava que o juiz deve abster-se da questão de constitucionalidade, toda vez que sem isso

julgar a causa, distribuindo a justiça que caiba no caso, e que questões dessa natureza somente fossem submetidas aos Tribunais, quando todos os membros deles estiverem presentes, para a maior autoridade de suas decisões e, por mais tempo, manter-se firme sua jurisprudência.”

Transcrevo lição do mestre CARLOS MAXIMILIANO em sua clássica *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, pp. 306 a 309 e 311, *verbis*:

“364 — I. O Código fundamental tanto prevê no presente como prepara o futuro. Por isso ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura atingir um sentido que torna efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza a inocuidade.

Bem observa STORY: ‘O governo é uma coisa prática, feita para a felicidade do governo humano, e não destinada a propiciar um espetáculo de uniformidade que satisfaça os planos de políticos visionários. A tarefa dos que são chamados a exercê-lo é dispor, providenciar, decidir; e não debater; seria pobre compensação haver alguém triunfado numa disputa, enquanto perdíamos um império; termos reduzido a migalhas um poder e ao mesmo tempo destruído a República.’

.....

366 — III. Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo; portanto, se a incompetência, a falta de jurisdição ou a inconstitucionalidade, em geral, não estão acima de toda dúvida razoável, interpreta-se e resolve-se pela manutenção do deliberado por qualquer dos três ramos em que se divide o Poder Público. Entre duas exegeses possíveis, *prefere-se a que não infirma o ato de autoridade. Oportet ut res plus valeat quam pereat.*

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas interpretações mais ou menos defensáveis, entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisprudências de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o Estatuto Básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada.

367 — IV. Sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interpreta-se a linguagem da lei com reservas

tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina.

368 — V. A constitucionalidade não pode decorrer só dos motivos da lei. Se o parlamento agiu por motivos reprovados ou incompatíveis com o espírito do Código supremo, porém a lei não é, no texto, contrária ao Estatuto Básico, o tribunal abstém-se de a condenar.

.....
373 — X.

Cumpra ao legislador e ao juiz, ao invés da ânsia de revelar inconstitucionalidades, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno.”

Na obra *Comentários à Constituição Brasileira*, 3.^a edição, Liv. do Globo, Porto Alegre, 1929, pp. 120 a 123, MAXIMILIANO, tomando como referência os juristas norte-americanos WILLOUGHBY, BRYCE e BLACK, inclui, entre os preceitos reguladores do uso das prerrogativas do Judiciário de dar “a última palavra sobre a inconstitucionalidade dos atos do Congresso ou do Executivo”, o de que “proclama-se a inconstitucionalidade apenas quando é absolutamente necessário fazê-lo, para decidir a *questão sub-judice*”, bem assim o de que “presumem-se constitucionais todos os atos do Congresso e do Executivo”. Só se proclama, em sentença, a “inconstitucionalidade, quando esta é evidente, fora de toda dúvida razoável”.

Esta também é a opinião de LÚCIO BITTENCOURT, que no seu excelente *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2.^a edição, Forense, Rio, 1968, pp. 92 e 93, se reporta aos constitucionalistas norte-americanos, para corroborar a tese de que “toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela — *every reasonable doubt must be resolved in favour of the statute not against it*. E os tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca — *clear, complete and unmistakable*. Essa precaução já fora reclamada pelo próprio Marshall, no julgamento do caso *Fletcher V. Peck*, onde o grande juiz mostrou que a questão de se verificar se uma lei é incompatível com a Constituição é, sempre, uma questão muito delicada — *is at all times a question of much delicacy* — que deve raramente, quiçá nunca, ser decidida pela afirmativa num caso duvidoso. Os tribunais, quando compelidos a se manifestar sobre a matéria, não podem fundar-se em vagas conjecturas para declarar que o Legislativo excedeu os seus poderes e que o ato expedido deve ser considerado inválido. O conflito entre lei ordinária e a Constituição deve ser de tal ordem que o juiz sinta a convicção clara e forte da incompatibilidade entre uma e outra: *a clear and strong conviction of their incompatibility with each other*”.

Prossegue o insigne jurista, em sua invocação aos juízes norte-americanos, “também o *Justice Washington*, no caso *Ogden V. Saunders*, seguindo a mesma orientação, sustentou que se há de presumir sempre a validade e a eficácia da lei até que violação da Carta Constitucional seja provada além de toda a dúvida razoável — *is proved beyond any all reasonable doubt*. Em consequência dessa presunção, tem-se entendido, por outro lado, que os tribunais, antes de fulminar a lei com a declaração de inconstitucionalidade, deve procurar interpretá-la de tal modo que se torne possível harmonizá-la com a Constituição. E somente no caso de se tornar isso de todo impraticável é que se poderá reconhecer a ineficácia do diploma impugnado” (*op. cit.*, p. 93).

Tratando acerca da chamada “dupla interpretação”, *Bittencourt* leciona: “uma vez que o conflito entre lei e a Constituição não deve ser presumido — adianta *Cooley* — segue-se, necessariamente, que as Cortes devem, se possível, dar à lei interpretação tal que lhe permita manter-se válida e eficaz — *the court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect*. Isto, alias, nada mais é do que afirmar que os tribunais devem interpretar a lei de acordo com a intenção da legislatura, que só poderia ser a de elaborar um diploma capaz de produzir efeito jurídico e não um que se tornasse inoperante e nulo” (*op. cit.*, p. 93).

Destarte, conclui o abalizado jurista — “se uma lei pode ser interpretada em dois sentidos, um que a torna incompatível com a Lei Suprema, outro que permite a sua eficácia, a última interpretação é a que deve prevalecer. Assim o tem decidido reiteradamente a Corte Suprema americana, sustentando que, na hipótese aventada, é dever precípuo do juiz — *it is our plain duty* — adotar a exegese que salve a lei da inconstitucionalidade.

LÚCIO BITTENCOURT encima — “a orientação é unanimemente adotada pelos países que admitem o controle jurisdicional, merecendo ser citada a decisão do Tribunal Supremo de Cuba, de 6 de outubro de 1938, onde o assunto logrou amplo tratamento doutrinário, concluindo-se por tornar expressa, de forma incisiva e categórica, a regra acima enunciada: “cuando una ley admite dos interpretaciones, una acorde con la Constitución y otra incompatible con ella há de optarse por la primera”. Também a jurisprudência argentina é pacífica a respeito, desde o “leading case” *Bellog y Duranõna v. Ferrocarril del Sud de V. A.* Da mesma forma, entre nós, a questão não comporta dúvidas.

Já em 1944, o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 4.057, em que foi Relator o eminente Ministro OROZIMBO NONATO, decidiu que “a inconstitucionalidade de lei — providência excepcional — só pode ser decretada quando é patente e incontestável”.

Em voto proferido no julgamento, pelo STF, de Recurso Extraordinário n.º 62.731-GB, in *RTJ* n.º 45, o pranteado Ministro ALIOMAR BALEEIRO incluía-se entre aqueles que “acham que as leis, aliás na velha regra, só quando absolutamente inconstitucionais, devem ser declarada como tais”.

Recentemente, a Suprema Corte em questões de ordem, decididas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 72 e 97, Relatores, respectivamente, os Eméritos Ministros MOREIRA ALVES e SEPÚLVEDA PERTENCE, tem chamado a atenção da conveniência de se garantir a segurança e a tranqüilidade social, pela preservação tanto quanto possível, da ordem jurídica em vigor.

Apresenta-se oportuno transcrever o pronunciamento do Douto Advogado-Geral da União ARTHUR DE CASTILHO NETO, na ADIN n.º 513, a respeito do Controle Concentrado no Direito Comparado, o qual tomou como referência o erudito trabalho elaborado por GILMAR FERREIRA MENDES, culto Procurador da República, hoje Consultor Jurídico da Secretaria-Geral da Presidência da República, que admoesta sobre o risco do controle da constitucionalidade levar, às vezes, inadvertidamente para o vazio jurídico:

“Com efeito, a preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica na época de Weimar. Sustentava Triepel, no conhecido *Referat* sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários (Triepel, Heinrich, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDSTRL, vol. 5 (1929), p. 26):

‘Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...) de condenação, de cassação de atos estatais — dizia Triepel — mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas’.

Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, § 2.º, da Constituição de Weimar, afirmando que o *Reichsgericht* somente poderia conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia (Jellinek, Walter, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, Leipzig e Berlim, 3.ª ed., 1927, p. 27).

Esse seria o caso se, por exemplo, a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a incons-

titucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser preenchida pelo legislador estadual. Assim, o *Reichsgericht* estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois "teria como conseqüência o caos, o Estado não disporia de uma lei eleitoral" (*ibidem*, p. 27).

Assinale-se que as chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras (*hedrohliche Rechtslucke*) e o perigo de instauração de um estado de "caos jurídico" foram determinantes para o desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade na jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Essa variante permite que a lei censurada subsista no ordenamento jurídico até a sua derrogação. Em casos excepcionais, admite-se a aplicação continuada do direito questionado tendo em vista a preservação de princípios basilares da ordem constitucional, sobretudo do princípio de segurança jurídica.

Embora possa parecer inusitado, cumpre assinalar que o desenvolvimento pelo *Bundesverfassungsgericht* de novas formas de decisão expressa o propósito de cumprir efetivamente o complexo mister de órgão central de controle jurídico. Não se pode esquecer de que a função de Guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*) exige que contemple, nas suas decisões, a necessidade de preservação da ordem constitucional que deve ser protegida (Cf. *Rupp v. Brunneck, Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, in: *Festschrift für Gebhard Muller*, 1970, pp. 335 (365)).

É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as conseqüências jurídicas de suas decisões para a sociedade estatal, evitando orientar-se simploriamente pelo lema "fiat justitia pereat mundus" (*Rupp v. Brunneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?* in: *Festschrift für Gebhard Muller*, 1970, pp. 365-366 segs.)"

No caso adapta-se como uma luva o conselho dos doutrinadores alemães. A contribuição para o Fundo de Investimento Social, tem por escopo custear despesas nas atividades fins das áreas de saúde, previdência e assistência social (art. 1.º da LC n.º 70/91). Interpretações no sentido de infirmar a legislação do FINSOCIAL têm trazido sério prejuízo para a própria sociedade.

Destarte, considere conveniente tecer essas considerações propedêuticas, antes de proceder ao desenvolvimento do mérito do presente artigo.

2. *Constitucionalidade do FINSOCIAL*

O Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL — foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 1.940, de 25-5-82, com fundamento no art. 21, § 2.º, da Constituição Federal de 1967, na forma de contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo a pequeno agricultor, no percentual de 0,5% (meio por cento), incidente sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

Para as empresas públicas e privadas que realizassem exclusivamente venda de serviços, a contribuição era de 5%, incidindo sobre o valor do imposto de renda devido ou como se devido fosse.

De início, insta deslindar que a jurisprudência usualmente invocada com base no Direito anterior, no sentido do FINSOCIAL ter a natureza jurídica de imposto instituído pela União dentro de sua competência residual, não mais pode ser aplicada à espécie, uma vez que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL — como contribuição de seguridade social.

De fato, o novo Estatuto Político, contrariamente ao anterior, cuida a matéria em setor próprio, procurando espancar, definitivamente, discussão acerca da natureza jurídica da contribuição focalizada, inserindo-a no Título VIII — da Ordem Social, Capítulo II — Da Seguridade Social —, portanto, com regras e princípios específicos, inconfundíveis com aqueles do Sistema Tributário Nacional, disciplinado no Título VI, Capítulo I.

A dúvida surgida, na vigência da Constituição revogada, deveu-se ao fato de que inexistia disciplina constitucional expressa sobre as chamadas contribuições sociais, especiais ou parafiscais, visto que o art. 21, § 2.º, inciso I, da Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8, de 14-4-77, simplesmente, autorizava a União a instituí-las, daí emergindo o Decreto-Lei n.º 1.940, de 25-5-82, sendo que, na Carta Magna de 1988, tanto as contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas estão disciplinadas nos arts. 149, 146, III e 150, I e III, como as contribuições sociais de seguridade social tiveram a instituição e o disciplinamento, explicitamente, delineados nos arts. 194, 195, e 56, este último do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Abra-se um parêntese para dizer que a contribuição do FINSOCIAL tem como fato impositivo a necessária intervenção ou atividade estatal, sem a referibilidade ao obrigado, no plano da seguridade social.

Assim, desenganadamente, a contribuição do FINSOCIAL não possui similaridade com os impostos, uma vez que estes independem de qualquer atividade estatal para ser instituídos.

Ratifique-se, por outro lado, que a Constituição Federal de 1988, ao reservar um Título exclusivo para a Ordem Social, incluiu nele, um Capítulo próprio sobre a Seguridade Social, compreendendo um conjunto integrado de ações de iniciativa tanto dos Poderes Públicos, como da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Nesse contexto, o preceito constitucional do art. 195, *caput* e incisos I a III, definiu as respectivas fontes de custeio, estatuidando que “a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais: I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II — dos trabalhadores; III — sobre a receita de concursos e prognósticos”.

Para elidir qualquer hesitação que ainda pudesse pairar, o art. 56 do ADCT, expressamente firmou a natureza jurídica da contribuição do FINSOCIAL como uma das contribuições sociais de seguridade social, ao condicioná-la à futura legislação da Seguridade Social, no âmbito da qual foi prevista, e ao fixar normas sobre a destinação da arrecadação desta contribuição, *ad litteram*:

“Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o Decreto-Lei n.º 1.940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo Decreto-Lei n.º 2.049, de 1.º de agosto de 1983, pelo Decreto n.º 91.236, de 8 de maio de 1985, e pelo Decreto-Lei n.º 7.611, de 8 de julho de 1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento.”

Portanto, a recepção do Decreto-Lei n.º 1.940/82 e da legislação posterior sucedeu-se por expressa vontade constitucional, embatendo-se qualquer objeção quanto à natureza jurídica da imposição *in examine*, não só pela sua inserção entre aquelas do art. 195, I, da Lei Suprema, como por ter sido remetida à regulamentação pela lei que viesse dispor sobre o precitado artigo, ao invés de vincular-se ao sistema tributário nacional.

Insistimos, neste ponto, que a Carta Política de 1988 transluziu a distinção entre o sistema de financiamento da seguridade social e o sistema tributário nacional, enumerando, num e noutro campo, as regras que deveriam ser colimadas por um e outro, não lhes atribuindo jamais igual natureza, pois se assim tivesse sucedido, não teria incluído os preceptivos do art. 195, *caput* e seus parágrafos, no Capítulo da Seguridade Social.

Portanto, cabe repisar que as contribuições sociais de seguridade social, disciplinadas no art. 195 da Constituição Federal de 1988 (como ao Instituto

Nacional de Seguridade Social — INSS), não se confundem com as contribuições previstas no art. 149 da mesma Carta, pois estas são contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas e que se subordinam às prescrições constitucionais dos arts. 146, III e 150, I e III, enquanto aquelas objetivam o financiamento da seguridade social, nos termos do art. 195, que fixa-lhes as regras próprias e os princípios essenciais.

Aliás, o art. 149 da Constituição resguarda do comando do art. 150, III, *b*, aquelas contribuições a que alude o seu art. 195, sobre as quais incidirá o § 6.º deste, sendo esta mais uma demonstração do seu propósito de tratar diferentemente as retrocitadas contribuições.

Impende preluzir, que pelo cotejo do art. 195, I, da Lei Suprema, e com o art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a contribuição do FINSOCIAL, instituída pelo Decreto-Lei n.º 1.940/82 foi recepcionada não como imposto, mas como contribuição de seguridade social.

Obviamente, a determinação do art. 56 do ADCT teve caráter temporário, objetivando garantir receita para a seguridade social, enquanto lei não dispusesse sobre as contribuições do art. 195, I, da Constituição Federal.

No entanto, o mesmo art. 56 não impedia que a cogitada lei acolhesse contribuições já existentes, adequando-a ao escopo constitucional do art. 195, I, como, em parte, veio a suceder.

Assim a Lei n.º 7.689, de 15-12-88, instituiu a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinadas ao financiamento da seguridade social (art. 1.º), e no seu art. 9.º, manteve as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a do FINSOCIAL, de que cuida o Decreto-Lei n.º 1.940, de 25-5-82, e alterações posteriores, incidente sobre o faturamento das empresas, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal.

Abra-se, aqui, um novo parêntese para exaltar que o art. 9.º da Lei n.º 7.689/88 apenas ratificou a manutenção da legislação do FINSOCIAL, mas, efetivamente, foi a própria Constituição, de modo explícito e irrefutável, que atribuiu condição de contribuição de seguridade social para o FINSOCIAL.

Desse modo, a Lei n.º 7.689/88 optou por aproveitar a estrutura legislativa da exação do FINSOCIAL, destinando-a à seguridade social, o que não representa qualquer descumprimento ao art. 56 do ADCT.

Assim, enfatize-se que esta malsinada lei não extinguiu o FINSOCIAL, tendo-o recepcionado e integrado no sistema de custeio da seguridade social, não tendo havido solução de continuidade na cobrança desta contribuição sobre o faturamento, que foi preservada.

Ratifique-se, outrossim, que o FINSOCIAL está expressamente previsto no art. 56 do ADCT, que não exauriu seu conteúdo com a edição da Lei n.º 7.689/88.

Desse modo, improcede a propalada lesão ao art. 154, I, do Estatuto Político, não sendo exigível, na espécie, lei complementar, a não-cumulatividade do gravame, base de cálculo e fato gerador diversos dos próprios dos impostos discriminados na Constituição, isto porque, o FINSOCIAL não foi recepcionado como imposto instituído em face da competência residual da União.

Ademais, o § 4.º, do art. 195, da Carta Magna, estabelece que, somente na hipótese de lei instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da *seguridade social, diversas, portanto, das previstas no art. 195, incisos I a III, da mesma Carta, deverá ser obedecido ao disposto no art. 154, I.*

Contudo, a fonte de custeio da seguridade social dos empregadores sobre o faturamento, que é a contribuição do FINSOCIAL, evidentemente, representa fonte já estabelecida pela própria Constituição, não se tratando de nova fonte de custeio ou expansão da seguridade social.

Insta repetir que os preceptivos dos arts. 146, 149 e 154, I, da Lei Suprema, não se aplicam às contribuições situadas no Capítulo da Seguridade Social. Para estas a Constituição reservou tratamento à parte do Capítulo do Sistema Tributário Nacional.

Colime-se que a própria ressalva do art. 195, § 4.º, que remete às contribuições de novas possíveis fontes, não previstas nos incisos I a III do mesmo artigo, ao preceituado no art. 154, I, não se refere à lei complementar.

Aliás, em todo tratamento dado ao financiamento da seguridade social, inclusive no § 4.º, do art. 195, a Constituição Federal jamais mencionou a lei complementar, presumindo-se que sempre cuidou de lei ordinária e, como se sabe, *a necessidade de lei complementar há de ser expressamente determinada.*

A propósito, acrescente-se, *ad argumentandum tantum*, que não se deve olvidar que o § 5.º, do art. 34, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, recepcionou as normas do Código Tributário Nacional como lei complementar, no que não seja incompatível com o novo sistema tributário nacional e que o § 3.º, do mesmo dispositivo, permite que a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios possam editar as leis que sejam necessárias à aplicação do novo sistema tributário nacional.

Ressalte-se, quanto às contribuições sociais, que a regra da não-cumulatividade e a vedação de utilização de fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na nova Constituição, somente, se dirigem às contribuições de seguridade social, que venham a ser criadas por lei, incidentes, sobre outras fontes, que não as previstas no art. 195, I a III, da Lei Maior, o que não é o caso do FINSOCIAL, não havendo, portanto, de se cogitar da

aplicação, *in specie*, do disposto no art. 195, § 4.º, c/c o art. 154, I, da Lei Suprema.

Reitere-se que o FINSOCIAL não poderia ter o mesmo fato gerador ou base de cálculo de algum imposto discriminado na Constituição, apenas se se tratasse de uma nova fonte de recursos para o financiamento da seguridade social.

Já restou demonstrado, porém, que o acoimado gravame não se trata de exação nova, mas de contribuição que já fôra, expressamente, prevista no art. 195, I, incidente sobre o faturamento da empresa.

Portanto, ainda que o fato gerador e a base de cálculo do FINSOCIAL fossem os mesmos de impostos previstos na Constituição, não haveria mácula alguma, pois não há de se cogitar de inconstitucionalidade do próprio texto constitucional.

É inconsistente o entendimento de que pelo fato de existir a contribuição social incidente sobre o faturamento das empresas privadas, ou seja, o Programa de Integração Social, não poderia o art. 9.º da Lei n.º 7.689 ter mantido a contribuição do FINSOCIAL, em face do art. 239 da Constituição, porque, segundo a opinião de alguns, configuraria “descabida exação dúplice”.

O PIS foi instituído pela Lei Complementar n.º 7, de 7-9-70, com a finalidade de “integrar o empregado na vida e no desenvolvimento das empresas” preconizada pelo art. 165, V, da Constituição revogada.

O art. 239 da Constituição vigente manteve tanto a contribuição do PIS, como a do PASEP (Lei Complementar n.º 8, de 3-12-70), dando-lhes, a partir de 5-10-88, destinação diversa, ou seja, financiar o programa de seguro-desemprego e o abono anual aos trabalhadores de baixa renda.

Trata-se, pois, de contribuição diversa do art. 195, I, da Constituição, sendo irrelevante o fato de também incidir sobre o faturamento, já que esta é a vontade da Lei Suprema.

Mesmo que se entenda que as contribuições do PIS e PASEP, recepcionadas pela Constituição vigente, seriam contribuições sociais de seguridade social, disciplinadas no art. 195 da Carta Magna, ainda assim, não vislumbro incompatibilidade alguma entre a cobrança das contribuições do PIS e do PASEP com a do FINSOCIAL, pois as referidas exações não estão entre as previstas no art. 195, § 4.º, da Lei Maior, muito pelo contrário, já que todas elas estão previstas no texto constitucional.

In casu, trata-se de hipótese prevista de *bis in idem* de contribuições, e, portanto, não só permitida, como desejada pela Constituição Federal de 1988.

Cabe repinchar que a Constituição veda, tão-somente, as taxas possuírem base de cálculo própria de impostos (art. 145, § 2.º), os impostos, a

serem instituídos com base na competência residual da União, e as contribuições, que forem criadas por lei, sem incidirem nas fontes de financiamento previstas no art. 195, I e III, com o escopo específico de garantir a manutenção e expansão da seguridade social, terem o mesmo fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos discriminados por ela (art. 194, I e art. 195, § 4.º, ambos da CF/88).

Assim, resta indubitável que as contribuições incidentes sobre as fontes já previstas nos comentados arts. 195 e 239, da Constituição de 1988, não estão sujeitas às vedações aventadas, isto é, o Estatuto Político, nesses casos, expressamente, permite a cumulatividade dos gravames e que possam ter aquelas contribuições o mesmo fato gerador ou base de cálculo das exações nela discriminadas.

A seu turno, a contribuição social, instituída pela Lei n.º 7.689, de 15-12-88, sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social, não se confunde com a do FINSOCIAL, já que a fonte de financiamento desta é o faturamento ou receita bruta.

Ademais, assevere-se que o conceito de "renda bruta" (expressão utilizada pela legislação do FINSOCIAL, como no art. 25, I, da Lei n.º 8.212, de 1991) e "faturamento" (termo usado no art. 195, I, da CF) confundem-se, uma vez que este nada mais é que o valor das faturas emitidas pelas empresas.

Entendo, assim, ser aplicável também ao FINSOCIAL o teor da Súmula n.º 258 do Egrégio Tribunal Federal de Recursos, no sentido de incluir-se, na base de cálculo dessa contribuição, a parcela relativa ao ICMS.

Mencione-se, outrossim, que o termo empregador (previsto no art. 195, I, da CF) se identifica com a expressão empresa pública e privada (prevista na legislação do FINSOCIAL).

Assim, as empresas só estariam fora da incidência do FINSOCIAL na hipótese de não possuírem trabalhadores ou servidores.

Assim, a Constituição determinou, no art. 195, I, que o obrigado é o empregador e que a contribuição incide sobre o faturamento. A lei ordinária não pode alterar esses dados. Se a lei usa de termos equivocados, cabe ao intérprete dar à lei interpretação que a harmonize com o texto constitucional.

Ressalte-se, outrossim, que, nos termos da Constituição Brasileira (art. 22, XXIII), a União tem competência plena para legislar sobre contribuições sociais com vistas a financiar a seguridade social.

No uso desta competência, pode a União instituir a contribuição social para si como para outras entidades descentralizadas.

Assim, a lei pode oferecer a posição de sujeito ativo da contribuição social tanto para a União, como para pessoas específicas distintas do Estado, desde que investidas de funções públicas de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O fato de uma entidade arrecadar, administrar e fiscalizar a contribuição que é destinada a outra, não importa em desnaturar essa contribuição, ainda mais quando essas entidades se situam na mesma esfera política.

Aliás mesmo entre esferas diversas da Federação é possível ocorrer tal colaboração, em consonância com o art. 7.º do CTN.

O ponto nevrálgico é a destinação dos recursos arrecadados, visto que se trata de exação com finalidade fixada na Constituição e na lei (art. 9.º da Lei n.º 7.698/89; art. 7.º, parágrafo único, da Lei n.º 7.787/89, art. 1.º da Lei complementar n.º 70/91).

O hipotético problema da União arrecadar a contribuição e não repassar, corretamente, os respectivos valores situa-se no plano da responsabilidade dos administradores, e não da natureza jurídica do gravame.

O art. 165, § 5.º, inciso III da Constituição de 1988, estabelece que a lei orçamentária anual deve trazer, em separado, o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Isto, no entanto, não obsta que a União arrecade, fiscalize e administre a contribuição social. Há meios técnicos próprios para destacar, no orçamento, as verbas arrecadadas por uma das entidades da Federação, mas destinadas a outra. Assim, por exemplo a Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, que estatuiu normas para a elaboração e controle dos orçamentos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, já previa a forma de inclusão das cotas de participação que uma entidade pública deve transferir a outra, em seu art. 6.º, §1.º:

“As cotas de receita que uma entidade deva transferir a outra incluir-se-ão, como despesa, no orçamento da entidade obrigada à transferência e, como receita, no orçamento da que as deva receber.”

Trata-se, portanto, de simples problema de técnica orçamentária, que não se reflete sobre a natureza da contribuição, inexistindo, também aqui, razão capaz de eximir a Impetrante do pagamento do FINSOCIAL.

O *punctum pruriens* do art. 165, § 5.º, III, da Carta Magna, foi de ordenar o sistema da seguridade social, prescrevendo sua inclusão no orçamento anual, que nada mais é que um instrumento descritivo, que compreende a previsão da receita e fixação da despesa (art. 165, § 8.º, da CF), constituindo essa necessidade de se saber o que se deverá pagar em cada ano o verdadeiro escopo do dispositivo, *in examine*, e não a criação de recursos correspondentes.

O preceito constitucional supracitado não pretendeu, assim, limitar a criação das fontes de recursos, pela própria Constituição discriminadas, condicionando-as à prévia inscrição no orçamento anual.

Dentro deste espírito, o art. 167, *caput*, inciso I, da Lei Suprema, veda "o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual".

Assim, também, o § 5.º do art. 195 da Constituição Federal dispõe que "Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

A teleologia dos retromencionados preceptivos é de impedir que o Poder Público, no âmbito de determinada área viesse a desenvolver programa ou arcar com novas despesas sem a devida dotação orçamentária, sabido que a realização de despesa pública está sempre condicionada à respectiva fixação na lei orçamentária anual.

Impende aduzir que, como dispõe o art. 194 da Estatuto Político, a seguridade social não é um programa, mas um sistema composto de um conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e do setor privado, o qual, para ser cumprido, poderá também realizar seus programas, das mais diversas ordens, em diferentes esferas da sociedade e distintos tempos, não se comportando, por sua enorme abrangência, no exíguo contexto do examinado art. 167, I.

Acrescente-se que o art. 195, § 2.º, da Constituição Federal, ao estabelecer que "A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos", traça, apenas, um critério a ser observado na elaboração da proposta de orçamentos, com vistas à consecução dos objetivos perseguidos no âmbito da seguridade social, não significando isto que os recursos só possam ser hauridos se previstos em orçamentos.

A seu turno, a programática norma do art. 165, § 2.º, da Carta Magna, que estabelece disposições a serem observadas pela lei de diretrizes orçamentárias, a qual orientará a elaboração da lei orçamentária anual, só poderá ser colocada no plano da lei ordinária, não se prestando como argumento de defesa do administrado, que, na verdade, *in casu*, não tem direito subjetivo a ser protegido.

Os efeitos resultantes do § 2.º do art. 165 ficam, assim, restritos à elaboração e à administração do orçamento para o ano em que se verificar, sem qualquer reflexo sobre a exigibilidade da contribuição em comento.

Aliás, a cobrança do FINSOCIAL não está condicionada nem à antecipada lei de diretrizes orçamentárias, nem à anterior aprovação do plano de custeio da seguridade social (Lei n.º 8.212, de 24-7-91), nem tampouco à prévia lei orçamentária anual, que prevejam a respectiva receita, porquanto a própria Constituição dissipou qualquer embaraço sobre a questão, exatamente através dos preceptivos dos arts. 195, § 6.º e 56, este do ADCT.

Quanto à absorvência do princípio da anterioridade, demonstramos que o mesmo não se aplica às contribuições de seguridade social, por explícita determinação dos arts. 149 e 195, § 6.º, ambos da Constituição de 1988.

Por outro lado, não obstante estarem essas contribuições sociais, em regra, adstritas à anterioridade de noventa dias, para serem exigidas, contados da data de publicação da lei que as houver instituído ou modificado (art. 195, § 6.º, da CF), a Carta Magna abriu uma exceção quanto à contribuição do FINSOCIAL, ao manter, no art. 56 do ADCT, sem solução de continuidade, sua arrecadação, até que lei viesse dispor sobre o art. 195, I, das disposições permanentes, que trata dessa e outras contribuições sociais.

Assim, quando a Lei n.º 7.689/88 foi publicada, a malsinada contribuição já vinha sendo exigida sem interrupção, tendo sua imposição preservada, expressamente, pela Constituição Federal.

Nesse caso, para que se atendesse à anterioridade prevista no § 6.º do art. 195 da Carta Política, ter-se-ia de violar a norma excepcional do art. 56 do ADCT, a qual prescreve sua cobrança imediata, sem qualquer ressalva que fizesse supor uma eventual obrigação de suspender sua arrecadação.

Por isso, no que respeita a contribuição do FINSOCIAL, não se pode dizer inconstitucional o art. 8.º da Lei n.º 7.689/88, que prevê a incidência de contribuições sociais sobre o fato gerador exaurido antes de decorridos noventa dias da publicação da lei que as instituiu, uma vez que, neste particular, não contraria o Estatuto Fundamental.

Repise-se que a Lei n.º 7.689/88 apenas ratificou a natureza da legislação do FINSOCIAL; o preceito do art. 56 do ADCT, prevendo lei que deveria dispor, completamente, sobre o FINSOCIAL, somente foi satisfeito com a edição da Lei Complementar n.º 70, de 30-12-91.

Assim, até o surgimento da Lei supracitada, *ex vi* do art. 56 do ADCT, a cobrança do FINSOCIAL não deveria sofrer qualquer interrupção, sendo, pois, excepcionado, somente em relação a esta contribuição, o prazo do art. 195, § 6.º, da Superlei.

Reitere-se que a Constituição Federal não exigiu que deveria ser de hierarquia de lei complementar a lei que iria dispor, cabalmente, sobre o FINSOCIAL.

A propósito, sabe-se que lei ordinária não pode invadir o campo delimitado pela própria Constituição de lei complementar. No entanto, a recíproca não é verdadeira.

Mesmo que a Carta Magna não tenha previsto, expressamente, lei complementar para disciplinar determinada matéria, os Congressistas não estão proibidos a editar leis, formalmente, complementares.

Encime-se, no que tange a suposição de que as contribuições sociais instituídas para a seguridade social, através de diferentes diplomas legais, teriam ferido o princípio da capacidade contributiva, que foi o próprio Estatuto Fundamental que definiu, não só a composição da seguridade social (art. 194), como as respectivas fontes de recursos, entre as quais, consignou, textualmente, as contribuições sociais, a serem cobertas pelos empregadores, trabalhadores e receita de concursos de prognósticos, tudo nos termos da lei (art. 195, I, II e III).

Buscando a concretização dos objetivos propostos para a realização da seguridade social, o legislador ordinário, por exemplo, editou a Lei n.º 7.689/88, que veio disciplinar uma parcela do respectivo custeio, deixando as demais à regulamentação por outros diplomas legais, não trazendo, por isso, o vício da inconstitucionalidade, como não poderia trazê-lo pelo fato de ter abrangido, ao mesmo tempo, contribuição sobre o lucro, o faturamento e a folha de salário das empresas, pois foi assim que determinou a Constituição Federal.

Ademais, como já comentamos, os princípios atinentes aos tributos não regem as contribuições de seguridade social, que devem respeitar seus próprios princípios.

Por fim, mencione-se que o art. 28 da Lei n.º 7.738, de 9-3-89, estabeleceu que as empresas públicas e privadas, que realizem exclusivamente venda de serviços, calcularão a contribuição para o FINSOCIAL à alíquota de meio por cento sobre a receita bruta, tendo fixado, com o fito de geração de efeitos jurídicos, o prazo de noventa dias a partir de sua publicação.

A Lei n.º 7.787, de 30-6-89, em seu art. 7.º, fixou a alíquota da contribuição de que trata o Decreto-Lei n.º 1.940/82, art. 1.º, § 1.º, e a Lei n.º 7.738/89, art. 28, em um por cento, tendo seu art. 21 determinado quanto à alteração de alíquota, que referida Lei entraria em vigor a partir de 1.º-9-89.

Posteriormente, a Lei n.º 7.894, de 24-11-89, alterou as alíquotas do FINSOCIAL e do PIS/PASEP, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1.º de janeiro de 1990, e a Lei n.º 8.147, de 28-12-90, dispôs, novamente, sobre alíquotas do FINSOCIAL.

A Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, que instituiu contribuição para financiamento da seguridade social, no percentual de 2%, incidente sobre o faturamento mensal, dispôs, em seu art. 13, que aquele diploma produzirá efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores à sua publicação, ou seja, 1.º-4-92, mantidos, até essa data, o Decreto-Lei n.º 1.940, de 25-5-82, e alterações posteriores. Finalmente, a Lei n.º 8.398, de 7-1-92, dispõe sobre a base de cálculo das contribuições devidas ao FINSOCIAL e ao PIS/PASEP, e dá outras providências.

Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira

PALHARES MOREIRA REIS'

Professor de Direito Constitucional (aposentado) e de Ciência Política. Vice-Presidente do Conselho de Curadores da Universidade Federal de Pernambuco. Assessor do Ministro da Educação. Membro Fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Advogado

SUMÁRIO

1. Democracia representativa e partido político.
2. A realidade sociológica.
3. Regime democrático e correntes de opinião.
4. Diálogo entre Governo e Oposição.
5. Partido político e grupos de pressão.
6. Definição e natureza dos partidos políticos.
7. O partido político, a lei e a Constituição.
8. A Constituição brasileira e o partido político.
9. A legislação brasileira recente sobre os partidos.
10. Os sistemas de partidos.
11. O partido único.
12. Os períodos sem partido no Brasil.
13. O confronto bipolar e o bipartidarismo.
14. O bipartidarismo na Grã-Bretanha.
15. O bipartidarismo nos Estados Unidos.
16. Bipartidarismo e alianças.
17. Bipartidarismo no Império Brasileiro.
18. Bipartidarismo e Partido Dominante.
19. O pluripartidarismo e a fraqueza parlamentar.
20. As alianças partidárias.
21. O pluripartidarismo no Brasil.
22. O quadro partidário na Constituinte.
23. Os partidos e sua representação atual no Congresso Nacional.
24. Com efeito de conclusão.

1. Democracia representativa e partido político

Tema que continua objeto permanente de estudo por todos os especialistas da Ciência Política moderna, o partido político entra na ordem do dia da política nacional, neste momento em que o País inteiro se preocupa com a vigência e eficácia da nova Carta Constitucional e suas conseqüências no quadro partidário e no seu ordenamento jurídico.

O Sistema de Partido — a presença de um, dois ou mais partidos, ou mesmo de nenhum deles — é de especial relevância para o funciona-

mento do respectivo regime político. O próprio partido político é considerado como elemento de base para a existência de uma democracia, por se tratar de uma associação que aglutina as forças políticas, tal amálgama sendo indispensável para a realização do jogo democrático, que ocorre de modo continuado.

A Democracia Representativa é o regime de governo em que o processo de opinião pública é fundamental. Nele, o partido político é o canal mais importante para a difusão e ajustamento das parcelas mais próximas da opinião política, aglutinando-as pelo denominador comum dos seus principais elementos. É, também, o veículo que permite uma ação política, tão homogênea quanto possível, junto aos eleitores e aos eleitos, *para transformar em decisões políticas as linhas mestras da opinião dominante.*

Hoje em dia, o partido político é presença quase que permanente nos diversos regimes políticos. Pela sua própria natureza, ou pela distorção de sua finalidade, ele aparece não só nas democracias como nas ditaduras de partido único, como se verá adiante. Dificilmente se encontra, no momento atual, regime sem que esteja presente o partido político.

Mas nem sempre foi assim.

Na época presente, *diferentemente do que ocorreu até o fim da I Guerra Mundial*, há uma preocupação muito grande na verificação e no controle da existência dos grupos partidários, e dos meios de participação destes na vida política nacional.

2. *A realidade sociológica*

Quem se der ao trabalho de consultar os livros sobre Política escritos até o fim do século XIX, e mesmo até o limiar do Conflito Mundial de 1914-1918, vai se surpreender pela carência de informações sobre grupos partidários. Isto não significa que estes não existiam, porém demonstra que sempre foram considerados à margem da lei e bem assim um tema descurado pelos especialistas.

É preciso fazer, de logo, uma diferenciação entre os grupos políticos existentes desde a antiga Grécia, e os partidos políticos, tal como os concebemos hoje em dia.

Na Antigüidade, a rigor, não havia partidos políticos. Quando muito, havia grupos de indivíduos *que lutavam pelos mesmos ideais, mas sem o sentido de organização permanente.*

Na Época Moderna, os partidos políticos tiveram suas origens na Inglaterra, a partir do século XVII, quando se reconheceu a legitimidade para a realização de uma oposição ao Governo. Antes disso, todos aqueles que se opunham à orientação política da Corôa eram considerados inimigos do Estado.

Assim, começaram a surgir, sociologicamente, na prática, no entanto desprovidos de reconhecimento jurídico formal, pelo menos dois grupos políticos de caráter permanente, com o objetivo de lutar pelo Poder e conquistá-lo ou sobre ele influir. Tal aconteceu não só na própria Inglaterra, como os *whigs* e os *tories*, assim como os Estados Unidos, os *democratas* e os *federalistas*, e na França, os *jacobinos* e os *girondinos*: o partido do Governo e o partido da Oposição. Este reconhecimento jurídico formal veio a partir do século XIX.

3. *Regime democrático e correntes de opinião*

O regime democrático caracteriza-se por ser baseado na diversidade e no jogo das opiniões políticas. O processo democrático resulta, substancialmente, do somatório das opiniões dominantes nos diversos grupos em que se divide a sociedade.

Deste modo, uma sociedade democrática poderá ter um elenco interminável de correntes de opinião política, relacionadas com os mais diversos temas submetidos à decisão dos órgãos do Poder. Estas correntes poderão ser extremadas (radicais) num sentido ou noutro, com diversos níveis intermediários de moderação.

Por outro lado, enquanto no processo político do século passado, a ideologia não tinha uma influência decisiva no conjunto de opiniões políticas, na época presente ela tem um peso especial e por demais ampliado, servindo inclusive de base para a formação de vários grupos de opinião política, como os clubes populares, ou associações com base no pensamento, por exemplo.

Estes grupos de opinião podem se situar, simplesmente, no campo da análise e da expectativa, ou irem mais além, buscando uma participação maior ou menor no Governo.

Em alguns casos poderão tentar interferir, apenas, no processo político, buscando resultados que lhes satisfaçam imediatamente. Noutros, poderão pretender chegar ao Poder e exercê-lo, a fim de transformar suas idéias em normas legais e em ações políticas.

Foi assim que aconteceu, por exemplo, na Inglaterra, com a Sociedade Fabiana, e no Brasil, com os Clubes políticos que existiam antes da Regência e no fim do II Reinado. Convém destacar o caso do Clube Republicano, que tanto se empenhou pela idéia da proclamação da República, mas que pouca participação teve quando de sua concretização.

4. *Diálogo entre Governo e Oposição*

Uma das principais características do regime democrático é a possibilidade do diálogo. Diálogo entre o Estado e os demais grupos sociais

que existem no seu interior; diálogo entre os governantes e os governados; diálogo entre Governo e Oposição; diálogo entre maioria e minoria.

A técnica do diálogo é das mais democráticas, pois sempre permite a realização de uma troca de pontos de vista; deste modo, é possível que a nossa visão sobre determinado assunto, que tínhamos como a mais acertada, ou a mais conveniente, possa ser modificada, no todo ou em parte, com a opinião externada por outro grupo interlocutor.

Pela continuação do diálogo encontramos o surgimento de duas hipóteses básicas: a primeira delas é a possibilidade de acordo; a outra, um eventual confronto de pontos de vista. Pode-se, também, chegar a uma solução conciliatória, a meio caminho entre os dois pontos anteriormente sustentados.

Finalmente, como ensina GEORGES VEDEL, a técnica do diálogo permite que se saiba, de antemão, quem vai dar a última palavra sempre que o diálogo não chegar, inteiramente, a bom termo. A maioria, mesmo respeitando a minoria, ou não, aceitando parcialmente a opinião dantes contrária à sua, é quem vai decidir, finalmente, a questão proposta. A decisão que caracteriza o Poder político democrático é tomada pela representação da maior parcela do grupo que detém essa prerrogativa.

Se esta maioria é permanente, ou, decorrente de acordo é transitória, pouca diferença faz, porque, de qualquer sorte, para a decisão sobre aquele ponto, aquela questão específica, a voz da maioria foi preponderante sobre o grupo que a ele se contrapunha, e que perdeu, por ser minoritário.

Claro está que, nem sempre, as coisas se passam ou se passaram deste modo, e a Democracia Representativa, como hoje a concebemos — regime político dos povos adultos, como a chamou DUVERGER —, teve seus momentos em que a oposição ao Governo era um procedimento considerado hostil ao próprio Estado, como já se disse. Todavia, com o decorrer dos tempos, começou na Inglaterra e em outros países da Europa e da América, a se reconhecer que a Oposição desempenhava um papel relevante na mecânica política, de fiscalização e controle das atividades governamentais, a ponto de se estabelecer, no regime britânico, que não havia uma oposição à Coroa. Hoje, frente ao Governo de Sua Majestade, senta-se a Oposição de Sua Majestade, e o líder da Oposição é peça tão importante quanto o líder do Governo, e os seus respectivos partidos e seguidores, na mecânica democrática ali efetivada.

5. Partido político e grupo de pressão.

A diferença de atitudes a que aludimos anteriormente, de interferir no Poder, ou buscar exercê-lo diretamente, distingue os grupos de interesse dos partidos políticos.

Considera-se que os grupos de interesse têm como missão primordial a defesa de determinadas situações, às vezes até já protegidas pela lei. Este grupo e este interesse podem não ser necessariamente políticos: poderão resultar de uma agregação de indivíduos que têm uma atitude comum perante determinada condição de vida, ou pretensões econômicas. Assim, essas pessoas se reúnem para analisar os seus pontos de vista e se apoiarem reciprocamente.

Mas, em situações agudas, estes grupos de interesse podem ter necessidades de ir mais longe, e buscar a preservação de tais pretensões, através da ação sobre os governantes, a fim de conseguir um procedimento legislativo, uma ação política ou um simples funcionamento administrativo, *que sejam capazes de assegurar a continuidade da situação pretendida*. Ou ao contrário, sejam aptos a alterar a situação presente e chegar ao objetivo demandado. Então, o grupo de interesse se torna grupo de pressão, pois passa a uma atividade de influência sobre o Governo. Atividade esta que pode ir de uma utilização hábil da propaganda, até o uso de meios mais fortes de condicionar atitudes dos governantes. Pelos meios legais ou, em alguns casos, apelando até mesmo para a ilegalidade, atingindo o suborno, a corrupção, a violência.

Deste modo, podemos considerar a existência de grupos de interesse em todos os setores da sociedade, ou, em outras palavras, relativos a quase todas as atividades sociais. Então, as Igrejas, os Diretórios Acadêmicos, os Sindicatos — patronais e operários —, as associações femininas, enfim, todas essas instituições organizadas e todas as demais entidades poderão ser consideradas como grupos de interesses. Na medida em que eles começam a agir sobre o Governo, com o objetivo de modificar a conduta política estabelecida, passam a ser considerados grupos de pressão.

Claro que o grupo de pressão tem sua atividade de influência, de *ação política, organizada*, em princípio, sem o sentido de permanência. Uma associação age como grupo de pressão na medida em que necessita impor uma determinada opinião, obter uma ação específica da parte do Governo. Entenda-se, sempre, Governo como o conjunto de órgãos legislativos, executivos e as repartições administrativas. O que, na verdade, não exclui, de todo, o conjunto de órgãos judicantes, sem dúvida mais imunes a certos tipos de pressão. Fora disso, as citadas associações continuam apenas desempenhando suas atividades regulares, que normalmente não têm caráter político.

A característica fundamental de um partido político, todavia, é ter uma atividade permanente e substancialmente política, isto é, voltada sempre para buscar atingir o Poder, para representar os interesses que o compuseram, e conseguir transformá-los em vetores de decisão política, tais como normas legislativas ou decisões político-administrativas. Ou, no mínimo, para influir nessa decisão.

Existem ocasiões em que os grupos de interesse se transformam, não em grupos de pressão, mas em partidos políticos. Ou simultânea ou sucessivamente, um grupo de interesse pode se desdobrar em grupo de pressão e em partido político. Na Europa, em diversos países, encontramos ainda hoje partidos que surgiram de grupos de interesses, tais como os Partidos Agrários, os Partidos Trabalhistas e os Partidos Democratas Cristãos.

No Brasil, se bem que existam ou tenham existido partidos com denominações semelhantes, isto não significa que a origem tenha sido a mesma. No entanto, vale frisar que, recentemente, do Sindicato dos Metalúrgicos da periferia de São Paulo, ao lado de um atuante trabalho como *grupo de pressão*, originou-se o *Partido dos Trabalhadores*.

6. *Definição e natureza dos partidos políticos*

Define-se um partido político como sendo uma associação de pessoas organizadas, tendo em vista participar, de modo permanente, do funcionamento das instituições e buscar acesso ao Poder, ou ao menos influenciar no seu exercício, para fazer prevalecer as idéias e os interesses de seus membros. Estas idéias e estes interesses, reputados como os mais convenientes para a comunidade, se pretende sejam convertidos em lei ou em linhas de ação política do Governo.

Um partido político tem, no regime democrático, três finalidades básicas. A primeira delas é a de servir de agente catalizador de uma determinada corrente de opinião. Normalmente, há um grupo enorme de pessoas, na comunidade, que pensa da mesma maneira sobre um certo número de assuntos. Todavia, como essas pessoas estão separadas, esse pensamento uniforme não pode se transformar em ação, especialmente em ação política, que é capaz de fazer com que a orientação desejada termine sendo adotada como lei, como norma obrigatória para todos.

Então, é preciso haver um grupo mais nítido de pessoas, habilitado a orientar a todos os que pensam da mesma maneira, a fim de reunir suas opiniões e buscar expressá-las em votos, suficientes para levar seus representantes às atividades governamentais. Claro que este grupo menor e mais atuante é o dos líderes e dirigentes do partido, e os outros são simples eleitores, ou simpatizantes. Por isso, FIELD considerou o grupo humano do partido político semelhante a um cometa, com um núcleo sólido à cabeça — os dirigentes — seguido de uma longa cauda gasosa — os eleitores.

A segunda atividade fundamental é selecionar e enquadrar os eleitos. A seleção inicial é feita quando são escolhidos os nomes dos candidatos aos postos eletivos, e que é procedida dentro do Partido, seja pelos seus membros de todos os matizes, seja apenas pelos seus líderes. Depois do resultado das eleições — em que os candidatos de um partido normalmente disputam os lugares com os candidatos de outro ou outros partidos —,

vê-se que os eleitos deverão estar orientados para seguir e fazer transformar em leis as linhas mestras do programa que representa a orientação do partido. A maneira como o partido exige o comportamento daquele que foi eleito, em termos de disciplina e obediência às diretrizes programáticas, vai definir o aspecto da fidelidade partidária.

A terceira tarefa ou função do partido é a de educar e informar o eleitor. O partido tem como uma das suas finalidades maiores a de preparar o eleitor para a vida política, a fim de que este esteja sempre suficientemente informado sobre os problemas nacionais, para poder votar conscientemente e, por outro lado, poder exigir dos seus representantes eleitos uma ação firme de acordo com a orientação do próprio partido, em princípio fixada no seu programa. Cabe ao partido mostrar ao eleitor o que é relevante e o que não é, o que é prioritário ou não, nas idéias e ações políticas.

7. *O partido político, a lei e a Constituição*

Como se disse antes, até o início do século XIX, a existência do partido era, se não contestada, pelo menos não reconhecida pelo próprio sistema político. Na verdade, somente desde quando se conferiu à Oposição o direito de participação efetiva e regular no processo político, é que se pode falar na existência de partido político. Assim, nada existia que permitisse ou, por outro lado, nada que impedisse a formação de um partido político pelas leis então vigentes.

No passo seguinte, os partidos políticos se organizaram como associações de direito comum. Não havia maior diferença entre eles e as demais associações de pessoas, a não ser a finalidade ou objetivo. Um partido político era uma associação de pessoas com o objetivo de participar do processo político, da mesma maneira que as demais organizações podiam se destinar aos negócios, a atividades recreativas ou desportivas, a funções religiosas ou caritativas, por exemplo.

Uma terceira fase foi a do surgimento de leis específicas sobre os partidos políticos, sua organização, o controle de suas finanças e o seu procedimento de propaganda. Então os partidos políticos passaram a ter existência legal, de natureza própria, supervisionada pelo Poder Público.

Na última fase de sua história do ponto de vista jurídico, os partidos passaram a ter sua existência consagrada nos textos constitucionais, muitos destes permitindo que essas agremiações fossem os efetivos canais de opinião pública e, em outros casos, indo mais longe, somente permitindo que houvesse apresentação de candidaturas partidárias, isto é, que apenas candidatos inscritos por partidos políticos pudessem concorrer a cargos eletivos.

Claro está que, em face desta nova orientação jurídica, somente podem ser considerados partidos políticos aquelas associações que buscam ascender ao Poder por meios legais. No entanto, existem outras agremiações, ou grupamentos de indivíduos, que lutam na clandestinidade pelos mesmos

objetivos, de chegar ao Poder e usá-lo. São partidos reais, porém não juridicamente organizados; ao contrário, situam-se fora do ordenamento. E por isso, estando na marginalidade, apelam até para a violência, para criminalidade ou para o terrorismo, a fim de atingir o seu objetivo.

8. *A Constituição Brasileira e o partido político*

No Império não houve partidos políticos, durante o reinado de Pedro I. Grupos com funções partidárias somente começaram a surgir na Regência e, mais tarde, se firmaram sob o reinado de Pedro II. A Carta Imperial não tratou do assunto relativo ao partido político.

Regras legislativas com referências a partidos políticos já existiam na República Velha, porém na norma constitucional, o partido político veio a ter uma primeira menção no texto de 1934, quando a Superlei estabeleceu uma proibição ao servidor público, de abuso de Poder em favor de partido político. Nem na parte relativa ao Poder Legislativo nem na competência da Justiça Eleitoral havia outras menções a partidos políticos.

A Carta de 1937 não referiu nem disciplinou o tema.

Já no texto de 1946, uma série de dispositivos considerava a existência dos partidos políticos, não só dando-lhes imunidade tributária, como estabelecendo a competência da Justiça Eleitoral para o seu registro e a sua cassação, bem como o controle das finanças, e ainda vedando o surgimento de partidos antidemocráticos, por exemplo.

Com a mudança do regime em 1964, os partidos políticos foram extintos pelo Ato Institucional n.º 2, de 1965. E pelo Ato Complementar n.º 4, logo a seguir, disciplinou-se a criação, pelos membros do Congresso Nacional, de organizações com atribuições de partidos políticos, enquanto *estes não se constituíssem*.

Em 1967 a nova Superlei igualmente mencionou os partidos políticos, seguindo muito de perto as regras de 1946, e chegando mesmo a dedicar a essas agremiações um capítulo da Carta de Direitos.

A alteração constitucional de 1969, formalmente Emenda Constitucional n.º 1, introduziu várias modificações no Ordenamento Maior, porém a presença dos partidos políticos continuou na regra constitucional. A abertura política se manifestou alterando o art. 152 da Carta Maior pela Emenda Constitucional n.º 11, a mesma que revogou os atos institucionais e complementares.

Ainda, a Emenda Constitucional n.º 25, já na "Nova República", em 1985, ao lado da instituição do voto do analfabeto, alterou substancialmente a regra sobre a criação dos partidos políticos, estabelecendo a plena liberdade para a sua instituição.

A Constituição de 1988, atualmente vigente, também contemplou o partido político com um artigo, o 17, num capítulo próprio, dentro do título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Pela norma ora em vigor, criação, alteração estrutural e dissolução de partido político é de inteira liberdade, exigindo-se apenas a obediência aos princípios fundamentais do sistema partidário inscritos na Superlei, que igualmente dá plena liberdade de organização e disciplina, apenas sob a supervisão da Justiça Eleitoral, no que concerne ao seu registro e ao uso dos dinheiros para suas atividades.

9. *A legislação brasileira recente sobre os partidos*

Depois da redemocratização de 1946, a legislação eleitoral brasileira contemplou o tema dos partidos políticos com um capítulo da Lei n.º 1.154, de 1950 — o Código Eleitoral —, que disciplinou a criação e o funcionamento de tais agremiações até o ano de 1965.

Nesta oportunidade, o Governo Castello Branco encaminhou ao Congresso Nacional, sob o regime estabelecido pelo ato institucional, o projeto de uma "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", que veio a ser aprovado como Lei n.º 4.740, de 15 de julho de 1965. Juntamente com o novo Código Eleitoral e com a nova Lei de Inelegibilidades, formava o travejamento legal para o sistema político brasileiro.

Com as modificações, já referidas, do sistema partidário, pelo AI-2 e pelo AC-4, a Lei Orgânica dos Partidos continuou disciplinando o processo de criação e de funcionamento partidários, mas se referindo, na prática, apenas às duas entidades criadas para formalizar o balanço Governo-Oposição consentida.

As alterações constitucionais de 1967, de 1969, dos atos institucionais e complementares e das emendas constitucionais que se seguiram, fizeram com que a LOPP fosse modificada mais de uma vez, e passasse a vigorar com o texto da Lei n.º 5.682, de 1971, e tarde, esta por sua vez modificada grandemente pela Lei n.º 6.767, de 1979, afora outros ajustes de menor porte, ainda hoje vigentes.

10. *Os sistemas de partidos*

As análises dos partidos políticos nos conduzem a diversos aspectos, alguns deles relacionados com a *estrutura interna dos partidos*, outros referentes ao *número de partidos* que participa do processo político, à amplitude do leque partidário.

No primeiro caso, temos que considerar a existência de partidos de clientela, partidos de elite e partidos de massa.

O *partido de clientela* é o grupamento de indivíduos em torno de um homem ou de uma família. Neste caso, a solidariedade é de cunho estrí-

tamente pessoal e não de ordem política. Por isso, os laços de parentesco e o compadrio são importantes para cimentar essa relação pessoal patrono-cliente, transformando-a numa relação política.

Nos *partidos de elite*, busca-se substancialmente a reunião dos líderes locais, das pessoas mais influentes da comunidade, do ponto de vista de um possível resultado eleitoral. Sabendo-se que cada um desses líderes políticos tem condições de trazer consigo todo um grupo de seguidores, não apenas a sua clientela, assegura-se destarte uma participação eleitoral ampla, ao lado do grupo restrito que reparte o poder interno do partido.

Já a *agremiação partidária de massa* se orienta no sentido de reunir o maior número de participantes que for possível, de modo a que todos possam ter meios de influenciar, em termos de decisão interna, com o mesmo peso com que participam de uma eleição.

Outro processo de classificação distingue os partidos de classe dos partidos de idéias.

O *partido de classe*, como a própria denominação explicita, tem o seu elemento aglutinante na classe social. Deste modo podem ser encontrados partidos burgueses e partidos operários. Esta colocação é antiga e já se encontrava no "Manifesto Comunista". No *partido de idéias*, pretende-se que haja uma solidariedade intelectual, para que a ideologia defendida, divulgada no seu programa, seja o elemento que une os participantes do grupo partidário. Nesta situação, espera-se, estejam todos os partidos políticos das democracias atuais, e assim a adesão a um deles resultaria da afinidade entre as convicções pessoais e as de uma família espiritual determinada, e este ideário estaria contido no programa do partido.

Igualmente, pode-se falar em *partidos rígidos* e *partidos flexíveis*, considerando-se aí o aspecto da disciplina partidária. No primeiro caso, o partido fixa a orientação a ser seguida pelos eleitos, e estes têm obrigação de lutar nas respectivas câmaras pelos princípios adotados e consagrados pelo partido. Se violam a orientação dos programas ou traçada pelos órgãos de direção do partido, podem ser punidos em diversos graus, culminando com a perda do mandato.

O partido flexível deixa ao eleito a plena liberdade de ação, esperando que ele se comporte de acordo com os ditames de sua consciência, em acordo com os interesses do grupo que o elegeu.

Cumprir registrar que, em princípio, esta matéria, de *fidelidade partidária*, é de cunho interno de cada partido, a ser disciplinada através de suas normas estatutárias e regimentais. No entanto, em alguns casos, como na Constituição Brasileira, a partir de 1967, o assunto foi erigido à norma constitucional, e assim ficou até a EC-25, de 1985.

Pelo art. 152, § 5.º da Carta então vigente, perderiam os mandatos os membros das Casas Legislativas que, por palavras e votos, estivessem contrários às decisões dos órgãos competentes do respectivo partido.

A nosso ver, este dispositivo refletia, ademais, uma enorme injustiça, pela desigualdade de tratamento, pois que estatutava punição para os parlamentares, mas não para os titulares dos postos executivos. Assim, em caso de infidelidade partidária, a regra maior não se referia ao Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais, bem como aos seus vices, que apenas poderiam ser punidos se houvesse regra estatutária expressa, e não pela proibição contida no Texto Basilar. Ou seja, sem a possibilidade de chegar à perda do mandato, obtido pela via eleitoral, direta ou indireta.

No que concerne, finalmente, ao regime político, este vai depender, em larga margem, da existência de um maior ou menor número de partidos em funcionamento. Assim, podemos encontrar três sistemas de partidos do ponto de vista numérico:

a) o *sistema de partido único*, quando o Poder só permite a existência de um partido, estando previamente excluída toda possibilidade de uma oposição organizada. Não é uma técnica democrática, como se verá adiante;

b) o *sistema bipartidário*: na verdade, o sistema bipartidário não deve ser confundido com um processo no qual existam exclusivamente dois partidos. O que caracteriza o sistema bipartidário é a possibilidade de haver alternância de dois grandes partidos no Poder, se bem que possa existir um número de partidos menores, incapazes de, a curto prazo, modificar o jogo político entre as duas grandes agremiações;

c) o *sistema pluripartidário* é aquele que permite a existência de mais de dois partidos aptos a participar das decisões e do jogo político. Não há limite numérico para este processo de crescimento do quadro partidário. Mais de dois, sejam três, quatro, dez, dezesseis ou mais partidos, capazes de participar efetivamente do processo de Poder, quando isto ocorre nos encontramos perante um sistema chamado de pluripartidarismo.

Tudo isso sem falar naqueles regimes autocráticos em que a presença do partido político é proibida, e quando ele funciona apenas na clandestinidade. Igualmente, existem ainda soluções intermediárias, como se verá adiante.

11. O partido único

A própria denominação do sistema é uma contradição. Se partido vem de "parte", e quer significar a abrangência de uma parcela da opinião pública, não se poderia, a rigor, falar em partido único, pois deste modo somente uma parcela de opinião teria vez no processo político em detrimento dos demais grupos.

Na verdade, o partido único é muito comum em processos ditatoriais. A sua missão é diferente da dos partidos em regime multipartidário, isto é, nos regimes democráticos. Efetivamente, trata-se de um grupo de indivíduos selecionados que promovem a cooptação para se revezarem no Poder.

Por isso mesmo, em todos os regimes de partido único, diferentemente dos processos democráticos, é difícil ingressar no partido, honra reservada a muito poucos, e somente os membros do partido têm possibilidade de progresso e destaque na vida política do país. Em consequência, desfrutam de prestígio, influência e decisão nas atividades sociais e econômicas do Estado ou dele dependentes, e bem assim das vantagens daí decorrentes.

Existem, no entanto, diversos tipos de partidos únicos, que têm orientações internas diferentes entre si. Deste modo, podemos registrar os partidos do tipo comunista, os partidos fascistas e os partidos dos povos subdesenvolvidos, que estão emergindo do sistema colonial.

Devemos considerar que o partido único tem significação política diferente, nos diversos regimes políticos, bem como a sua estrutura e os métodos de funcionamento. Assim, os *partidos comunistas* se organizam tomando como base a "célula", agrupando os participantes não em função do seu domicílio, mas em razão do respectivo local de trabalho — daí as células nas fábricas, nas lojas, nas escolas, etc. Estas células que, nominalmente, são a base do sistema de decisão, na verdade servem como receptores de ordens que vêm de cima. As determinações nunca "sobem"; ao contrário, são tomadas no Comitê Central e vêm de lá até à base da pirâmide, quando se transformam em ação, pelos membros das células.

Os *partidos únicos do tipo fascista* — e neste caso estão os exemplos históricos do Partido Fascista de Mussolini e do nazista (nacional-socialista) de Hitler, dos tempos da II Guerra Mundial — têm uma característica especial, que é a estrutura paramilitar da organização. Eles, que não se agrupam em seções ou células, dispõem de milícias ou grupos semelhantes. Existem pequenos efetivos que ficam na reserva, preparados para uma ação política mais pronta, envolvendo inclusive o ataque físico aos grupos opositores, com mortes e depredações, antes de tomar o Poder, e a todos os suspeitos de oposição, quando já senhores da situação. Às vezes registram-se igualmente desvirtuamentos no sistema, e inimigos pessoais do momento são rotulados como adversários do regime, para serem submetidos às perseguições. As Tropas de Assalto dos nazistas tinham efetivo, armamento e organização, bastante significativos depois de sua ascensão ao poder, em 1933, e até o seu fim, na rendição de 1945, com alguns momentos históricos específicos que não cabem na dimensão deste texto.

Finalmente, os *partidos únicos dos povos recentemente descolonizados*. Quase sempre são associações de indivíduos em torno do seu chefe, líder

que se destaca da massa e busca governar sozinho. Quase sempre esse líder é um militante das lutas pela independência. Neste caso, o partido serve de muralha protetora ao chefe e ao sistema, criando, como nas demais situações, uma força paralela aos mecanismos de controle político do próprio Estado. E, como tal, com forte poder de repressão sobre os adversários, chegando até à eliminação de muitos destes para assegurar a permanência do grupo dominante no poder.

Em determinadas autocracias não acontece, ao menos, existir formalmente o partido único, não funcionando *nenhuma forma de partido político regular*. No entanto, podemos reconhecer o grupo oligárquico que fornece a base política ao ditador, como um "partido do chefe", cujos membros, altamente selecionados, são separados da população e desfrutam das vantagens que esta posição clientelista lhes oferece.

As lutas sucessórias quando da vacância do posto mais alto do mando político, ocorrem entre grupos menores no interior do partido único, ou do círculo interior do Poder, referido no último caso.

12. *Os períodos sem-partido no Brasil*

Nos primórdios do Império não havia partidos políticos no Brasil. Nem nada parecido. Apenas facções reunidas em termos de clientela dos grandes das províncias e que se refletiam na Corte. Neste sentido, registra-se a preeminência dos irmãos Andrada, de São Paulo, José Bonifácio, Antônio Carlos e Martim Francisco, todos de presença ilustre e de atividade profícua e incômoda para o Imperador Pedro I.

Ao bipartidarismo imperial sucedeu o pluripartidarismo republicano da República Velha, que se extinguiu em 1930.

Depois do efêmero tempo político de 1933 a 1937, com a Constituinte, a Constituição de 1934, a revolta comunista de 1935 e a supressão das liberdades no mesmo ano, houve o hiato partidário do Estado Novo, de 1937 a 1945.

No Brasil nunca houve o momento histórico do partido único.

13. *O confronto bipolar e o bipartidarismo*

Foi na Inglaterra, depois da Guerra Civil (1649), que surgiram, ainda embrionariamente, dois partidos políticos: de um lado, os *tories*, futuros Conservadores, descendentes do grupo realista, de um anglicanismo radical, e lutando ainda pelo direito divino dos reis; do outro lado, os *whigs* que mais tarde seriam os Liberais, partidários da tolerância religiosa e baseados na Teoria do Pacto Social.

O mesmo fenômeno vai ocorrer na França, quando os *Jacobinos* se opõem aos *Girondinos*, na época do Governo de Assembléia, da Revolução Francesa, pelos idos de 1790.

Desta maneira, começam a surgir dois grupos, um apoiando o Governo, o outro militando na Oposição, como já se referiu. Cumpre alertar, porém, que o mecanismo do bipartidarismo não deve ser analisado com esta simplicidade, pois, a rigor, não pode haver confusão entre bipartidarismo e regime de dois partidos capaz de conduzir à mecânica do partido dominante, como se verá logo mais, detalhadamente. É indispensável reconhecer que, ao lado dos dois grandes partidos que se alternam no poder, milita um grupo de agremiações menores, com a função não menos relevante de externar as opiniões das correntes minoritárias de pensamento, mas sem força eleitoral suficiente para ascender ao poder.

Existem dois tipos básicos de bipartidarismo: o bipartidarismo rígido e o bipartidarismo flexível.

O que caracteriza o bipartidarismo rígido é a forte coesão interna das duas maiores formações políticas e o papel destacado que elas exercem em todos os aspectos da vida pública.

Já no bipartidarismo flexível, as agremiações são menos estruturadas e sua atividade política não chega a ter uma forte repercussão na vida política nacional.

Enquanto o exemplo maior do primeiro caso é o mecanismo partidário inglês, ao segundo tipo teórico corresponde a prática política norte-americana.

14. O bipartidarismo na Grã-Bretanha

Começado pela oposição existente entre os *whigs* e os *tories*, em seguida às lutas religiosas, este confronto vai se estender até o início do século XIX.

As modificações no sistema de sufrágio fazem com que os antigos grupos se reorganizem, de forma a melhor atender à realidade política nova, determinando o surgimento de dois partidos nos moldes modernos: os *whigs* deram o Partido Liberal, cuja maior liderança foi exercida por Gladstone, enquanto os *tories* se transformaram nos Conservadores, sob o comando de Disraeli. A grande característica do bipartidarismo sempre foi assegurada nessa época, com a alternância dos dois partidos no exercício do poder, com períodos desiguais de permanência.

Em 1916, no entanto, o Congresso Sindical deu origem ao Partido Trabalhista, que começou a crescer eleitoralmente, a ponto de desestabilizar o sistema bipartidário, com o surgimento de um terceiro partido forte. Todavia, enquanto a dimensão eleitoral dos trabalhistas e sua conseqüente força parlamentar iam crescendo, as dos Liberais iam diminuindo, até que, a partir de 1924, o jogo passou a ser disputado entre os Conservadores e os Trabalhistas, como ocorre até hoje.

Ambos os partidos atuais, no entanto, têm uma estrutura interna organizada a ponto de se permitirem lutar pelo Poder. Ambos têm uma organiza-

ção fortemente centralizada e hierarquizada. O líder de cada partido tem uma preeminência muito grande, se bem que haja, neste ponto, uma diferença nítida entre estas figuras.

Com efeito, o líder dos Conservadores resulta de uma escolha entre os parlamentares do partido; ele escolhe sozinho os membros do Governo (e bem assim o "Gabinete na Sombra", isto é, o grupo de parlamentares que é organizado quando o partido está na oposição, para "marcar" os membros do Gabinete e os demais Ministros) e é o único responsável pela formulação da linha política do partido. Já no Partido Trabalhista, a linha política é traçada na Conferência anual, mas o grupo parlamentar é quem designa o "Gabinete Fantasma", e escolhe o seu líder. O líder dos Trabalhistas, entretanto, tem o direito de escolher os membros do Gabinete, quando o partido chega ao Governo.

Ao lado da presença dos demais partidos — pequenos — no Parlamento, a regra inglesa ainda permite o surgimento de candidaturas avulsas, sem base partidária e, em consequência, membros do Parlamento independentes.

15. *O bipartidarismo nos Estados Unidos*

O bipartidarismo começou nos Estados Unidos no momento da Independência. A elaboração da Constituição americana fez surgir duas tendências básicas, a dos *federalistas*, e a dos *antifederalistas*. Enquanto os primeiros lutavam por uma concentração maior de Poder nas mãos do Governo Federal, sob a liderança de Madison e de Hamilton, os antifederalistas pugnavam por uma autonomia maior dos Estados, sob a direção de Jefferson. A preeminência coube ao primeiro grupo.

Dessa divisão inicial pode se considerar a origem dos dois maiores partidos atuais, os federalistas desaguando no Partido Republicano e os antifederalistas no Partido Democrata. Os Democratas surgiram primeiro e logo chegaram ao Poder, enquanto os Republicanos só se organizaram muitos anos depois, e somente chegaram à Presidência com Abraham Lincoln.

A despeito da existência de um número enorme de agremiações menores, nenhuma delas teve até hoje condições de substituir um dos dois grandes partidos na cena política. Assim, a alternância entre estes sempre existiu e ainda hoje continua. Os períodos de permanência no Poder, de um e de outro, são desiguais, com maior freqüência para os Democratas. Estes, inclusive, chegaram a quebrar uma regra, então não-escrita, do processo eleitoral dos Estados Unidos, que impedia uma segunda reeleição, a partir do momento em que George Washington deixou de se candidatar pela terceira vez. Depois da recessão de 1929, porém, Franklin D. Roosevelt passou no Governo quatro períodos consecutivos, morrendo como Presidente durante a II Guerra Mundial.

A grande diferença entre os mecanismos partidários americano e inglês é que, nos Estados Unidos os partidos têm um componente local muito forte,

o que mostra uma organização verdadeiramente descentralizada com a liderança na base, exercida pelo "Boss" (patrão, chefe). A situação permite que se admita quase a existência de um sistema unipartidário em muitos Estados, com a preeminência de uma das associações partidárias em quase todos os pleitos. A estrutura piramidal dos partidos, no entanto, assegura a coesão necessária na época das eleições nacionais, quando as candidaturas são escolhidas em Convenção.

16. *Bipartidarismo e alianças*

Há um bipartidarismo aparente, ao lado do bipartidarismo real, que resulta das grandes alianças partidárias.

Em determinadas ocasiões, o sistema multipartidário de certos países se transforma num bipartidarismo circunstancial, quando os diversos partidos são obrigados a estabelecer alianças de certo modo duradouras, a fim de conseguir permanecer no Poder.

Deste modo, no Brasil, tivemos uma aliança entre o Partido Social Democrático e o Partido Trabalhista Brasileiro (PSD-PTB), que serviu de sustentáculo a vários governos. A nível de eleições estaduais, a quantidade de alianças que se faziam para a escolha dos ocupantes de cargos majoritários — Governador e Senador (e em menor número para Deputados), mostra que a vitória em termos de partido se estava tornando cada vez mais difícil, no período de 1946 a 1965, até quando o pluripartidarismo foi extinto pelo Ato Institucional n.º 2.

O mesmo fenômeno se repetiu depois, com o retorno do pluripartidarismo, chegando mesmo a existir casos em que determinado partido não lançava as candidaturas de seus membros na sua legenda, mas pela de um outro partido, numa aliança informal, verdadeiramente uma absorção circunstancial.

Mais adiante, ao tratarmos do pluripartidarismo, mostraremos que, na República Federal da Alemanha, há uma aliança duradoura entre os partidos Cristãos-Democratas, que vem desde a criação daquele Estado em 1948. Esta aliança faz com que todos estes partidos funcionem parlamentarmente como um só, enfrentando o grupo adversário numa mecânica política bipartidária. E se tal aliança se desfizer, dificilmente um dos partidos terá condições de se manter, sozinho, no Poder. Somente outra aliança poderá permitir a maioria capaz de assegurar a preeminência e o exercício do Poder.

17. *Bipartidarismo no Império Brasileiro*

A liderança política na época imperial era decorrente das antigas linhagens da Colônia, quando indivíduos de prestígio pessoal enorme dirigiam avultada clientela, assegurando sua proteção pessoal, social e econômica a todos aqueles que deles dependiam.

Nas comunidades de base (os municípios) as famílias, com os parentes e aderentes, se situavam num contexto político local, os clãs rivais se posicionando em termos de Governo e Oposição na comunidade. Não se cogitava de doutrina, mas de relação direta de mando-obediência, em cada um dos lados. Não se deve esquecer que a eleição municipal sempre existiu no Brasil, desde os primórdios da colonização.

E como estes chefes locais se filiavam a grupos maiores de cunho nacional, dos quais surgiriam mais tarde os partidos políticos imperiais, o Liberal e o Conservador, a luta nas bases correspondia, aproximadamente, ao fenômeno político nacional.

Assim, tínhamos um bipartidarismo nacional, com reflexo nas comunidades locais e vice-versa. As mudanças procedidas na Corte, pelo lápis vermelho do Imperador, fazendo ocorrer a alternância artificial dos partidos no Poder, se refletia nas bases, substituindo nos diversos Municípios do País, os Liberais pelos Conservadores, e assim sucessivamente. A mutação política vinha de cima para baixo, e não em sentido contrário.

Tais partidos eram apenas reuniões de pessoas de prole, que participavam direta ou indiretamente do Poder, sem uma estrutura ou máquina partidária, falha que persiste até hoje em quase todas as agremiações.

O nosso bipartidarismo imperial difere, neste ponto, do sistema que, naquele momento, existia na Inglaterra e aqui se buscava copiar. Nas Ilhas Britânicas, a conduta dos partidos refletia as aspirações da base, mas no Império Brasileiro se dava o oposto. A mecânica artificial de substituição dos partidos no Poder Executivo Imperial, determinada pelo exercício do Poder Moderador, forçava o funcionamento do mecanismo partidário. Como disse Nabuco, mudando o Gabinete, o novo grupo no Poder fazia com que a sua orientação fosse seguida em todo o País pelos dirigentes provinciais, que eram nomeados. E isto assegurava a vitória do partido, já no Governo, através das urnas provinciais e municipais, consolidando sua posição.

18. *Bipartidarismo e partido dominante*

Com o Ato Institucional n.º 2, de 1965, foram extintos os partidos políticos então em funcionamento no Brasil. Pelo Ato Complementar n.º 4, do mesmo ano, foram criadas organizações com funções de partidos políticos, surgindo, mais uma vez, de cima para baixo, isto é, das bancadas parlamentares. Se bem que, naquela época, o número de parlamentares permitisse a criação de, pelo menos, três agremiações, tivemos o aparecimento de apenas duas, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), que apoiava o Governo, e a que congregava toda a oposição formal, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Esta, então com um número de adeptos que apenas dava para cumprir o *quorum* mínimo para a formalidade de registro. A ARENA era o partido do Governo, agremiação que apoiava e endossava as decisões do

Governo Militar, e não o partido no Governo, pois nele não influía. O MDB, o desaguadouro de todas as correntes oposicionistas, populares e progressistas.

Deste modo, com a existência exclusiva de duas agremiações partidárias, os clãs locais se uniam pelo denominador comum, de apoiar, ou não, o Governo. Como esta posição era cômoda, a nível nacional, mas difícil de conciliar a nível local, foram criadas as chamadas *sublegendas*, grupos menores que tiveram permissão para disputar as eleições locais com candidatos próprios, somando os resultados a fim de impedir a desagregação partidária, especialmente do partido governista.

A sublegenda era, a rigor, um pequeno partido, enquanto as grandes legendas formais sempre agiram como "frentes" (amplas coligações) resultantes, em muitos casos, de alianças entre grupos clientelísticos locais.

Tão certo deu o mecanismo, assegurando a estabilidade da ARENA no Poder, que *mais tarde, foi estendido igualmente ao pleito direto para o Senado Federal, na mesma reforma constitucional que fez surgir a eleição senatorial indireta simultânea — o "Biônico"*.

A possibilidade de somar esforços e contabilizar os votos dados a todas as sublegendas num só partido, acarretou o surgimento do fenômeno a que Duverger chamou de "partido dominante". O sistema de *Partido Dominante* é aquele em que uma das agremiações é muito maior do que a outra, ou o conjunto de todas as outras. A sua maioria no Parlamento — e mesmo nas assembleias locais — é sólida e o processo eleitoral é feito de modo a que esta confortável maioria não lhe possa escapar a curto prazo. No Governo, o partido dominante opera com a liberdade de um partido único, pois a Oposição não tem a menor oportunidade de granjear uma só vitória. Todavia, a despeito da certeza das derrotas parlamentares, a Oposição exerce uma atividade de fiscalização e crítica permanente, o que assegura o diálogo entre a maioria e a minoria, no que difere do sistema de um só partido, quando a posição governamental resulta num monólogo.

Assim ocorreu em nosso País, de 1965 até o início dos anos 70, com a ARENA garantida pelas sucessivas eleições, quase sempre decorrentes de alterações nas regras do jogo, a fim de ficar segura a vitória nas urnas.

De 1974 para cá, no entanto, as condições sócio-econômicas adversas fizeram com que o partido oposicionista começasse a crescer eleitoralmente e, em consequência, ampliasse de modo nítido a sua presença no Congresso Nacional, passando a ter, ademais, a maioria em diversas Assembleias Legislativas estaduais e em Câmaras municipais de Capitais e cidades importantes.

O Governo, sentindo que o fenômeno se repetiria na eleição seguinte, a se travar em 1978, fez novas modificações no sistema eleitoral, de modo a assegurar por mais algum tempo a vitória do seu partido. A eleição indireta de um terço do Senado, as eleições também indiretas para Presidente e para

Governadores, antecedentes ao pleito direto para Deputados e para a outra vaga senatorial, serviram para que a ARENA, na prática tivesse maior número de vitórias eleitorais, mesmo com a maioria de votos sendo dada ao MDB.

No início de 1979, contudo, começou o processo de abertura política, com a revogação dos Atos Institucionais e Complementares e das leis de exceção, e a concessão da anistia.

Este fato fez com que voltassem ao País os líderes políticos do período anterior a 1964, que se encontravam exilados, e buscassem participar do processo de abertura. Quinze anos depois, estavam novamente em campanha, e então o Governo propôs a extinção dos partidos políticos existentes e a aprovação de uma lei que facilitasse o surgimento de um maior número de partidos. Assim, ao lado do partido do Governo (que pretendia ficar sozinho no poder, sem repartir o bolo) a Oposição poderia ser canalizada através de, pelo menos, três grupos políticos, como se verá adiante.

19. *O pluripartidarismo e a fraqueza parlamentar*

O grande problema do pluripartidarismo, do ponto de vista político, é o da dispersão de votos que resulta da existência de um número muito grande de grupos políticos. Toda vez que o processo eleitoral permite o surgimento de muitas legendas e agremiações, isto acarreta, necessariamente, a dispersão de votos que estariam concentrados se houvesse um número menor de partidos disputando os lugares junto ao eleitorado.

Esta afirmação, um tanto óbvia, é importante para o entendimento do mecanismo pluripartidário e do preço político que se tem de pagar pela sua existência.

É cada vez mais democrático o procedimento que amplia o número de possibilidades de participação do indivíduo comum no processo político. Um número pequeno de partidos obriga o eleitor comum a decidir num reduzido leque de opções e, às vezes, ele gostaria de ficar numa situação intermediária entre as hipóteses que lhe são oferecidas: nem apoiar intransigentemente o Governo em todos os seus atos, nem, por outro lado, fazer-lhe oposição sistemática. Um terceiro, ou quarto, ou quinto caminho, entre estes dois extremos, permitiria ao eleitor apoiar com menor radicalização um dos dois lados na luta político-parlamentar. Estes caminhos alternativos existem com viabilidade eleitoral, para fazer os eleitos participarem do mecanismo parlamentar.

O processo eleitoral conhecido como de *Representação Proporcional*, vai assegurar que cada partido tenha um número de lugares nas diversas câmaras legislativas, correspondente ao número de votos que obtenha em cada eleição. Isto permite que associações partidárias com pequena votação possam, ainda assim, participar com um grupo pequeno de Deputados na respectiva câmara. Até mesmo a representação por um só eleito estaria

garantida, o que não ocorreria com outro processo eleitoral, como o sistema majoritário. Não se confunda com o sistema distrital, em que, como cada distrito *elege majoritariamente, um ou mais representantes*, este participa no sistema bipartidário, com seu peso político.

Então, o leque de partidos que pode surgir, disputar uma eleição e ver eleitos um ou mais de um dos seus candidatos, é enorme, e poderá representar uma variedade imensa de correntes de opiniões políticas.

Acontece, em conseqüência, que muitos destes grupos, pequenos por sua natureza, não poderão obter força parlamentar suficiente para, dentro das casas legislativas, fazer valer sua posição política.

20. *As alianças partidárias*

Quando os partidos políticos são em grande número, e não dispõem, nenhum deles sozinho, de força parlamentar para controlar o Poder, a única solução para conseguir influenciar no processo legislativo e na ação política será a aliança entre os partidos.

As coligações partidárias poderão ser de caráter circunstancial ou de *cunho mais permanente*. Exemplos concretos, de prática política de outros países, poderão ser apontados aqui, para que se sinta a real grandeza do valor das alianças partidárias.

Durante o período que medeou entre 1946 e 1958, na França vigorou a Constituição de 1946, chamada de IV República. Por esta norma constitucional tinha-se um regime proporcional e pluripartidário, com a presença de mais de uma dúzia de partidos políticos, sendo que, destes, alguns eram bastante grandes, como o Partido Socialista, o Radical-Socialista e o Comunista, e todos os que se reuniam sob a liderança do General De Gaulle. Nenhum, no entanto, era suficientemente forte para dispor da confortável maioria absoluta para governar a França sozinho. Daí a necessidade de estabelecimento de acordos interpartidários para poder atingir o Governo e nele se manter.

Como estes acordos eram circunstanciais, porque não havia unidade entre os programas e as linhas de ação dos diversos partidos envolvidos, também não havia, em conseqüência, a estabilidade política necessária para garantir a continuidade do Governo. Como o regime político adotado era o Parlamentarismo, o resultado foi uma série de derrubadas do Gabinete, a ponto de ter havido, em 12 anos, nada menos de 18 formações governamentais, e somente uma delas durou mais de um ano, tendo ocorrido caso em que o sonho "só durou três dias".

Da mesma maneira, na Itália, o Partido Democrata Cristão pôde governar sozinho de 1946 a 1963. Daí para cá, os Governos têm resultado de coalisões que se caracterizam pela instabilidade. O Primeiro-Ministro é obri-

gado a montar alianças entre vários partidos, da quase vintena de organizações existentes.

Assim, num e noutro caso, as alianças eram pactuadas para durar pouco tempo e, logo em seguida, por questões às vezes até não relevantes, a coligação era rompida e o Governo caía.

Já na então Alemanha Ocidental, a República Federal da Alemanha, que era seu nome oficial, existiam mais de quinze partidos políticos, se bem que a luta principal fosse travada entre poucos grupos, um deles a aliança dos democratas-cristãos, a que se aludiu anteriormente.

Três grandes grupos — o Partido Social Democrata, o Partido Liberal e a Aliança CDU/CSU — ocupam a cena política. A coligação CDU/CSU (União Cristã Democrática e União Cristã Social, forte partido da Baviera) construíram uma coligação que, desde o início do Governo Adenauer dirigiu os destinos daquele país. Se bem que seja uma aliança de partidos, o grupo é tratado como se fosse um conjunto uniforme, um partido só, porque todos, participantes e analistas políticos, sabem que é neste fato que reside sua força política, assecuratória de sua permanência no Poder. Tanto assim que, no célebre escândalo de espionagem de Gunther Guillaume, o Chanceler Willy Brandt, numa demonstração de alto espírito partidário, preferiu renunciar ao posto de Chefe de Governo, a romper a aliança partidária, pois sabia-se que isto seria o momento terminal da permanência daquele grupo no Poder.

21. *O pluripartidarismo no Brasil*

Durante quase todo o Império, o Brasil viveu sob o signo do bipartidarismo, como já foi visto. Somente em alguns momentos do período imperial é que se tentou a existência de um terceiro partido, ou terceiro grupo político, mas sempre com vida de tal modo efêmera que não chegou a descaracterizar o quadro bipartidário.

A primeira oportunidade se deu, logo no fim do reinado de Pedro I, já depois de promulgada a Carta Imperial, quando surgiram os primeiros grupos políticos organizados: o dos exaltados, o dos moderados e o dos Caramurus, ou restauradores. Os primeiros se transformaram no Partido Liberal, os moderados desaguarão no Partido Conservador e os Caramurus logo desapareceram, deixando aos outros dois a gangorra do Poder.

Em 1862, uma nova tentativa é registrada, com o surgimento da Liga Progressista, oriunda de uma corrente liberal existente no Partido Conservador. Assim, ficaram três partidos, o Conservador, o Liberal Histórico e o Liberal Progressista, tendo estes se fundido em 1868, voltando a funcionar o bipartidarismo tradicional.

O movimento republicano não chegou a dar, efetivamente, um partido republicano nacional, se bem que tivesse existido uma agremiação com este

nome. Houve uma série de movimentos locais, desde o surgimento do Clube Republicano, autor do Manifesto Republicano de 1870, e a criação do Partido Republicano Paulista, na Convenção de Itu, de 1873. Outros clubes surgiram em diversas Províncias, mas o grupo republicano foi sempre eleitoralmente inexpressivo e ficou para trás nos acontecimentos de 15 de novembro de 1889. A República, como se sabe, não foi feita pelos republicanos, mas pelos militares.

Na República Velha, não se pode falar na existência de partidos, porque não chegaram a existir partidos políticos nacionais. Muitos grupos políticos participaram do processo, mas sempre com a situação de grupos estaduais, com os eleitores reunidos em torno de alguns chefes políticos locais. Estes escolhiam os candidatos e os elegiam no processo fraudulento que se conhece como eleição "a bico de pena" (fraude nas atas), ou eleição "de cacete" (garantindo através da violência que somente houvesse eleitores de um dos lados nas seções eleitorais) ou ainda através do "terceiro escrutínio", o mecanismo de reconhecimento a nível do Congresso, apenas daqueles que estavam participando ao lado do grupo dominante.

É desta época a "Política dos Governadores".

Os partidos eram estaduais, na sua maioria "Partidos Republicanos", o que na prática, dava um partido para cada Estado, sempre, no entanto, sem força nacional. O único movimento político partidário digno de registro naquele período foi a criação do Partido Comunista em 1922.

A Revolução de 1930 foi a vitória da Aliança Liberal, que não era um partido, mas uma frente das oposições estaduais ao Governo Federal. Neste momento, houve uma reabertura partidária, que deu a Constituição de 1934. Em 1932 admitia-se a existência de partidos "provisórios" (só para disputar a eleição), ao lado dos "permanentes", registrados como associações civis, tudo de acordo com a Lei Eleitoral nova. Tais partidos eram equiparados a associações de classe regularmente constituídas. Este modelo reflete a idéia corporativista então em voga, que iria desaguar na Constituição, ao admitir deputados eleitos por partidos ao lado daqueles que eram escolhidos indiretamente pelas associações profissionais.

Já em 1937 foi o contrário: na Ditadura de Vargas foram proibidos de funcionar todos os partidos políticos, inclusive a Ação Integralista Brasileira, de formação fascista, que surgiu com o crescimento dessa ideologia na Europa.

Foi a partir da redemocratização, em 1945, que começaram a surgir os partidos políticos de âmbito nacional. Era exigência legal, no sentido de "reunir em partidos nacionais os clãs locais". Antes da queda da ditadura começou a reorganização do quadro partidário. Primeiro, reuniram-se os liberais contrários ao regime, na União Democrática Nacional (UDN); em sua contraposição, o partido do Governo, Partido Social Democrático (PSD),

resultante dos esforços dos Interventores ungidos pelo Presidente e dos Prefeitos por esses nomeados. Junto a tais entidades, o partido criado pelo próprio Getúlio Vargas, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Disputaram, ainda, a eleição de 1945, o Partido Comunista do Brasil, então dispondo de autorização legal para funcionar (e que logo depois mudou de nome para Partido Comunista Brasileiro), e o Partido de Representação Popular, herdeiro da Ação Integralista.

O Partido Comunista foi fechado em seguida (1947). Mais adiante, cumprindo a exigência de ter uma filiação de dez mil eleitores em todo o País, para serem considerados, na forma da Lei "Partidos nacionais", chegou-se a ter três grandes partidos, o PSD, quase sempre aliado ao PTB, com a UDN na oposição. Além destes, gravitavam no cenário nacional outras agremiações menores, como o Partido Republicano (de base paulista), o Partido Libertador (de origem gaúcha), o Partido Democrata Cristão, o Partido Social Progressista, o Partido Socialista Brasileiro, o Partido de Representação Popular, o Partido Rural Trabalhista, o Partido Social Trabalhista, o Partido de Orientação Trabalhista e o Movimento Trabalhista Renovador. Muitos dos primeiros foram ressuscitados do período da República Velha. E a maior parte destes últimos, na verdade, era constituída de dissidências do PTB, resultante das lutas internas pelo Poder, sobretudo depois do suicídio de Getúlio em 1954. A este elenco, mais tarde, veio se juntar o Partido da Boa Vontade, oriundo da "Legião da Boa Vontade", uma atividade até então inteiramente apartidária.

Houve quase que um sistema de aliança permanente entre o PSD-PTB, que permitiu o exercício do Poder por esse grupo, de 1946 a 1961, quando perdeu para a UDN e seus coligados, durante o efêmero Governo de Jânio Quadros, o Presidente da República que, eleito por maioria absoluta de votos diretos, renunciou ao Poder sete meses depois de empossado.

No Parlamentarismo de João Goulart voltou à cena a Aliança PSD-PTB, tendo como primeiro Presidente do Conselho de Ministros o Dr. Tancredo Neves. Durante os primeiros anos do seu mandato, o trabalho do Presidente, com o apoio da aliança partidária foi promover o retorno ao Presidencialismo.

Todos estes partidos políticos foram extintos com a edição do Ato Institucional n.º 2, em 1965, já mencionado, desaparecendo assim o nosso pluripartidarismo da IV República.

A idéia de restaurar o pluripartidarismo voltou a surgir com a Emenda Constitucional de 1979, que extinguiu a ARENA e o MDB, propiciando uma alteração na Lei dos Partidos. Ou seja, o Governo Militar criou o sistema de Partido Dominante e o extinguiu quando o mesmo não mais serviu aos seus propósitos. Isto permitiu a criação, como partido do Governo, sucessor da ARENA, do Partido Democrático Social (PDS), cujo primeiro

Presidente foi o Senador José Sarney, que vinha da presidência da ARENA e foi confirmado no mesmo cargo no novo partido.

Do outro lado, como carro-chefe das oposições, o MDB se transformou no PMDB, alterando a denominação para incluir a palavra "Partido", em decorrência de exigência legal, e também confirmando na presidência o Deputado Federal Ulysses Guimarães. Junto a estes, surgem o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB, sob a presidência de Yvete Vargas), o Partido Democrático Trabalhista (PDT, sob a presidência de Leonel Brizola), o Partido dos Trabalhadores (PT, com Luiz Inácio Lula da Silva, na presidência) e o Partido Popular (PP, com o Deputado Federal Magalhães Pinto, na presidência de honra e o Senador Tancredo Neves, como Presidente do partido). Em 1981, foram criados e registrados quase todos estes partidos e, em dezembro do mesmo ano, o PP incorporou-se ao PMDB, desaparecendo do cenário político nacional, onde surgira em junho.

Tal foi o quadro partidário que existiu até o advento da "Nova República". Uma crise no PDS faz com que o Senador Sarney deixe a presidência do Partido e, com vários correligionários promova uma dissidência, conhecida pela denominação de "Frente Liberal". Esta se alia ao PMDB para o lançamento da chapa Tancredo Neves — José Sarney, para enfrentar o Governo no Colégio Eleitoral do Presidente da República, depois da malograda campanha das "Diretas-Já".

Venceu a "Aliança Democrática" a eleição presidencial contra os candidatos governistas, Deputados Paulo Maluf e Flávio Marçílio.

A "Nova República" se instalou em março de 1985, e depois do falecimento de Tancredo Neves e da posse de José Sarney na Presidência da República, em abril, começou a movimentação para a alteração do processo político e de abertura do sistema partidário nacional.

Em maio de 1985, o Partido Comunista Brasileiro pediu seu registro ao Tribunal Superior Eleitoral. No mesmo dia 8, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n.º 25, que veio permitir a grande ampliação do quadro partidário ao declarar ser livre a criação de tais entidades. Na circunstância, a sua origem poderia ocorrer de cima para baixo (parlamentar) ou ao contrário (popular). Alguns dias depois de estar a Emenda Constitucional publicada e vigente, o Partido Comunista do Brasil também encaminhou ao TSE o seu pedido de registro.

Foi o mês de julho de 1985, o destinado à alteração seguinte do quadro partidário nacional, pois durante todo ele, o Tribunal Superior Eleitoral concedeu o registro solicitado pelas agremiações partidárias que surgiram em consequência da EC-25.

Ao lado do PDS, do PMDB, do PDT, do PTB e do PT, já existentes, surgiram então no cenário nacional os canais políticos que teriam como

primeiro teste a eleição municipal de novembro seguinte, para Prefeitos das Capitais e das estâncias hidrominerais e outras cidades, perfazendo um total de 31 agremiações partidárias. São estes os que se acrescentaram:

- o Partido da Frente Liberal (PFL);
- o Partido Comunista Brasileiro (PCB);
- o Partido Comunista do Brasil (PC do B);
- o Partido Humanista (PH);
- o Partido Democrata Cristão (PDC);
- o Partido Social Cristão (PSC);
- o Partido Tancredista Nacional (PTN);
- o Partido Liberal (PL);
- o Partido Municipalista Comunitário (PMC);
- o Partido do Povo Brasileiro (PPB);
- o Partido de Mobilização Nacional (PMN);
- o Partido Socialista Brasileiro (PSB);
- o Partido Social Trabalhista (PST);
- o Partido Democrático Independente (PDI);
- o Partido Nacionalista Democrático (PND);
- o Partido Socialista (PS);
- o Partido Nacionalista (PN);
- o Partido da Juventude (PJ);
- o Partido Liberal Brasileiro (PLB);
- o Partido Municipalista Brasileiro (PMB);
- o Partido Renovador Progressista (PRP);
- o Partido Reformador Trabalhista (PRT);
- o Partido Socialista Agrário e Renovador Trabalhista (PASART);
- o Partido Nacional Comunitário (PNC);
- o Partido da Nova República (PNR); e
- o Partido Trabalhista Renovador (PTR).

A “Aliança Democrática” celebrada entre o PMDB e a Frente Liberal, depois Partido da Frente Liberal (PFL), serviu de base e sustentáculo a nível parlamentar ao Governo do Presidente José Sarney, a despeito das dissensões internas nas duas agremiações e as acomodações que lhe foram conseqüentes, até que, em determinado momento, a “Aliança Democrática”, foi rompida pelo teste das urnas de 15 de novembro de 1986.

22. *O quadro partidário na Constituinte*

Terminada a eleição, o quadro partidário nacional estava completamente mudado, pelo fato de que muitos dos partidos, já com registro provisório, não suportaram o teste das urnas, e não chegaram a eleger representante algum à Assembléia Nacional Constituinte e ao Congresso Nacional, pois que o pleito dava ao Congresso as atribuições de elaborar a nova Constituição Brasileira.

Em conseqüência, o quadro partidário que passou a ter representação na Assembléia Nacional Constituinte incluiu apenas 12 partidos políticos dos 31 anteriores, e que são:

- 1) o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB);
- 2) o Partido da Frente Liberal (PFL);
- 3) o Partido Democrático e Social (PDS);
- 4) o Partido Democrático Trabalhista (PDT);
- 5) o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB);
- 6) o Partido dos Trabalhadores (PT);
- 7) o *Partido Liberal (PL)*;
- 8) o Partido Democrata Cristão (PDC);
- 9) o Partido Comunista Brasileiro (PCB);
- 10) o Partido Comunista do Brasil (PC do B);
- 11) o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e
- 12) o Partido Municipalista Brasileiro (PMB).

Apenas o PMDB e o PFL tiveram representantes oriundos de todas as unidades da Federação, inclusive o Distrito Federal e os Territórios. Dos outros, alguns deles têm uma nítida base estadual, como o PDT no Rio de Janeiro, o PTB e o PT em São Paulo, com significativas bancadas, após os dois maiores, nestes Estados. Três partidos — PCB, PDC e PL — têm base eleitoral em apenas 3 Estados. Dois partidos, o PSB e o PC do B tiveram representação de apenas 2 Estados e o PMB de apenas um só.

Ainda durante o funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte, houve uma grande cisão no PMDB, quando avultado número de parlamentares se retirou do partido, criando nova agremiação, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o qual, adotando como símbolo o tucano, passou de imediato a ser a terceira força política, do ponto de vista numérico, dentro da Constituinte, apenas atrás do PMDB e do PFL.

Este era o quadro partidário representando as diversas correntes de opinião na Assembléia Nacional Constituinte, com o objetivo de preparar a

nova Constituição, nela inserir as normas básicas para a formação do novo sistema partidário e, através do Congresso Nacional, elaborar uma nova e, esperamos, mais adequada Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Tudo indicava que, ao término dos trabalhos da Constituinte, se não durante, o quadro partidário se apresentasse com nova roupagem, mais adequada à nova realidade brasileira.

23. *Os partidos e sua representação atual no Congresso Nacional*

Em 1990, novas eleições alteraram substancialmente o quadro partidário nacional, especialmente a representação no Congresso Nacional, decorrente da renovação total da Câmara dos Deputados e de um terço das vagas do Senado Federal. Na legislatura iniciada em 1991, o Congresso Nacional teve a composição político-partidária alterada para 19 agremiações, a saber:

- o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB);
- o Partido da Frente Liberal (PFL);
- o Partido Democrático Trabalhista (PDT);
- o Partido Democrático Social (PDS);
- o Partido de Renovação Nacional (PRN);
- o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB);
- o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB);
- o Partido dos Trabalhadores (PT);
- o Partido Democrata Cristão (PDC);
- o Partido Liberal (PL);
- o Partido Socialista Brasileiro (PSB);
- o Partido Comunista do Brasil (PC do B);
- o Partido Social Cristão (PSC);
- o Partido das Reformas Sociais (PRS);
- o Partido Comunista Brasileiro (PCB);
- o Partido Social Trabalhista (PST);
- o Partido Trabalhista Renovador (PTR);
- o Partido Social Democrático (PSD);
- o Partido da Mobilização Nacional (PMN).

24. *Com efeito de conclusão*

No Brasil, o partido político foi sempre uma figura formal, usada para revestir o conjunto de pessoas em torno de um líder, um chefe, na

relação típica de patrono-cliente, um partido de clientela. Sua dimensão nacional, ordenada pela lei, tende a refletir o mesmo fenômeno, com a *união de chefes locais em grupos maiores, sob a liderança de uma grande figura*, ou em alguns casos, um conjunto de grandes líderes.

Tanto assim é que, enquanto não existiam partidos *nacionais*, cada grupo estadual tinha relação com um líder certo, que dominava a cena local, ou se contrapunha a líder adversário, chefe de elenco semelhante de seguidores.

Quando passaram a ter cunho mais amplo, como partidos formalmente nacionais, alguns conseguiram estabelecer liames capazes de lhes assegurar uma preeminência em todo o País, enquanto outros continuavam a exercer, apenas, o seu mando a nível local. Em muitos casos, pequenos partidos nacionais, em suas agências estaduais, serviam de rótulo legal para abrigar grupos locais em dissidência das agremiações maiores das quais participaram até então.

Quando surgiu o fenômeno do partido dominante, o mecanismo da *sublegenda* foi adotado para poder compatibilizar a presença de grupos menores (partidos locais) nas associações maiores, a rigor frentes ou alianças políticas amplas, sob o rótulo de uma única legenda partidária.

Ao ocorrer a abertura democrática, com o desaparecimento de restrições determinadas pela legislação, e a conseqüente possibilidade de criação de novos partidos políticos, o Brasil viu uma grande proliferação de agremiações, com o modelo nacional mínimo estabelecido na lei, mas sem consistência eleitoral para o teste das urnas.

Por isso, a eleição para os membros da Assembléia Nacional Constituinte reduziu o elenco partidário formal, para menos da metade em termos de *participação congressual*. *A eleição seguinte, já nos moldes estabelecidos na nova Carta Maior, ampliou um pouco o elenco de agremiações participantes das decisões congressuais.*

Quer parecer, além do mais, que dificilmente, haverá manutenção do quadro partidário presente, durante os trabalhos desta legislatura, mormente se for aprovada uma nova lei sobre os partidos políticos, em função do disposto na vigente Superlei. Um conjunto de mudanças e rompimentos poderá acelerar a composição de novos partidos, oriundos de grupos dentro das próprias Casas do Congresso, como resultado do alinhamento (automático ou não), às posições adotadas no binômio Governo-Oposição, e antes mesmo de ocorrer os trabalhos da grande consulta plebiscitária sobre Forma de Governo e Regime Político, e especialmente em conseqüência desta, uma vez que a adoção do parlamentarismo terá, necessariamente, de pressupor um sistema partidário mais adequado aos mecanismos a utilizar no jogo do Poder.

O Papel dos Partidos no Brasil após as Eleições de 1989

Professor Doutor A. B. COTRIM NETO
Da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Brasileira de Letras
Jurídicas

1. Nos primeiros anos da era moderna, quando a democracia tendia a ser o regime sobre que se alicerçariam as instituições do Estado; e o constitucionalismo fecundava uma ideologia precursora do Estado de Direito, a classe política dirigente olhava com antipatia os grupos que se formavam sob bandeiras reivindicatórias, com pretensões de se impor ou de tomar o Poder. — A propósito, é conhecido o “Farewell Address” de 1796, com que GEORGE WASHINGTON despediu-se da Presidência dos Estados Unidos, advertindo o povo contra os Partidos, por ele acusados de dividir as Assembléias, enfraquecer a Administração, agitar a Comunidade e fomentar insurreições . . .

Conquanto o patriarca da nação americana jamais se tenha notabilizado como um pensador político, eis que avultara historicamente como soldado, é possível que ele se tivesse imbuído do pensamento de ROUSSEAU — de conhecimento óbvio dos “Founding Fathers” dos Estados Unidos — que no “Contrato Social” sustentara a necessidade de se proscrever os partidos políticos para preservar a pureza das expressões da *vontade geral* do povo.

No entanto, apesar disso, os Partidos vieram a tornar-se, nos tempos contemporâneos, peças essenciais e indispensáveis do regime democrático, depois da travessia daqueles estágios de evolução que o germânico TRIEPEL assinalou, como vividos por eles sob o Constitucionalismo: o de luta (*Bekämpfung*) para subsistirem; o de imposição contra a ignorância (*Ignorierung*); o de sua legalização (*Legalisierung*) necessária e, a final, o de sua incorporação (*Inkorporierung*) ao sistema político.

Conferência proferida no 3º Simpósio Brasil—Alemanha realizado entre 8 e 12 de julho de 1991, em Bonn, com participação de juristas, economistas e professores dos dois países. A instalação do evento foi presidida pelo Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Francisco Rezek.

2. No caso do Brasil, a história dos seus partidos apresenta três fases bem características: a do período monárquico (1821 a 1889); a do primeiro período republicano, entre 1889 e 1930; a de uma segunda fase que transcorreria até 1946; em seguida, depois da constitucionalização que se verificaria após a ditadura semi-fascista de Vargas (1937/1945), vivemos a terceira fase quando surgiram os partidos de âmbito nacional.

3. Efetivamente, o que caracterizou o período monárquico foi a existência de partidos nacionais, todavia sem real militância nas suas bases, pois, como observou o publicista CARLOS MAXIMILIANO; a propósito de comentário do estadista argentino BARTOLOMEU MITRE, para quem o Império do Brasil era uma “democracia coroada”, esta seria uma democracia original, porque sem eleitores. . . E, por demais, se nós tivéramos dois partidos no Império — os *liberais* e os *conservadores* — que se alternavam no Governo de um sistema parlamentarista, não havia nada mais parecido com um conservador (“saquarema”, como o crismara o povo) do que um liberal (popularmente um “luzia”), conforme célebre dito de uma grande figura da época, HOLLANDA CAVALCANTI: é que apenas o rótulo distinguia os partidos, não as idéias, nem a conduta de seus homens quando no poder.

4. Com a República, no seu período inicial (1889/1930), não houve mais partidos nacionais, porque toda a luta pelo poder se desenvolveu nos entendimentos e desentendimentos entre o Presidente da Nação e os Chefes dos Estados-Membros da Federação, cada um dos quais organizava e dirigia partidos estaduais. Não obstante as tentativas feitas, nenhum partido nacional existiu durante esse tempo: conforme assinalou AFONSO ARINOS, grande politólogo brasileiro recentemente falecido, “os maiores líderes nacionais da época não conseguiram formar partidos nacionais legítimos e duradouros. As condições políticas determinavam, então, a existência dos partidos estaduais”.

Entre 1930 e 1946, sem dúvida o mais conturbado período da história moderna do País, quando só houve um curtíssimo período de regime constitucional (1934/1937), obviamente poucos partidos existiram, assim mesmo por uma duração limitada.

Contudo, entrando em vigor uma nova Constituição, em 1946, e de teor notavelmente democrático, logo se organizaram alguns Partidos estruturados em função de certas idéias matrizes. — Segundo observação do citado AFONSO ARINOS, fundaram-se então vários partidos nacionais de grande representatividade, “mas na verdade só dois tinham ideologia: o

Partido Comunista e o Partido de Representação Popular, que era a representação do Integralismo” (*apud* estudo publicado no *Jornal do Brasil — Especial*, do Rio de Janeiro, edição de 8 de julho de 1984).

É certo que nesse período da vida republicana do Brasil — o que vem de 1946 aos nossos dias — também foi conturbada a área política, desde que aconteceu uma série de Governos nacionais dirigidos por militares, eleitos indiretamente pela via de Colégios Eleitorais de algum modo tutelados pelas Forças Armadas. — Nesse entretempo existiram partidos nacionais, alguns sendo meros porta-vozes desses Governos federais de generais, enquanto outros representavam forças de oposição todavia domesticadas por leis rígidas, de algum modo expressivas do regime autoritário então imperante.

Mas em 1985 o povo brasileiro, numa *revolução branca* restaurou a democracia em seu pleno sentido, elegeu uma Assembléia Constituinte que em outubro de 1988 promulgou nova Constituição Federal para o País, disso resultando total reformulação do quadro partidário, com a pulverização dos partidos anteriores e o surgimento de novos, entretanto sempre de caráter nacional.

5. Foi nesse quadro complexo, onde apareceram mini-partidos, vários dentre eles meras legendas vazias de efetivos eleitorais, ao lado de alguns partidos que embora recém-fundados apresentavam eficiência na mobilização política, que se processou a eleição de 1989.

Nesse evento político foram eleitos Deputados Federais, Senadores, Governadores dos Estados, bem como o Presidente e o Vice-Presidente da República. O resultado da eleição comentada pode ser assim delineado: o Presidente da República e seu Vice foram eleitos sob a legenda de um partido que, porque pequeno, obteve modesta representação nas duas Casas do Congresso Nacional; de outra parte, alguns partidos maiores, embora não houvessem transmitido equivalente peso eleitoral, para os seus candidatos à Presidência da Nação, distribuíram entre si as cadeiras do Congresso, entretanto sem que nenhum deles obtivesse condição de por si só, comandar as votações legislativas; ao mesmo tempo, na eleição dos Governadores, em número de 26, sendo um do Distrito Federal, Brasília, verificar-se-ia a mesma partilha por legendas partidárias diversas.

Em conseqüência: hoje, no Brasil, temos um Presidente da República sem apoio efetivo de um grupo parlamentar que lhe garanta aprovação para o programa de reformas que ele apresentara aos brasileiros em sua campanha eleitoral de 1989.

6. A propósito, um registro importante há de ser feito, no concernente ao sistema de Governo estabelecido pela Constituição Federal de 1988: no curso da preparação dessa *Lex Magna* a tendência da Assembléia Constituinte era a de organizar um *sistema parlamentar*, em moldes aproximados do vigente em França. — Não obstante, o Presidente da República então no cargo, JOSÉ SARNEY, exerceu sobre os constituintes toda a pressão que conseguiu mobilizar politicamente, e, em certo momento, conseguiu preservar o Presidencialismo. — Destarte, ocorreu mudança de rumos na Constituição que já se havia parcialmente concluído, disso resultando que viemos a ter um Diploma onde exacerbados os poderes do Legislativo, em detrimento dos poderes do Chefe do Executivo.

Porém isso não é tudo: na nova Constituição instituiu-se um Ministério Público como virtual Quarto Poder do Estado, que a todo momento enfrenta os Poderes Executivo e Legislativo, sobretudo o primeiro, com provocação de medidas judiciárias estagnantes ou repulsivas de atos ou providências expedidos. E, paralelamente, foi atribuída ao Poder Judiciário tal soma de independência que a qualquer momento — e isso já aconteceu mais de uma vez — qualquer Juiz da Instância mais baixa na hierarquia judiciária se vê competente para ordenar a prisão (por eventual desobediência de determinação sua) de autoridade de categoria ministerial ou de determinar que o Presidente de qualquer das Casas do Congresso Nacional retire da pauta de votação um projeto de lei em curso.

Sucedê que, como ocorreu outro dia, com a larga divulgação que a isso deu a imprensa brasileira, o Presidente da Câmara dos Deputados proclamou num desabafo: nós, na Assembléia Nacional Constituinte, criamos dois poderes que se controlam reciprocamente: o Legislativo e o Executivo, e um Poder Judiciário “irresponsável”...

De fato, segundo velha expressão de MONTESQUIEU, “*Le pouvoir arrête le pouvoir*”: entretanto, pela Constituição brasileira de 1988 isso acontece apenas no que diz respeito aos Poderes Legislativo e Executivo, porque — no concernente ao Poder Judiciário — este goza de absoluta autonomia e não padece nenhum controle externo, muito menos interno, de outro órgão do Governo do País: o Judiciário é quem elabora todas as propostas de leis para sua organização, e suas pretensões orçamentárias (CF, arts. 61, 96, 99 e outros).

Quanto ao Ministério Público — virtual Quarto Poder, como o proclamamos — similarmente com o que foi atribuído ao Poder Judiciário, este

também goza de quase irrestrita autonomia, em face dos efetivos Poderes da União (CF, arts. 127/130).

Diante desse quadro constitucional e do elento de leis conseqüentes, o que se verifica hoje, no Brasil, é um sistema de Governo onde o Poder Executivo do Presidente da República é afrontado e freado pelo Poder Legislativo, numa situação de equilíbrio instável: enquanto isso, esses dois Poderes da União são afrontados e freados nas suas ações ou procedimentos, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Ministério Público, em atuação conjugada de ambos. — Entretanto, não corresponde à realidade aplicar-se, no concernente às relações *de facto* do Judiciário e do Ministério Público com os Poderes Legislativo e Executivo, a teoria do autor de *De l'Esprit des Lois*, segundo a qual “Le Pouvoir arrête le pouvoir”, pois nenhum destes exerce qualquer espécie de embargo sobre aqueles eminentes Poder ou Agente de Poder da União.

7. Essa complexa situação político-jurídica criada por uma Constituição Federal que, na época de sua promulgação mereceu amarga crítica do Presidente JOSÉ SARNEY — quando a denunciou como sendo um Diploma que torna inviável o Governo do País! — não poderia deixar de refletir-se no universo político-partidário.

Pela Carta Federal de 1988 — num prolixo art. 17 — “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos”.

Diante dessa absoluta permissividade, aconteceu que da noite para o dia foram criadas dezenas de partidos no Brasil, muitos dos quais, e a maioria deles, meras legendas que, por vezes, são alugadas ou vendidas (e isso aconteceu durante a campanha eleitoral de 1989) a quem mais der e tiver interesse em se candidatar a qualquer cargo eletivo.

Entretanto, deixando-se de lado o caso desses partidos, que não passam de *mercenários* ou *cães de guerra* disponíveis para os interesses políticos de terceiras pessoas ou partidos e passando-se à consideração dos partidos mais representativos, da espécie do PMDB, PSDB, PDT, PT, PTN etc., a situação com que eles se defrontam, atualmente, não é das mais promissoras: de sua parte, todos eles se apresentam como agremiações frágeis e sem disciplina interna capaz de permitir sejam considerados entidades respeitáveis. — Conforme há poucos dias escreveu CARLOS CASTELLO BRANCO, um dos mais prestigiosos comentaristas políticos brasileiros, em sua “Coluna do Castello”, do *Jornal do Brasil*:

“O Brasil vive sem partidos políticos. As legendas existentes agrupam políticos para efeito de registro de candidaturas e de

distribuição de postos nas casas legislativas. Os que significam alguma coisa são pequenos e sem apelo, que lhes permita alargar-se eleitoralmente. Os dois turnos das eleições de presidente e de governador não tiveram o mérito de aglutinar forças da representação para apoiar ou combater o governo.”

Esse trabalho de CASTELLO BRANCO, publicado na edição de 25 de junho anterior, do *Jornal do Brasil*, sob o título “Entre o país real e o país que se quer”, encerra uma perfeita embora concisa análise da crise que vive o Brasil, crise de busca de soluções para os problemas da governação, agora defrontada com a querela sobre sistema de Governo que, segundo o comentarista, foi abolida por mais de vinte anos. Todavia, o questionamento do sistema de Governo recentemente voltou a ser aberto, embora sem muita convicção, durante os estudos da Assembléia Nacional Constituinte: mas isso ocorreria “em caráter provisório”, pois, escreveu o comentarista político, os mesmos constituintes, perplexos, deixaram por escrito que cinco anos depois da promulgação da Constituição o povo, em plebiscito, irá dirimir a questão e o Congresso irá transformar-se em nova Constituinte, para ajustar o que se deduzir da tendência do eleitorado em texto de lei.

Segundo CASTELLO, estamos agora em fase de preparação do plebiscito, onde será colocada ao povo brasileiro a opção entre o Parlamentarismo e o Presidencialismo, entre a Monarquia e a República, visando-se — com a escolha que será feita — corrigir as dificuldades de governo, “num sistema presidencialista municiado pelo sistema eleitoral do voto proporcional”: Em continuação de seu comentário, escreveu ainda CASTELLO BRANCO:

“Hoje, segundo detectou a pesquisa do DATAFOLHA, praticamente o mesmo número de deputados que quer o parlamentarismo quer também o voto distrital misto, do tipo alemão. E possível até que a reforma do sistema eleitoral seja mais útil para consolidação das instituições democráticas do que a reforma do sistema de governo. Afinal, é essencial que a eleição suscite a formação de maiorais e sirva para consolidar o sistema de partidos. O presidencialismo americano tem o suporte do voto distrital uninominal, que conduz ao bipartidarismo sem eliminar a liberdade de formação de outros partidos e o direito de livre reunião política. A estabilidade política dos Estados Unidos pode estar vinculada ao sistema de partidos, por sua vez fruto do voto distrital.”

8. Na realidade o que se impôs no Brasil, há quase 50 anos, foi o *sistema proporcional*, com todos os seus vícios e males, porque — inclusive — favo-

rece a eleição de candidaturas bem supridas de recursos monetários ou de publicidade pelos veículos da mídia e sem liderança local.

Outro tanto, a eleição mediante o *voto proporcional*, o voto que pinga nas urnas de uma vasta região, de um Estado — no Brasil temos muitos Estados que são maiores do que a Alemanha, do que a França, do que a Espanha; e dois deles maiores do que todos países reunidos —, não leva ao Congresso verdadeiros representantes de segmentos da população, do eleitorado, mas, como o dissemos, elege quem houver tido maior presença da imprensa, no rádio, na televisão, porque haja tido dinheiro para gastar na mídia, ou porque nela profissionalizado (comentarista de futebol, ou mesmo comentarista político etc.).

Daí a falta de garantia de permanência na vida política de verdadeiros líderes partidários; daí a indisciplina sistemática no quadro interior dos partidos; daí a infidelidade partidária; daí o fato de um partido extremamente radical, como o PT do candidato LULA na última eleição presidencial, ter tido tão expressiva votação, numa hora em que, no mundo inteiro, o espírito ideológico radical sofreu contundentes desmoralizações... Por isso não temos, no Brasil, verdadeiros partidos políticos, em condições de sustentar um Governo qualquer.

9. Fácil é imaginar a tragédia em que se tornaria o Governo do Brasil, na hipótese de que, com o sistema eleitoral fundado no *voto proporcional*, viesse a ser implantado o Parlamentarismo: a cada momento poderia eclodir um voto de desconfiança, bastando a expedição de certa medida governamental desagradável para os Deputados e Senadores, que os reunisse — à revelia dos respectivos partidos, que não têm autoridade sobre seus ocasionais integrantes —, para a derrubada do ministério.

Pior será isso, do que atualmente é a situação de nosso Presidencialismo, com um Chefe do Executivo que tem de estar a negociar com o Congresso a cada medida que deseja providenciar; nesse hipotético Parlamentarismo o País iria ter o quadro político que levou a França à instabilidade governamental e à derrota militar no final da década de 30, ou a Itália (esta, também, com o *voto proporcional*) ao caos do País depois da II Guerra Mundial.

10. O quotidiano *O Globo*, do Rio de Janeiro, em sua edição de 28 de junho passado, deu notícia de que foi levado ao Ministro da Justiça, do Brasil, o resultado de pesquisa que o Instituto de Estudos Políticos e Sociais — IEPES, presidido pelo respeitado cientista político HÉLIO JAGUARIBE,

realizou durante os três últimos anos, sobre o tema — “Sociedade, Estado e Partido na atualidade brasileira”. — Em síntese, resultou desse estudo a observação de que se impõe imediata reforma de certos setores da Administração Pública, visando a tornar eficiente o seu desempenho nos setores mais críticos, tais como os pertinentes à segurança pública e ao fisco. E, no plano político, foi apurado que a única forma de elevar, racionalizar e aperfeiçoar os mecanismos de mediação política, e para a formação de uma elite política capaz de trabalho eficiente, o que se impõe é permitir ao eleitor votar tanto por legenda partidária quanto por candidato mais próximo dele, precisamente no sistema de *voto misto*, do tipo alemão.

11. É de salientar-se que o apurado na pesquisa comentada, no pertinente à sua primeira parte, foi exatamente o que o candidato presidencial de 1989, o atual Presidente FERNANDO COLLOR, proclamou seria seu programa de Governo. Entretanto, a inexistência de partidos políticos confiáveis e eficientes, disciplinados e formados por quadros fiéis ao programa de sua legenda é o que tem transformado as relações do Executivo com o Legislativo num continuado e sempre inconcluso intercâmbio de negociações, freqüentemente frustradas. — E o País está parado, estagnado, senão lamentavelmente decadente, sobretudo transformado num palco onde reina a mais desconsoladora indisciplina social.

No concernente à reforma eleitoral, a propósito da qual todos os caminhos apontam para a urgente adoção do *voto misto*, o único — se afastado o *voto distrital* da Inglaterra e dos Estados Unidos — capaz de permitir a existência de partidos políticos, na forma dos recomendados pela pesquisa do IEPES, por essa reforma espera a Nação.

Há mais de cem anos, na Inglaterra, que aspirava a consolidar sua grandeza imperial então em crise — enquanto vivia sob um regime político fraudulento, de *burgos podres* —, surgiu um estadista da envergadura de DISRAELI. E a reforma se fez; e a Rainha VITÓRIA consagrou-se como a matriarca da Europa e a Imperatriz das Índias.

Uma obra de natureza da que DISRAELI desencadeou na Inglaterra de meados do século XIX é do que o Brasil hoje está carecendo. O mais grave problema de meu País é, sem dúvida este: que tenhamos um Congresso efetivamente representativo e um Governo Executivo eficiente.

Entretanto, para que isso aconteça e se materialize, o que mais urgentemente se impõe é a reforma de nosso sistema eleitoral, a fim de que tenhamos uma eficiente Democracia representativa.

A Nova Lei de Liberdade Partidária

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

“Os partidos são um mal inerente aos governos livres.” A. DE TOCQUEVILLE (*A democracia na América*)

O objetivo deste trabalho é discutir propostas no tocante à nova Lei de liberdade partidária. Trata-se de um trabalho jurídico-dogmático, visto que a nova lei não pode fugir ao balisamento constitucional. Entretanto, a título de preâmbulo, parecem-me adequadas algumas considerações a respeito do quadro político-institucional dentro do qual a nova lei deverá operar.

São bem conhecidas as circunstâncias em que nasceram os partidos políticos, como criação espontânea da prática parlamentar; é sabido, também, quão revolucionário foi seu conteúdo, dentro de uma sociedade unitária. Durante algum tempo, a partir de seu nascimento, a idéia que preside a existência dos partidos — canal da representação popular — ajustou-se satisfatoriamente ao sistema da democracia representativa. Hoje essa democracia está em crise; a sociedade despolitizou-se; inexiste mobilização em torno de interesses gerais para cuja representação, no dizer da doutrina, criaram-se os partidos; a fragmentariedade social só deixou espaço para o agrupamento em torno de interesses particulares, e as reivindicações são basicamente as de conteúdo econômico-profissional. Desse ponto de vista os partidos apresentam-se como um fóssil, órgãos cujo funcionamento não corresponde à sua finalidade explícita, e sobrevivem na medida em que, deixando de pertencer à sociedade, passaram a pertencer ao Estado.

Dentro desse quadro, parece que a Constituição Brasileira de 1988 chegou tarde: ela concederia, aos partidos, o estatuto correspondente a um

tipo superado. Ou seja, entre os partidos democraticamente concebidos, e a estrutura do poder, inexistente compatibilidade funcional. Isso ocorre, paradoxalmente, no momento em que os revolucionários de ontem, críticos ferozes da democracia burguesa, adotam a tese da universalidade das formas democráticas. O conteúdo dramático dessa conjuntura não se esgota nesse descompasso histórico que, com relação a alguns, se assemelha a ironia do destino; tampouco na instrumentalização de teorias que encobrem a realidade, com a qual não têm ponto de contacto. Mas no fato de que, no horizonte próximo, não se enxergam alternativas. Como se, nesta época, devêssemos apenas assistir passivamente, senão ao fim da história, ao esgotamento de todas as fórmulas desenvolvidas no século XIX; de tal modo que a idéia democrática — esta sim, de caráter universal — só pudesse vir a ser reencontrada em outro contexto histórico, após o apocalipse.

Este o dilema concreto que se apresenta: apostar na liberdade partidária, não obstante a crise da democracia, que faz presumivelmente infrutífero esse esforço; ou abandonar-se às forças anti-democráticas dominantes, que burocratizaram a idéia partidária. A tarefa de elaborar a lei de liberdade partidária transporta esse desafio, para o terreno jurídico, da seguinte forma: produzir-se uma lei inconstitucional, aceitando-se tacitamente como disfarce as regras e princípios da Constituição, em matéria partidária; ou incorporar efetivamente a vontade da Constituição no bojo da legislação infraconstitucional. A primeira solução sepulta o conflito entre a Constituição formal e a Constituição real porque esse conflito, na sua radicalidade, tende a não se formalizar perante o Judiciário, ou a não ser decidido, por este, a favor da Constituição formal. O Judiciário sabe perfeitamente que, nos litígios partidário-eleitorais relevantes, o que se discute não são formalidades procedimentais, mas a legitimação do poder. A segunda solução abre espaço às virtualidades do conflito, de modo difuso, segundo o jogo das forças sociais envolvidas.

Diz a Constituição Brasileira, em seu art. 17, que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, sendo-lhes assegurada “autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento”.

Não há mais que falar em lei “orgânica” dos partidos, visto que não mais cabe, ao Estado, organizá-los, ou dispor sobre sua organização.

O princípio de liberdade partidária, indiscutivelmente posto pela Constituição, vincula-se ao princípio pluralista. Por três vezes a lei fundamental utiliza o termo “pluralismo”: em seu preâmbulo (pluralismo social), no art. 1.º (pluralismo político) e no art. 17 (pluralismo partidário). Esse não é, certamente, um termo vazio. Ao contrário, ele possui uma significação prescritiva, qualitativa. Dizer que uma sociedade deve ser pluralista não significa fixar-se uma determinação numérica, acima de algum e abaixo de muitos, dentro da qual se permite a convivência dos diferentes; significa, ao contrário, o dever de criar e manter esse espaço de convivência; restringi-lo, direta ou indiretamente, corresponde a ferir o princípio pluralista. Pluralismo, instrumentação da liberdade, tem sentido mais concreto, mais preciso do que esta. GIOVANI SARTORI (*Partidos e sistemas partidários*, Ed. UnB, 1982, p. 36) distingue entre “sociedade plural” e “sociedade pluralista”:

“...do fato de que toda sociedade complexa se revela diferenciada não se segue de modo algum que todas as sociedades sejam diferenciadas pluralisticamente.” (...) “...deve-se entender claramente que o pluralismo não consiste simplesmente de associações múltiplas. Estas devem ser, em primeiro lugar, *voluntárias*, e, em segundo, *não-exclusivas*, isto é, baseadas em aplicações múltiplas, sendo estas, o traço marcante crucial de uma estruturação pluralista. A presença de um grande número de grupos identificáveis não comprova, de modo algum, a existência do pluralismo, mas apenas um estado desenvolvido de articulação e/ou fragmentação. As sociedades multigrupais são pluralistas se, e apenas se, os grupos forem associativos (e não consuetudinários ou institucionais) e, o que é mais, só quando se puder constatar que as associações se desenvolveram naturalmente, que não são impostas.”

A Constituição é portanto conseqüente com estes princípios ao dispor, no inciso I do mesmo art. 17, que os partidos políticos brasileiros devem ter “caráter nacional”. A expressão não é gratuita. Há enorme diferença entre o “caráter nacional” do art. 17, I da Constituição em vigor e o “âmbito nacional” do art. 152, IV da Ordenação de 1967/69. Caráter não é o mesmo que âmbito. Este é designação espacial, geográfica. Assim, não discrepava da Ordenação a Lei n.º 5.682/71 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), em sua redação primitiva, ao permitir a organização apenas de

partido político que contasse inicialmente com 5% do eleitorado que houvesse votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos por sete ou mais Estados, com o mínimo de 7% em cada um deles. Tampouco na redação posterior, ao estabelecer:

“O partido que, no prazo de doze meses, a contar da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, prevista no art. 9.º, não tenha realizado convenções em pelo menos nove Estados e em 1/5 dos respectivos Municípios, deixando de eleger, em Convenção, o Diretório Nacional, terá sem efeito os atos preliminares praticados, independente de decisão judicial.”

Caráter não é afecção física, mas psicológica ou espiritual; no caso, ideológica ou política. Corresponde ao que a Constituição de Portugal, em denominação talvez mais feliz, chama de “índole”. Índole nacional, caráter nacional, representa identificação estatutária, programática, com os atributos da nacionalidade.

Portanto, andou ainda conseqüentemente o constituinte quando, no mesmo art. 17, § 2.º, inscreveu:

“Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.”

Desde a Constituição de 1988 para que exista partido político no Brasil, e independentemente de qualquer controle salvo a prestação de contas à Justiça Eleitoral (art. 17, III), basta-lhe a inscrição no registro civil das pessoas jurídicas, como qualquer associação civil. É possível portanto, constitucionalmente, existir partido político com registro apenas em Jequitinhonha, sem Diretório Nacional (entendido este como soma ou resultado de delegações federativas). Se o partido já adquire personalidade jurídica mediante o simples registro civil, qual a função do segundo registro (registro dos estatutos), no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2.º, fim)? A Constituição silencia sobre a competência da Justiça Eleitoral, remetendo-nos a uma lei complementar que ainda não foi editada (art. 121). Independentemente da promulgação dessa lei, pode-se avançar que o segundo registro (a que se refere o art. 17, § 2.º, fim) serve a duplo objetivo: *a*) o confronto dos atos constitutivos do partido com os requisitos constitucionais (v. art. 17); *b*) o acompanhamento, pela Justiça Eleitoral, do funcionamento partidário, no que diz respeito à prestação de contas (art. 17, III),

a acesso a recursos do fundo partidário, a acesso ao rádio e televisão (art. 17, § 3.º), a participação em eleições. Se à Justiça Eleitoral cabe cotejar os atos constitutivos do partido face aos requisitos de natureza jurídica, tudo leva a crer que aquele primeiro registro, que confere personalidade jurídica ao partido, não lhe confere, simultaneamente, a capacidade jurídica específica, que é a capacidade eleitoral; esta só advém com o registro dos estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Sem esse segundo registro o partido existe, pode difundir seu programa, exercer pregação, arregimentação e movimentação política, mas não tem como participar de eleições. A Constituição, destarte, fiel ao princípio liberal, que inspira e define o sistema normativo partidário, estabeleceu um gradualismo copiado da vida. Os corpos vivos e os grupos sociais nascem pequenos e se adensam, crescem, vingam ou morrem. No vestibular da vida não se incluem exigências próprias de doutoramento. Com isso, a lei fundamental revive, em parte, o projeto do Deputado Eduardo Duvivier, que em 1947 admitia a existência de partidos municipais, estaduais ou regionais. Esse projeto não prosperou, em face do disposto no art. 134 da Constituição de 1946, que falava em "partidos nacionais". Escrevendo na vigência dessa Constituição, assim se pronunciava JOÃO MANGABEIRA:

"O partido político assenta sua existência nas liberdades de pensamento e de associação asseguradas pelos §§ 5.º e 12 do art. 141 da Constituição. Tudo isso é essencial à existência e ao aperfeiçoamento do regime democrático. Partidos políticos e partidos políticos nacionais não são a mesma coisa. Assim, o partido político que não é nacional, por não ter logrado tal situação, ou dela ter decaído, nem por isso deverá desaparecer. Poderá continuar pregando suas idéias, fazendo seu proselitismo, até ver se consegue lograr a situação que não conquistou ou reconquistar a que perdeu. O que não pode, porém, é apresentar candidatos à representação nacional, o que exclusivamente cabe aos partidos nacionais. Aquêles "partidos políticos" o legislador fixaria as condições mínimas de existência, para que pudessem ser devidamente registrados, até que lograssem transformar-se em "partidos nacionais". A história aponta-nos exemplos de pequenos partidos que, depois de longos anos, se transformaram em partidos majoritários." ("A organização do Poder Legislativo nas Constituições Republicanas", in *Estudos sobre a Constituição Brasileira*, FGV, Rio, 1954, p. 121.)

Questão que não pode ser desprezada é a da democracia intrapartidária. Face ao princípio de liberdade de organização e funcionamento, os partidos podem ter objetivos antidemocráticos ou organizar-se, internamente, de modo antidemocrático?

Em sua obra sobre o governo representativo, STUART MILL estendia ao máximo a liberdade político-partidária:

“Já tive aqui a ocasião de afirmar aquilo que considero uma máxima fundamental do governo: o fato de que em toda Constituição deveria existir um foco de resistência contra o poder dominante; em uma Constituição democrática, portanto, um núcleo de resistência contra a democracia.”

Nenhuma das Constituições modernas seguiu esse conselho. O que se fez, ao contrário, foi colocar restrições expressas a partidos considerados extremistas ou antidemocráticos. A Constituição Brasileira de 1946, por exemplo, vedava “a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”.

A Constituição de 1988, sem incluir preceito tão preciso, coloca limites à liberdade partidária, que não pode contrariar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, e os direitos fundamentais da pessoa humana. Sob o texto de 1946, a contrariedade ao regime democrático parecia consistir, senão exclusivamente, basicamente na ofensa ao pluripartidarismo e aos direitos fundamentais do homem. O texto de 1988 alarga o conceito; para os fins de sua vigência, podemos entender que regime democrático é o regime constitucional democrático visto que, conforme expresso em seu preâmbulo e no art. 1.º, o que se faz, através dele, instituir (preâmbulo) ou constituir (art. 1.º) um Estado Democrático.

Portanto, não pode haver, no programa ou estatuto partidário, regra que afronte os princípios democráticos, tal como concretizados na Constituição. Mais: o partido deve traduzir, para os filiados, ao nível do seu programa, direitos e garantias constitucionais. O filiado tem o direito de conhecer, discutir e impugnar os atos da direção partidária e, por isso, o direito a informações pertinentes e certidões, o direito de petição, o direito

a amplitude de defesa. Não exorbita da Constituição, antes a atualiza, a lei de liberdade partidária que fizer referência expressa a tais direitos.

Inclui-se, nesse tema, o funcionamento parlamentar do partido, que a Constituição quer ver disciplinado não apenas nos estatutos e nos regimentos das Casas legislativas. Essa é matéria delicada, na qual não temos precedentes, e na qual deve ser delicado o bisturi do legislador. A questão se ilumina um pouco se alcançarmos a intenção do constituinte: impedir que, nos regimentos, se coloque restrição à ação parlamentar dos partidos em geral, tratamento desigual ou discriminatório para os partidos. Os direitos da bancada, os direitos da liderança, as relações da bancada com a liderança, devem ficar expressos na lei. Um exemplo é o voto de liderança; outro, os limites da competência da Mesa no tocante aos assessores da bancada.

Demarcado esse roteiro, concluímos que a lei de liberdade partidária se presta:

- À transcrição de normas constitucionais, quando útil e oportuna.
- À disciplina:
 - da filiação partidária (art. 14 — § 3.º — V);
 - do registro dos estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (artigo 17 — § 2.º — fim);
 - do fundo partidário (art. 17 — § 3.º);
 - do dever de prestar contas (art. 17 — III);
 - do funcionamento parlamentar (art. 17 — IV);
 - dos procedimentos em caso de infração (art. 17 — passim).
- À proteção dos partidos políticos; do seu nome:
 - dos seus símbolos; de sua atividade; dos direitos e garantias fundamentais, aplicados a seus filiados; à determinação da exata extensão de sua legitimação no tocante a direitos coletivos (v.g. art. 5.º — LXX — a da Constituição).
- À inclusão de outras normas, de tradução, adequação e compatibilização sistemática.

Fora daí, seria exorbitante qualquer regra que inovasse, pondo exigência quanto à criação, organização e funcionamento de partido político. Inconstitucionais seriam, por exemplo, regras fixando número mínimo de aderentes, necessários à personalização de partido político; no tocante ao número de instituidores, lugar do registro, e demais requisitos deste, as regras são as gerais, correspondentes à personalização das associações civis; confira-se o art. 17 — § 2.º: “os partidos políticos” adquirem “personalidade jurídica na forma da lei civil”; a Constituição veda se outorgue personalidade jurídica a partido político de outra forma que não a prescrita, genericamente, na lei civil.

Também seria exorbitante a regra que obrigasse à existência de órgão nacional partidário; seja porque não estão, os partidos, obrigados a possuir dimensão, extensão ou representação nacional; seja porque a assinatura de representante, ou órgão de representação, diz respeito à liberdade de organização e funcionamento do partido. Seria abusiva regra que estabelecesse sanção, a partido político, pelo fato de não apresentar candidato ou não concorrer a eleição; a regra seria despótica caso fixasse, como sanção, o cancelamento do registro partidário. Regras que distribuam desigualmente recursos do fundo partidário, ou tempo em veículos de comunicação, precisam ser cuidadosamente ponderadas, para que não transbordem os limites da constitucionalidade; elas não podem representar privilégio a partidos estruturados, inibição ou freio a partidos embionários; nem encobrir preconceitos elitistas, que separam, de um lado, os partidos bons, e, de outro, aqueles que fogem a esses padrões.

Contra a reforma e descentralização partidária agitam-se os mitos da ingovernabilidade. Como se já não tivéssemos pago, em toda a nossa história, um elevado preço pela intervenção estatal, a dano das liberdades políticas. Não cabe aqui discutir essa matéria:¹ a opção é clara entre democracia e partidocracia. É indispensável, na elaboração da lei de liberdade partidária, aproveitar-se a experiência dos que vivem o partido, o Parlamento, o poder. Mas qualquer intento de reforma democrática se frustraria se fosse deixada ao sabor dos interesses prevaletentes, nas mãos dos partidos dominantes, ou dos que se encastelaram na herança do autoritarismo.

1 V. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. “Coalizações parlamentares e instabilidade governamental: a experiência brasileira (1961—1964)”, in *Os partidos políticos no Brasil*, David V. Fleischer (org.), 1/250.

Crise e Castigo — partidos e generais na política brasileira, Rio, 1967.

Ministério Público, o Novo Poder da República e da Federação Brasileira na Constituição Federal de 1988

EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA
Subprocuradora-Geral da República

"Entre todos os cargos... o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo de acusação, devia ser tão parcial como um advogado, e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido de equilíbrio, se arrisca — momento a momento — a perder por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polémica, a objetividade sem paixão do magistrado." PIERO CALAMANDREI

"O Ministério Público não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos Juizes, pois age com autonomia em nome da Sociedade, da Lei e da Justiça." PRUDENTE DE MORAIS FILHO

"O Ministério Público representa diante dos Tribunais, a potestade executiva, ou seja a ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena e rigorosa execução da lei. Não é ele o representante do Governo, mas o representante daquela mesma ação executiva da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas." (Grifos no original.) TOMASO VILA

SUMÁRIO

1. Breve histórico. 2. Tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988. 3. Conclusão.

1. Breve histórico

Originado do Egito aos 4.000 a.C., suas funções de "ser língua e olhos do rei", de "castigar os rebeldes", de "proteger os cidadãos pacíficos", de

“acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro”, podem ser consideradas como precursoras das suas atividades atuais.

Já então se podem identificar as funções de representação judicial do Estado, de promotor de justiça, de defensor da sociedade (*custos legis*) e de *ombudsman*.

Trazido ao Brasil pelos portugueses, com uma organização baseada na do Ministério Público francês, estruturado em 1303, foi introduzida no ano de 1587 pelas Ordenações do Reino, que determinava a sua atuação por um dos Desembargadores do Tribunal de Relação da Bahia, com o título de “Procurador da Coroa e Fazenda e Promotor de Justiça”.

Esta atuação, em que pese haver posteriormente um diploma legal, de 9 de janeiro de 1609, que o colocava na composição daquele Tribunal, foi muito incipiente.

Sofreu, a partir de então, diferenciados tratamentos em leis processuais criminais, decretos do Governo Provisório e, finalmente, nas Constituições federais, adquirindo contornos mais nítidos, que ora lhe concediam poderes maiores, ora lhe diminuía a importância, de acordo com os interesses governamentais e a conjuntura política.

Ora, após intenso trabalho desenvolvido por alguns poucos Membros da Instituição, que, tal e qual o “Exército de Brancaleone”, se dedicaram à cruzada para o seu fortalecimento durante a realização da Assembléia Constituinte, pode-se dizer que a instituição começou a delinear o seu perfil para, em uma segunda etapa — na revisão constitucional prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias —, procurar atingir a sua conformação aproximada de um ideal sempre inatingível.

2. Tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988

Assim é que, hoje, temos um Ministério Público situado no contexto da Lei Maior, em Capítulo próprio, o de n.º IV, dentro do Título IV, Da Organização dos Poderes, que lhe confere *status* de Poder Público, gozando de prerrogativas em benefício do Estado de Direito Democrático e da Sociedade.

Senão vejamos:

O art. 127 traz o seu conceito — “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, significando: sem a sua manifestação o Poder Judiciário não pode atuar de ofício, *sponte sua*. E acrescenta o dispositivo: incumbe-lhe “a defesa da ordem jurídica”, no seu mais amplo conteúdo: a obediência à Constituição e às leis, com a sua correta aplicação por todos os jurisdicionados defendendo, também, *et pour cause*, o regime democrático e o Estado de Direito; “dos interesses sociais”, que contém todos os interesses coletivos e difusos e “dos interesses individuais indisponíveis”.

A par desta amplitude na defesa sempre do interesse público, o legislador constituinte entendeu ser de bom alvitre elencar, não em *numerus clausus*, em várias disposições, algumas funções institucionais, consideradas relevantes na conjuntura, como: a defesa do patrimônio nacional (art. 219); do patrimônio público e social (inciso III do art. 129); do patrimônio cultural (arts. 215, § 1.º e 216); do meio ambiente (inciso II do art. 129); dos direitos e interesses coletivos das comunidades indígenas (§ 2.º do art. 210), da família, da criança, do adolescente e do idoso (art. 226 e seus parágrafos); dos serviços de relevância pública (inciso II do art. 120); dos meios de comunicação social (art. 220 e 224); dos direitos assegurados às ações e aos serviços de saúde (art. 197); da educação (art. 208); dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37); exercer o controle da atividade policial (inciso VII do art. 129, buscando fazer prevalecer o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, os objetivos fundamentais da República e da Federação, os princípios informadores das relações internacionais, os direitos assegurados na Constituição, a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio público, a prevenção ou a correção de ilegalidades ou de abusos de poder, a indisponibilidade da persecução penal, a competência dos órgãos incumbidos da segurança.

Cumpre afirmar que, primordialmente, deve zelar pela observância dos princípios institucionais relativos ao Ministério Público — a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional —, para preservação de sua competência e do livre exercício de suas funções.

Estes princípios, informadores da instituição, são os seus pilares, sem o que a sua atuação não seria possível.

Significam:

— o da unidade, que o Ministério Público é uma única instituição: todos os seus membros agem individual e legitimamente, visando ao atingimento das suas finalidades, como um todo único;

— o da indivisibilidade, que, embora atue um membro da instituição em um determinado processo, efetivamente quem age é o Ministério Público, permitindo certa flexibilidade nas substituições dos membros, quando previstas em lei;

— o da independência funcional, que a atuação do membro do *Parquet* é inteiramente independente, não existindo quaisquer vínculos à chefia ou subordinação hierárquica, limitando-se apenas pela lei e por sua íntima convicção.

Também achou por bem o legislador constituinte, arrolar, no art. 129, onde somente deveriam constar as funções Institucionais, já que assim

está expresso no *caput*, alguns instrumentos processuais e procedimentais para permitir o exercício daquelas funções, a meu ver, impropriamente.

Dentre aquelas, de ressaltar:

— a promoção privativa da ação penal pública, com esta providência encerrando as iniciativas de ofício das autoridades policiais referidas a alguns ilícitos penais;

— a promoção do inquérito civil e da ação civil pública (da qual já era titular) para apurar danos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e aos demais direitos difusos e coletivos.

Sua organização se fez à imagem e à semelhança do Poder Judiciário (art. 128): há um Ministério Público da União, subdividido em Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e dos Territórios; e os Ministérios Públicos dos Estados, todos devendo se organizar por lei complementar de iniciativa facultada aos seus respectivos chefes, respeitados os princípios básicos estatuídos na nova Carta Magna (§ 5.º do mesmo artigo).

Impropriamente, também, se introduziu no inciso I do art. 128, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, isto porque este tem características próprias de Ministério Público Estadual, por isso que sua atuação é, apenas, circunscrita ao perímetro do Distrito Federal e, se houver, de território. Não tem atuação federal como sói acontecer com os demais arrolados no mesmo inciso. Foi, assim, um equívoco do legislador constituinte, influenciado por *lobbies* fortes de seus membros, que pensavam assim poder obter maiores garantias. Esta preocupação nem mesmo tinha sentido, já que o capítulo englobou todos os Ministérios Públicos a eles concedendo as mesmas garantias, vantagens, direitos e vedações.

Esperamos que o constituinte de 1993 corrija tal deslize jurídico, situando-o em outro inciso com tratamento idêntico ao conferido aos Ministérios Públicos Estaduais.

No particular, a grande conquista ficou por conta do estabelecimento da escolha e da nomeação do Procurador-Geral da República.

A propósito, em 1980, em Monografia apresentada no Curso Superior de Guerra e publicada na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, já esboçara a autora uma proposta de Emenda Constitucional em que sugeria a nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, após ter sido escolhido por seus pares, dentre os membros da instituição, para exercer um mandato de quatro anos (EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA, in "O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito", *Revista de Informação Legislativa* n.º 72. Senado Federal, ano 18, out./dez./1981).

Aperfeiçoada essa sugestão, restou fixado no § 1.º do art. 128 o princípio do *check and balance*, admitindo na nomeação do Chefe do *Parquet* a

atuação dos dois poderes: Executivo e Legislativo. O Procurador-Geral da República deve ser escolhido dentre os "integrantes da carreira" de Procurador da República. Seu nome é então encaminhado ao Senado Federal, pelo Presidente da República, o qual o submete, perante a Comissão de Constituição e Justiça, a uma "sabatina" (assim se convencionou chamar a arguição pública, prevista no art. 52, inciso II, alínea e), aprovando-o ou não. Se aprovado, segue a indicação presidencial para Plenário, para ser votada pela Casa Alta do Parlamento. Só então se viabilizará a sua nomeação, pelo Chefe do Governo, cujo exercício durará por dois anos, mandato este que poderá ser renovado, desde que obedecidas às mesmas formalidades.

Para coroar a garantia da estabilidade de sua atuação, a sua destituição ou exoneração, antes do término do mandato, somente se fará com a concorrência do Senado Federal, que deve votar secretamente com o *quorum* de maioria absoluta, para aprová-la.

Com estas providências, tem o Procurador-Geral da República liberdade para agradar ou desagradar o Governo, sem se ver constrangido a solicitar medidas, que em passado recente eram solicitadas.

Terminou, também, a quase "obrigatoriedade" de subir o degrau para o Supremo Tribunal Federal, o que era uma possibilidade a ser preservada com o atendimento às imposições governamentais.

De ressaltar, que o tratamento de poder funcional conferido pela Lei Maior ao Ministério Público também se revela quando lhe assegura autonomia funcional no § 2.º do art. 127, permitindo-se-lhe autogerir, organizando seus assuntos internos, seus serviços administrativos, criando e extinguindo seus quadros de pessoal e provendo os cargos respectivos, relativos à atividade-meio, e à atividade-fim.

Para tanto, necessário se fez, por coerência lógica e jurídica, conceder-lhe ainda a autonomia financeira (§ 3.º do mesmo artigo), obrigando a entrega de suas dotações até o dia 20 de cada mês (art. 168), limitada aquela, apenas, pela lei complementar prevista no § 9.º do art. 165.

Cabe uma consideração sobre a referência feita aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas pelo art. 130.

A respeito do assunto, já se manifestara a autora em parecer acolhido por unanimidade, como razão de decidir pela 1.ª Turma do Superior de Justiça, no Recurso em Mandado de Segurança n.º 175-PB, relatado pelo eminente Ministro JACY GARCIA VIEIRA:

"Em vigor, à época da sua edição, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, e outras posteriores, verificamos ao ler o *caput* do art. 94 que o Ministério Público da União deveria funcionar junto aos juizes e Tribunais Federais.

A ilação que se infere a partir do texto da Lei Maior é a de que a Instituição foi criada, nos idos da antiguidade, e mantida por milênios, com a função primordial de *custos legis*, junto aos magistrados *d'assise*, para promover as ações e obter decisões judiciais.

Sempre e ininterruptamente assim funcionou, porque é sua característica fundamental: mover a máquina judiciária, que não pode andar de ofício.

Assim é que a instituição tem contornos e estrutura típicos e especiais, ausentes em quaisquer outras.

Determinava, ainda, a Lei Maior que o Ministério Público Estadual, fosse organizado por Lei Complementar de iniciativa do Presidente da República, e portanto, obedecendo as regras básicas estatuidas na Seção própria (arts. 94 a 96 da CF/67).

A partir de um determinado momento, para atender a apelos fisiológicos, os funcionários que exerciam cargos no Tribunal de Contas da União, cujas funções, julgavam, se assemelhavam às do Ministério Público, para obter a mesma remuneração, conseguiram impor a mesma designação a lhes ser destinada (Procuradoria do Tribunal de Contas e Ministério Público do Tribunal de Contas).

A par de não constituir este Tribunal, um órgão julgador, na acepção do termo, mas de assessoria técnica ao Poder Legislativo, as funções do Procurador junto a ele são assemelhadas às de auditores, exigindo conhecimentos de contabilidade e economia, não sendo jamais parecidas às do Ministério Público.

Não se trata de minimizar a sua atuação, porque relevantes e importantes. Porém não se pode é querer, por força de mudar uma designação, impor a mudança da natureza jurídica da instituição.

Toda a digressão foi feita para clarear a impropriedade de ter o legislador paraibano incluído os Procuradores do Tribunal de Contas na composição do Ministério Público local, ainda que tivesse declarado a manutenção das respectivas autonomias.

Estava, assim, insito na mente do legislador a impossibilidade de fazê-los parte de uma instituição que nada tem a ver com a sua natureza jurídica.

Dai resultam os problemas advindos, como por exemplo, o de que se trata nestes autos: os Procuradores são parte mas não são efetivamente parte do Ministério Público.

E por isso mesmo não podem ser beneficiados com vantagens conferidas aos membros da magistratura *début*.

Sím, porque *in casu*, não se trata de direito como querem fazer crer os Recorrentes, mas de *vantagem*.

A disposição invocada da Constituição hoje em vigor — art. 130 — para fundamentar a tese dos Recorrentes, não tem, pois, pertinência à espécie, por isso que a determinação visa apenas a aplicação das disposições da seção do Ministério Público aos Procuradores do Tribunal de Contas, quando se tratar de direitos, vedações e forma de investidura.

E quais são estes?

Aqueles a que se refere os §§ 3.º e 4.º do art. 129 (promoção, aposentadoria e forma de investidura) e o inciso II do art. 128 (vedações).

A nova Lei Estadual, de n.º 5.097, de 24-11-88, somente concedeu especificamente aos Magistrados e Membros do Ministério Público, um benefício em caráter excepcional. É o que se lê do art. 6.º ao dar nova redação ao art. 8.º da Lei n.º 5.072, de 23-8-88:

.....

O próprio legislador aqui faz a nítida e expressa exclusão dos Recorrentes. Se quisesse proceder à concessão do adicional também a eles, tê-los-ia incluído na relação do art. 8.º citado.

Foram, assim, os Recorrentes expressamente excluídos pela vontade do legislador.

E se assim não fora, seriam também excluídos por força de não pertencerem ao Ministério Público como membros, mas apenas como composição espúria, mantendo sua autonomia.

Acresce aduzir que se trata de legislação especial, restrita, não cabendo ao intérprete admitir extensões absurdas, de sua aplicação, sob pena de violar a ordem jurídica, por isso que não tem o Poder Judiciário competência para legislar, determinando existir uma vantagem pecuniária expressa na lei.”

Sua inclusão, portanto, no capítulo tem apenas o sentido de lhes estender expressamente direitos, vedações e forma de investidura, já que não sendo membros propriamente da Instituição e merecendo o mesmo tratamento, no particular, a referência era necessária.

De alta relevância a especificação expressa (art. 128) das garantias (inciso I) e das vedações (inciso II) atribuídas aos órgãos do *Parquet*, que lhes são conferidas não como privilégio, mas proteção à independência de

sua atuação funcional, principalmente no que se refere à da inamovibilidade, de ser aplicada referida ao território, e também aos processos em que oficiem.

As vedações se apresentam como extensão dos princípios da moralidade, da segurança jurídica, do respeito à integridade intelectual e da impraticabilidade do tráfico de influência.

A exigência de concurso público de provas e títulos (§ 3.º do art. 129), já existente anteriormente, é também garantia ao livre exercício funcional, assim como a promoção, elevada a nível constitucional por antigüidade e merecimento, obrigando a promoção se figurar o membro por três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadamente na lista de merecimento (art. 93, inciso II c/c 129, § 4.º).

Adquiriu, ainda, o órgão do *Parquet* o direito à aposentadoria aos trinta anos de serviço, da mesma forma como é concedida aos magistrados *d'assise* (art. 93, VI c/c art. 129, § 4.º).

Vale aqui uma digressão filosófica: o legislador constituinte ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, no art. 40, expressamente estabeleceu diferenças entre as aposentadorias do inciso III, concedidas ao homem (35 anos de serviço — alínea *a*; 30 anos de magistério — alínea *b*; 30 anos de serviço, com proventos proporcionais — alínea *c*; 65 anos, com proventos proporcionais — alínea *d*) e à mulher (30 anos de serviço — alínea *a*; 25 anos de magistério — alínea *b*; 25 anos de serviço, com proventos proporcionais — alínea *c*; 60 anos, com proventos proporcionais — alínea *d*).

Curiosamente, não manteve a simetria isonômica quanto às juízas. Deixou, assim, de aplicar o princípio da isonomia, que, basicamente, exige o tratamento igual para os iguais e o desigual para os desiguais, como ensina o mestre PAULINO JACQUES:

“No Brasil de nossos dias, portanto, todos são iguais perante a lei; significa tratamento igual para os que se encontram nas mesmas condições e debaixo de idênticas circunstâncias.” (*In Da igualdade perante a lei*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1957, pág. 167.)

Entretanto, a igualdade não pode ser assegurada mecanicamente, como percurcientemente anotou CARLOS MAXIMILIANO:

“Todavia, a igualdade, como garantia fundamental da lei básica, não tem caráter absoluto, mas ao revés, é relativa. Tratam-se igualmente as situações semelhantes e desigualmente situações dessemelhantes. A igualdade assegurada pelas Constituições não é uma igualdade de fato ou material, consistente numa parificação mecânica. Consiste na verdade, numa potencial paridade jurídica de todos os membros da coletividade estatal perante a lei.” (*In*

Necessário se faz assim, que o legislador estabeleça as igualdades de situações na lei para se realizar a igualdade jurídica.

Nesse sentido é o comentário de PONTES DE MIRANDA:

“Para se chegar, no direito, a maior igualdade entre os homens é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos comuns a todos.” (*In Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV, RT, São Paulo, 1967, fl. 675.)

E mais: “. . . a existência de enunciados de fato, que mostram a igualdade ou a identidade de natureza, não excluem enunciados de fato que assentem a desigualdade dos indivíduos humanos ou a desigualdade de capacidade, tamanho, etc. . . desde que se restrinjam os fatos” (in ob. cit., mesma página.)

É, por isso mesmo, um erro crasso supor que a regra de isonomia possa impedir que se criem desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. O legislador tem exatamente esta função, na sua criação: classificar pessoas, bens e valores, segundo as mais inúmeras variáveis fáticas, tais como qualificação profissional, montante da renda percebida, para lhes poder atribuir conseqüências jurídicas as mais diversas. A lei, quanto aos indivíduos, quase sempre atende as diferenças de profissão, de atividade, de particularidades específicas exigidas para o exercício de determinadas funções, de situação econômica, etc; e quase sempre também distingue a natureza, a utilidade, a raridade dos bens, excepcionalmente colhendo no mesmo comando todos os indivíduos ou todos os bens e valores. E essas distinções são amparadas no agrupamento natural e racional desses indivíduos, bens, valores e fatos, essenciais ao processo legislativo e absolutamente não ferem o princípio da igualdade.

Aí está a relatividade do princípio, que vai variar segundo as opções do legislador para poder distinguir as inúmeras situações heterogêneas da vida e regulá-las segundo o critério político prevalente na conjuntura.

Aliás, nem podia ser diferente, por isso que chegar-se-ia à absurda conclusão de que o Estado estaria cerceado no seu exercício do poder normativo, se o processo legislativo fosse impedido de estabelecer essas diferenças.

A lei pode, portanto, tratar igualmente os iguais e os desiguais, ou desigualmente os desiguais, se quiser; não pode, porém, é tratar desigualmente os iguais.

O que o princípio enseja e exige do legislador é a equivalência real entre os homens, mas tão-só a igualdade de tratamento jurídico para idên-

ticas situações de fato; enfim tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, nada impedindo, e é até aconselhável que o processo legislativo deste expediente se utilize cada vez mais para eliminar ou diminuir as desigualdades reais entre os homens.

Evidentemente que se trata aqui de se corrigirem as desigualdade corrigíveis, as artificiais, moldadas injustamente pelo meio social, como a riqueza, grau de instrução, oportunidade de emprego; as demais, imutáveis, como as diferenças genéticas e inerentes à natureza humana (inteligência, aptidão física) são insuscetíveis de mudança (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, in *The Social contract an discourse on the origin of inequality*, trad. inglesa pela Ed. Washington Square Press, Washington-DC., 1977, p. 175).

Também o Professor J. FLÓSCOLO DA NÓBREGA, da Universidade da Paraíba, já afirmava:

“A igualdade não leva em conta as diferenças e desproporções da vida, nem as injustiças que resultariam de aplicar o mesmo tratamento a situações inteiramente desiguais — exigir o mesmo de ricos e pobres, velhos e crianças, homens e mulheres. Foi assim necessário completá-la com o princípio da proporcionalidade, que é a igualdade em sentido geométrico — tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um segundo suas necessidades e exigindo de cada um conforme suas possibilidades.” (In *Introdução ao Direito*, 6.^a Edição, Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 1981, p. 27.)

No mesmo sentido é a lição de RUI BARBOSA:

“A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.” (In *Orações aos Moços*, Ed. Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1980, p. 20.)

O que se quer deixar claro é: igualdade não se confunde com identidade, como já percebera ARISTÓTELES. Quem se situa em planos diversos, com características diferentes, exercendo funções dessemelhadas não pode ser tratado da mesma forma pela lei ou pelo Administrador Público.

E somente ao Poder Legislativo cabe inovar na ordem jurídica, corrigindo as desigualdades sociais, negado aos outros poderes do Estado tal atividade, peremptoriamente, cerceados que estão ao ofício de declarar o direito existente e aplicável à solução dos litígios. Inovar situações de fato protegidas pelo direito é função exclusiva daquele Poder.

Em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 49, jul./set./57, afirma, com propriedade, o Mestre AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO:

“... a igualdade relativamente às coisas, fatos ou situações para ser estabelecida, necessita da fixação prévia de critérios normadores, que justifiquem, em cada caso, a discriminação ou a assimilação.

É por essa razão que, na incidência do princípio constitucional da igualdade, é mister distinguir entre a igualdade pessoal (*persönliche Rechtsgleichheit*) e a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*).

No primeiro caso, já se disse, o princípio constitucional da igualdade, vincula não só o legislador, como o intérprete, de modo que são vedadas quaisquer discriminações pelo fato de pertencer a uma família, a uma confissão religiosa, a uma classe ou a uma camada social.

.....
Já, assim, não é com a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*). Aqui, configura-se, apenas, uma norma programática, como tal endereçada ao legislador (directory provision): *nur in programmatischen Satzen Wird man an sie erinnert*.

A assimilação de situações e fatos dependerá, como já se indicou, da determinação de critérios orientadores, consubstanciando-se na formulação de um juízo de valor meramente subjetivo e dependendo, muita vez de preponderância de ideias mosônicas, ou do modo de conceber as coisas...,” (fls. 497 e 498.)

Assim é que contém um erro crasso a disposição do inciso VI, do art. 93 aplicável também ao Ministério Público por torça ao disposto no § 4.º do art. 129, na aplicação do princípio da isonomia, desrespeitando as disposições gerais estatuídas no art. 40 da Carta Magna e quebrando a sistemática do seu conteúdo jurídico, devendo ser corrigida para:

“a aposentadoria com proventos integrais é compulsória... aos setenta anos, para os juizes, e sessenta e cinco, para as juizas, e facultativa aos trinta anos de serviço, para os juizes, e aos vinte e cinco, para as juizas, após...”.

Por fim, importa referir a vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas, expressa no inciso IX do art. 129, *in fine*.

Novamente, manifesto meu desaproço por tal situação descaracterizadora da Instituição como um todo, que, desde os primórdios de sua existência, veio acumulando as funções como lembrado no início deste texto.

A respeito do tema, escrevi:

“IV — A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL NA DOCTRINA BRASILEIRA

Nossos autores são unânime em considerar a importância de que essa representação se faça pelo Ministério Público. Ei-las:

“O Ministério Público adquiriu, com a evolução social, considerável importância; em vez de ser um simples prolongamento do Executivo no seio dos Tribunais tornou-se a chamada magistratura de pé. Não acusa sistematicamente; *é órgão do Estado, mas também da sociedade e da lei*” (CARLOS MAXIMILIANO *apud* VICENTE RAO, in *Justitia*, São Paulo, vol. 123, out./dez./1983, p. 138) (grifos nossos.)

“Já não se tratava, evidentemente, de meros agentes do Poder Executivo, de *“procureurs du Roi”*, mas de autênticos representantes da sociedade, com o encargo de vingador público contra todos os infratores da Lei” (ELVIA LORDELLO CASTELLO BRANCO, “Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 39, jul./set./1973, p. 53) (os grifos são nossos).

“Se a necessidade de fiscalização e defesa sociais nasce com o Poder Estatal e Constituinte, não há como negar que o Ministério Público não decorre da organização formal, mas sim, tem seu nascedouro natural na consciência nacional. É por isso, extraconstitucional ou extra-estatal. A vontade social é delegada ao Estado, em cuja outorga de poderes está o de dirigir-lhe e prover-lhe a tranqüilidade, como seu procurador sendo, *ipso facto*, órgão do Poder Estatal que da sociedade é imanente” (NILTON JOSÉ MACHADO, “O Interesse Público como Determinante da Intervenção do Ministério Público na Ação”, in *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, n.º 1, jan./jun./1978, p. 138).

“... não é ele, hodiernamente, braço do Executivo, ou “agente político do governo”, conforme PONTES DE MIRANDA e sim órgão de defesa social, segundo FRANCISCO CAMPOS. O Ministério Público não pode optar por teses que interessem à Administração, mesmo que “decorosamente defensáveis, se violassem elas a sua consciência jurídica e essa verdade precisa ser lembrada, por constituir ele uma nobre e independente carreira que não precisa cortejar qualquer poder” (FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, “Campos Salles e o Ministério Público”, in *Justitia*, São Paulo, vol. 64, jan./mar./1969, pp. 70 e 71).

“Tal atuação intensa levou os Promotores Públicos a preocuparem-se, também com a sorte dos dinheiros públicos, sobretudo

dos municípios. É que, nestes, o procurador da comuna é, normalmente, escolhido mais por ser correligionário do Prefeito, do que por sua capacidade e espírito de luta. Mal proposta ou não bem dirigida a causa, vinha a perecer o interesse público, com repercussão no erário — que é dinheiro do povo e ao povo deve reverter em forma de benefícios gerais...”.

“Com a União e o Estado, por ser, então, o Promotor o seu representante, não havia preocupações maiores” (JOAQUIM MARIA MACHADO, “O Interesse Público Evidenciado”... in *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.ºs 13/14, jan./jun./1979, p. 44).

“O Ministério Público — como bem acentua TOMASO VILA — representa diante dos Tribunais a potestade executiva, ou seja, ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena execução da lei. Não é ele o *representante do Governo*, mas o representante daquela mesma ação executiva, da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas” (Justificativa de proposta do Anteprojeto do Código do Ministério Público do Estado de São Paulo em 1947) (J. A. CÉSAR SALGADO, in “Campos Salles, o Precursor da Independência do Ministério Público do Brasil”, in *Justitia*, São Paulo, vol. 32, jan./mar./1961, p. 42 (grifos no original)).

V. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Concordes conosco estão também os tribunais superiores, a exemplo do Tribunal Federal de Recursos, que declarou a ineficácia, por inconstitucional, de pedido de Procurador da Fazenda Nacional, que solicitava a intervenção em nome da União, em processo de interesse do Fisco, *verbis*:

“Conflito procedente, dando pela competência para apreciá-lo o MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Cabo Frio, ante a expressa manifestação de desinteresse da União na lide, por seu órgão constitucional de representação judicial, a Procuradoria da República” (Conf. de Compet. n.º 5.023, publicado no *DJ* de 17-11-83, p. 17.809).

Tem a mesma exegese o acórdão proferido no RE n.º 85.135, publicado no *DJ* de 10-3-78, p. 1.174, do Supremo Tribunal Federal:

“Representação judicial da União. Incumbe aos Procuradores da República (...) Art. 95, §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal de 1969; ...”

VI. CONTEÚDO DA LEI ORGÂNICA NO BRASIL

Tivemos oportunidade de referir, no histórico deste trabalho, o que existe sobre o assunto na Constituição brasileira.

A antiga expressão: "A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República...", da Carta de 1967, conservando, assim, os textos anteriores foi também mantida na Lei Orgânica vigente: a Lei n.º 1.341, de 30-1-51, *verbis*:

"Art. 30. São atribuições do Procurador-Geral da República:

I —

II — representar a União ou a Fazenda Nacional..."

Contém a proposta de lei orgânica elaborada pela classe, encaminhada ao Ministério da Justiça, no art. 12, a mesma atribuição. Após o seu aprimoramento neste órgão, e elaborado o anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional, resultaram as seguintes disposições:

"Art. 20. A representação judicial da União, interna ou externamente, é privativa dos membros do Ministério Público Federal, sem prejuízo do disposto no § 2.º do art. 95 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Nas comarcas do interior e nos Territórios Federais, a representação judicial da União poderá ser exercida por membro do Ministério Público local, designado pelo Procurador-Geral da República, após indicação do Procurador-Geral da Justiça."

"Art. 22. Em caso de conflito de interesses entre o desempenho das funções institucionais do Ministério Público Federal e de representação judicial da União, o Procurador-Geral da República designará membro da Instituição para atuar como advogado daquela"; em que pese nossa opinião no sentido de que o aparente conflito se resolve naturalmente, por isso que a função de fiscalizar a aplicação e a execução da Constituição e das leis é primordial e deve ser atendida de imediato, entendemos a necessidade da criação da possibilidade de haver as duas designações para evitar maiores problemas na prática. Os menos avisados poderão dar importância apenas a critérios de mera administração, por isso mesmo contingentes e inválidos a se colocarem acima da legalidade, o que levaria à sucumbência do interesse público e ao arbítrio da Administração Pública.

VII. CONCLUSÃO

O estudo da representação judicial no direito comparado veio demonstrar que a separação desta função da de fiscal da lei e de acusador oficial nos processos-crimes, se faz primordialmente nos Estados onde se adota o sistema de dualidade de jurisdição, de origem francesa, que remonta à Revolução e surgiu da interpretação extrema dos novos governantes: a necessidade de se criar uma justiça administrativa, julgadora das ações em que o Estado (na hipótese, substituto do Rei) tivesse interesse; e outra propriamente judicial. Para funcionar como representante do Estado, assim, criou-se, de um lado, a advocacia do Poder Executivo, e de outro, o fiscal da lei e o promotor. Por isso, a imposição da criação do defensor do povo, ou *Ombudsman*, para fiscalizar os atos da Administração.

Nos Estados, entretanto, onde se aplica o sistema de unidade de jurisdição, a divisão perde o sentido, eis que o seu representante judicial não o é do Poder Executivo, mas do povo, do Tesouro Nacional, que também é do povo. Seria impossível, na prática e institucionalmente, separar o fiscal do representante, em razão de que ambas as funções se esvaziariam ou se atrofiariam, distanciando-se da finalidade para que foram criadas.

Ensinou-nos mais o direito comparado que, nos Estados socialistas do leste europeu e do oriente, o Ministério Público exerce, na prática, uma função a serviço do Partido que detém a sua direção, não possuindo independência, deixando de servir como parâmetro para quaisquer comparações com a organização ocidental da Instituição.

Nos países como a Suécia e outros, onde se adota o regime socialista propriamente dito, e onde encontramos a figura do *Ombudsman*, verdadeiro fiscal dos atos da Administração, ora teremos as funções de representação e acusação unidas, ora separadas. Não existe um critério para se determinar por que foi feito de uma forma ou de outra. Necessitaríamos de fazer um estudo mais profundo nas legislações inferiores respectivas para encontrar a explicação, o que, no momento, se tornou inviável, por não termos às mãos os textos requeridos às Embaixadas.

Somente o Ministério Público, instituição apta, tradicional, normativa e materialmente, pode defender o patrimônio público, pois sua atuação é orientada pelo princípio da legalidade e visa ao controle dos atos administrativos e à responsabilidade civil e penal dos agentes públicos.

Os bens, serviços e interesses da União, i. é., do povo, da sociedade, os direitos difusos da coletividade, a serem protegidos

contra as autoridades, fontes estas maiores de lesão ao bem comum, são de tal relevância que não comporta a sua inclusão no âmbito da atuação de meros agentes da Administração, de que dependem e cuja visão se situa nos limites dos critérios do interesse do superior hierárquico.

Compreendida esta necessidade e a distinção teórica entre as funções de fiscal e representante, impõe-se o seu exercício pela mesma Instituição independente, e inspirada sua atuação pelo princípio da legalidade, fazendo-se a separação, na prática, com a designação de dois órgãos diversos, se necessário." (EDYLCEA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA, in "O Ministério Público e a Representação Judicial da União Federal", *Revista Forense*, vol. 303, pp. 57/59).

A experiência, em Portugal, também revelou a impraticabilidade da separação das funções, e, desde 12 de novembro de 1869, um decreto uniu a Procuradoria-Geral da Coroa e a Procuradoria-Geral da Fazenda, terminando com os problemas inúmeros surgidos com a dissociação.

O grande equívoco sobre o assunto se prende ao entendimento generalizado de que o representante judicial da União deve defender o Poder Executivo, como se fora seu advogado em termos comuns. Ledo engano: a uma, porque este não é pessoa jurídica e não pode constituir procuratório; a duas, porque a pessoa física que o exerce é um agente público que deve agir conforme a lei; a três, porque a representação da União em juízo se deve fazer para defender o erário, o patrimônio público, etc., apenas e somente, dentro dos limites da lei em sentido amplo, vedada evidentemente a defesa de atos ilícitos ou ilegais.

Descabem, assim, a separação de funções e a criação de outro corpo de juristas para fazer o trabalho que já é feito, com eficiência, pelos membros do *Parquet*.

13. Manteve a Lei Maior a titularidade do Procurador-Geral para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, inciso VI c/c inciso IV do art. 129), ao lado de outras pessoas físicas e jurídicas, até, porque, esta é função de *custos legis*, própria da Instituição.

3. CONCLUSÃO

Da análise aqui trazida, verifica-se que o legislador constituinte quis conferir poderes suficientes ao *Parquet* no sentido de lhe permitir realize a fiscalização da ordem jurídica como um todo, com o fim de manter o equilíbrio da democracia no Estado de Direito instaurado no Brasil, usando a maior independência possível. Tornou-o, por isso, uma instituição forte, para não amesquinhar o regime político e engrandecer a Nação.

Ministério Público e Ação Civil Pública

TEORI ALBINO ZAVASCKI

Juiz do TRF — 4ª Região. Professor de
Direito Processual Civil na UFRGS

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Atuação do Ministério Público: repartição de atribuições. III — Natureza da atuação do MP: substituição processual. IV — Impossibilidade de celebrar transação. V — Impossibilidade de desistir. VI — Conclusão.

I — Introdução

Promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos é função institucional do Ministério Público, poder-dever chancelado, superlativamente, com a inscrição no art. 129, III, da Constituição Federal. A disciplina infraconstitucional da ação está, basicamente, na Lei n.º 7.347, de 24-7-85 (“Disciplina a 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...”), na Lei n.º 7.853, de 24-10-89 (“Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes...”), na Lei n.º 7.913, de 7-12-89 (“Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários”) e na Lei n.º 8.078, de 11-9-90, o

chamado “Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (“Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”).

De todas, a que avulta em importância é a primeira das citadas, a de n.º 7.347, de 24-7-85, e isso por duas razões: primeiro, porque todas as demais chamam expressamente por sua aplicação subsidiária; depois, porque suas disposições regem, além das ações de responsabilidade por danos causados nas hipóteses nela elencadas, também as que decorrem de danos “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1.º, inc. IV, acrescentado pelo art. 110 da Lei n.º 8.078, de 11-9-90). É lícito afirmar-se, pois, que, à falta de norma específica, é à Lei n.º 7.347/85 que o Ministério Público há de recorrer sempre que necessário para o exercício pleno da sua função institucional, seja no que diz com direitos e interesses difusos e coletivos, seja no concernente à proteção do patrimônio público e social.

Com este estudo, pretende-se trazer à reflexão alguns aspectos específicos relacionados com a participação do Ministério Público em sua condição de promovente da ação civil pública, considerado o ordenamento jurídico em seu todo.

II — *Atuação do Ministério Público: repartição de atribuições*

O Ministério Público é instituição permanente, de caráter nacional, essencial à função jurisdicional do Estado, subordinada aos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF, art. 127). Afirmar-se que o Ministério Público é uno e indivisível significa dizer, como anotou ARRUDA ALVIM¹, que a manifestação de qualquer de seus agentes, no cumprimento do dever funcional, vinculará a própria instituição como um todo. Por ser assim, é evidente que a atuação do Ministério Público, a exemplo do que se passa no Poder Judiciário — que tem sua jurisdição limitada pelas regras de competência — se dá em forma organizada e hierarquizada. Seus agentes exercem as funções sob determinadas regras e limites impostos pela estrutura do organismo. Não se poderia imaginar, com efeito, pudessem todos e cada qual dos agentes da instituição, legitimamente, falar em nome dela e assim comprometê-la, perante todo e qualquer órgão ou instância, ou em qualquer lugar, ou nos momentos que lhes aprouvessem.

É decorrência do caráter nacional da instituição e dos princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade que a regem, a sua organização mediante repartição de atribuições. Não tem outro sentido o art. 128 da CF, ao estabelecer que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, aquele compreendendo o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal

¹ *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed., v. 1, São Paulo, RT, 1990, p. 315.

e Territórios, cada qual, portanto, com atribuições delimitadas. Seria inconcebível a atuação do Ministério Público sem tais delimitações. Os princípios da unidade e da indivisibilidade afastam a suposição de que o Ministério Público Federal possa atuar, indiscriminadamente, perante a Justiça do Trabalho ou a Militar ou a dos Estados. Da mesma forma e pelo mesmo motivo não se compadece com a estrutura da instituição afirmar-se legitimidade aos agentes do Ministério Público Estadual para atuar fora da sua Comarca, ou fora de seu Estado, ou fora da jurisdição local (salvo, evidentemente, quando autorizados, como, v.g., na hipótese prevista no ADCT, art. 29, § 5.º).

A ação civil pública será proposta, portanto, pelo Ministério Público da União, quando se tratar de causa de competência da Justiça Federal; e será proposta pelo Ministério Público dos Estados, quando for causa de jurisdição local. Não há como adotar-se, hoje, sem ofensa ao caráter nacional e ao princípio da unidade do Ministério Público, regime legal que viabilize a presença simultânea de dois Ministérios Públicos (!) no mesmo processo, de modo a ensejar tanto ao Ministério Público Federal como ao Estadual a possibilidade de intervir, na qualidade de assistente litisconsorcial, na ação proposta pelo outro, como sugerido, antes da nova Carta, por autores de nomeada². De duvidosa constitucionalidade, por idêntico fundamento, o § 8.º do art. 5.º da Lei n.º 7.347/85, introduzido pelo art. 113 da Lei n.º 8.078/90, ao admitir “o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida a lei”. A tese como certo, conforme se verá, que o Ministério Público é o substituto processual dos titulares do direito defendido, não haverá título para legitimação do outro, o litisconsorte facultativo, nem sobejará direito ou interesse que possa ele defender em nome próprio na ação civil pública.

III — Natureza da atuação do MP: substituição processual

A promoção, pelo Ministério Público, de ação civil pública visa, conforme ditame constitucional, “... à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Do patrimônio público e social são, por exemplo, os bens que formam o patrimônio cultural brasileiro, ou seja, aqueles “de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I — as formas de expressão; II — os modos de criar, fazer e viver; III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destina-

2 ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO, EDIS MILLARE e HUGO NIGRO MAZZILLI, “O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição” in *RT* n.º 611, p. 21.

dos às manifestações artístico-culturais; V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (CF, art. 216). Também o meio ambiente é patrimônio público, “bem de uso comum do povo”, na expressão constitucional, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

Os direitos e interesses difusos se caracterizam pela indeterminação de titular específico, por serem metas individuais³. Os direitos difusos têm como conteúdo bens coletivos de relevante interesse geral, mas não têm “dono certo”, na expressão de CAIO TÁCITO⁴. Segundo definição da Lei n.º 8.078/90, interesses ou direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” e interesses ou direitos coletivos são “os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica” (art. 81, parágrafo único, I e II).

O que se quer realçar é que, em todas as hipóteses de promoção de ação civil, seja na defesa do patrimônio público ou social, seja, ainda, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, e até nos chamados “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (Lei n.º 8.078/90, art. 81, parágrafo único, III), o Ministério Público estará sempre defendendo, não direito próprio e sim direito alheio. Direito, ou de toda a comunidade, ou de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ou classes, categorias, grupos e pessoas individualmente consideradas. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, para a qual se exige habilitação legal específica, a teor do art. 6.º do CPC. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de que não é titular, assume, no processo, a condição de substituto processual. Assim, o Ministério Público, autor da ação civil pública, é substituto processual.

IV — Impossibilidade de celebrar transação

A substituição processual é de natureza adjetiva típica e ali se esgota. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, não substitui o titular na relação de direito material, mas sim e apenas na relação processual, onde ocupa a posição que, normalmente, seria por ele ocupada⁵. Como consequência, não pode o substituto praticar ato algum que, direta

3 ADA PELLEGRINI GRINOVER. *Novas Tendências no Direito Processual*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, p. 150.

4 “Controle judicial da administração pública na Nova Constituição” in RDP, nº 91, p. 30.

5 WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JUNIOR. *Substituição Processual*. São Paulo, RT, 1971, p. 90.

ou indiretamente, importe em disposição do direito material do substituído. "É o que afirma CHIOVENDA, dizendo, em seguida, que pode haver atos da parte aos quais a lei confere importância somente quando procedem daquele que seja titular da relação material (juramento, confissão, renúncia, desistência da ação, reconhecimento do direito material) ou daquele que seja representante ou órgão do titular. Tais atos não poderão ser realizados pelo substituto, estando, portanto, sua atividade limitada a sua própria condição", lembra WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR, invocando, no mesmo sentido, farto ensinamento doutrinário⁶.

Apropriado afirmar-se, por conseguinte, que os atos que importarem, direta ou indiretamente, disposição do objeto material da controvérsia, como a transação e o reconhecimento do pedido, não estão abrangidos entre as faculdades próprias à substituição processual⁷. É que a transação, como escreveu PONTES DE MIRANDA, "é negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia"⁸. Esta a razão que o levou a concluir que "a transação judicial tem conteúdo de direito material e só é processual o efeito de pôr termo ao processo..."⁹; que "a transação, negócio jurídico de direito material, tem de existir, ser válida e ser eficaz segundo os princípios de direito material, que a rege"¹⁰; e que "a feitura de transação pendente a lide, homologada pelo juiz (...) não a processualiza: a homologação é para reconhecer-lhe eficácia quanto à relação jurídica processual, que é entre os figurantes da transação e o juiz, e só por decisão dele se pode desfazer, cessando, então, para o Estado, o dever da prestação jurisdicional prometida"¹¹.

Bem se vê, por via de conseqüência, que o negócio jurídico de transação não dispensa os requisitos de validade estabelecidos na lei material. Não autorizado a dispor do direito material em ato extrajudicial, não assiste ao Ministério Público legitimidade para fazê-lo em transação tendente a extinguir o processo.

Por outro lado, ainda que, subjetivamente, estivesse habilitado a transacionar em nome do substituído, é certo que o substituto processual só poderia fazê-lo em relação a direitos considerados disponíveis. "Só

6 *Op. cit.*, p. 97.

7 A propósito, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, citando JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Estudos sobre a substituição processual no direito brasileiro" in *RT* n° 438, p. 30.

8 *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed., v. 25, São Paulo, *RT*, 1971, p. 117.

9 *Op. cit.*, p. 137.

10 *Op. cit.*, p. 138.

11 *Op. cit.*, p. 142.

quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite transação”, dispõe o Código Civil, em seu art. 1.035. Quanto aos direitos indisponíveis, “...a lei, soberanamente, os protege mesmo contra a vontade declarada do seu titular”, ensina, com propriedade, SÉRGIO SAHIONE FADEL¹². Exemplos desta proteção nos dá o Código de Processo Civil em vários de seus dispositivos: quando considera sem valor a confissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351), quando impede que sobre eles recaiam os efeitos da revelia (art. 320, II) e, ainda, quando proíbe que, a respeito deles, a parte assuma ônus probatório não previsto em lei (art. 333, parágrafo único, I). Ora, “a legitimação para agir conferida ao Ministério Público nos casos de ação civil atende sempre o interesse público. Este interesse é indisponível, dado que o direito substancial derivado do interesse público é indisponível. Isso vale ainda que se trate de direito meramente patrimonial, pois, legitimado o Ministério Público para vir a juízo agir na defesa desse interesse, ele se transforma de privado em público. Logo, o Ministério Público não poderá praticar atos que importem disposição do direito material como, v.g., a renúncia ao direito, a confissão, a transação e o reconhecimento jurídico do pedido, no caso de estar no pólo passivo, como parte, na relação jurídica processual”¹³.

A impossibilidade de celebrar transação não impede, entretanto, que o Ministério Público, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ajuste com o réu o modo de dar atendimento à prestação exigida, inclusive para o efeito de admitir a substituição da execução específica por outras providências que levem a resultado equivalente. Aqui não haveria nem concessão nem transigência alguma em relação ao direito em si mesmo, vale dizer, não haveria transação. Ademais, a lei, hoje, faculta ao juiz determinar, no lugar da prestação específica, “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (Lei n.º 8.078/90, art. 84). Ora, se a tanto pode chegar a sentença não há como deixar de reconhecer às parte a faculdade de, elas próprias, levarem ao juiz proposta consensual, a ser homologada, com o conteúdo e nos limites em que pode se dar o provimento sentencial.

V — Impossibilidade de desistir

É opinião consagrada na doutrina a de que o Ministério Público, além de não ter disponibilidade sobre o conteúdo material da ação civil,

¹² *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed., v. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 594.

¹³ ANTONIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO, EDIS MILLARÉ e NELSON NERY JUNIOR. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo, Saraiva, 1994, pp. 43-4.

não tem, igualmente, disponibilidade sobre a própria ação, dela não podendo desistir. Assim pensam: GALENO LACERDA¹⁴, ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILLARÉ e NELSON NERY JÚNIOR¹⁵, JOSÉ DOMINGOS DA SILVA MARINHO¹⁶, VOLTAIRE DE LIMA MORAES¹⁷, ERNANE FIDELIS DOS SANTOS¹⁸ HELY LOPES MEIRELLES¹⁹. ARRUDA ALVIM, sustenta ser indisponível a ação ao Ministério Público em qualquer das hipóteses em que se legitima extraordinariamente. Veja-se o que escreveu, comentando o art. 81 do CPC:

“A atividade do Ministério Público, em tais casos, é excepcional, pois normalmente caberia aos particulares agir. Os princípios que informam a ação do Ministério Público são diversos dos que ilustram, usualmente, este direito em relação aos particulares. Com efeito, na ação civil pública o Ministério Público está orientado pelo princípio da indisponibilidade. Ocorrentes os pressupostos do exercício do direito, é inarredável a propositura da ação e o prosseguimento do processo, até seu termo final. A relação processual, o evolver do processo é contaminado pelo caráter de indisponibilidade insito ao direito de ação, em função do bem indisponível subjacente. . . Diante do princípio da indisponibilidade que informa a ação pública civil, o Ministério Público não se encontra apenas frente a um dever indeclinável de propor a ação, mas também do imperativo de prosseguí-la, postulando pelo prevailecimento da pretensão que deduziu. . .”²⁰.

Decerto inaceitável o argumento segundo o qual, por não ser vedada em lei, a desistência, pelo Ministério Público, estaria permitida. Se a regra vale para o particular, o mesmo não se dá em relação ao Ministério Público que, como órgão do Estado que é, obedece a regra básica do direito público: os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida. Não bastaria, portanto, ausência de proibição, como ocorre na atividade dos particulares. A atuação do Ministério Público é vinculada não à vontade pessoal de

14 “Ação civil pública” in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, nº 19, pp. 32-3.

15 *Op. cit.*, pp. 43-4.

16 “A necessidade de uma Constituição concisa” in *Justitia*, nº 135, p. 24.

17 “A ação civil pública e a tutela do meio ambiente” in *AJURIS*, nº 37, p. 220.

18 *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 58.

19 *Mandado de Segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas-data”*. 12ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 123.

20 *Código de Processo Civil Comentado*. V. 3, São Paulo, RT, 1976, pp. 382-3.

seus agentes, mas a uma finalidade impessoal e pública, definida em lei. É precisa, no ponto, a doutrina de HANS KELSEN:

“Um indivíduo age como órgão do Estado somente enquanto atua sob autorização de alguma norma válida. Esta é a diferença entre o indivíduo agindo não como órgão estatal e o indivíduo agindo enquanto órgão do Estado. O indivíduo que não funciona como órgão do Estado está autorizado a fazer tudo o que não seja proibido pela ordem legal, ao passo que o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado pode fazer somente aquilo que a ordem legal autorizá-lo. Do ponto de vista de técnica legal, portanto, é supérfluo estatuir quaisquer proibições para um órgão do Estado. É suficiente não autorizá-lo. Se o indivíduo age sem a autorização da ordem legal, ele não está mais agindo como órgão do Estado. Seu ato é ilegal pela razão mesma de que não está apoiado por nenhuma autorização legal.”²¹

Reafirma-se, destarte, que a inexistência de proibição não autoriza o Ministério Público a desistir. A desistência, contraposição que é do dever de promover a demanda, imposto por lei, haveria de estar, também ela, autorizada expressamente. E não está. O argumento, aliás, vale, com maiores razões, para a hipótese de transação. Transacionar, mais que não estar autorizado ao Ministério Público, está, na verdade, proibido pelo ordenamento jurídico.

VI — Conclusão

A suma conclusiva das anotações que se fez consiste, pois, em afirmar que: *a)* o Ministério Público, instituição de caráter nacional, sujeita ao princípio da unidade, atua em forma organizada e com repartição de atribuições, cabendo ao Ministério Público da União propor as ações civis públicas de competência da Justiça Federal e ao dos Estados as de competência local; *b)* como autor da ação civil pública, o Ministério Público está defendendo, em nome próprio, direito alheio, caracterizando-se legitimação extraordinária, de substituição processual; *c)* o substituto processual não tem poder de disposição sobre o conteúdo material do direito defendido em juízo, ainda que se trate de direito disponível em relação ao respectivo titular; *d)* os direitos e interesses relacionados ao patrimônio público e social e os demais direitos e interesses difusos e coletivos, sendo indisponíveis, não podem ser objeto de transação; *e)* presentes os pressupostos do exercício da ação civil, ao Ministério Público cabe não apenas o direito, mas o dever indeclinável de propô-la e de dar-lhe o devido prosseguimento; *f)* ao Ministério Público, é vedado transigir e desistir da ação civil pública.

²¹ *General Theory of Law and State*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, p. 264.

O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente

HUGO NIGRO MAZZILLI

Promotor de Justiça

SUMÁRIO

(1) *Funções institucionais do Ministério Público: a) introdução; b) campo de atuação; c) posicionamento constitucional; d) funções constitucionais; e) rol constitucional das funções do Ministério Público: 1. A ação penal pública. 2. O defensor do povo. 3. A promoção do inquérito civil e da ação civil pública. 4. A ação de inconstitucionalidade e a representação interventiva. 5. A defesa das populações indígenas. 6. A expedição de notificações e requisições. 7. O controle externo da atividade policial. 8. A representação da Fazenda Pública. f) norma residual ou de extensão; g) as notificações e as requisições; h) o Promotor ad hoc; i) o princípio da obrigatoriedade. (2) Funções previstas no ECA. (3) A Lei Orgânica local do Ministério Público. (4) As competências do Ministério Público. (5) A remissão. (6) Promoção e acompanhamento dos procedimentos infra-constitucionais. (7) Ações de alimentos e outros procedimentos (8) Hipoteca legal e prestação de contas. (9) Inquérito civil e ação civil pública: a) generalidades; b) a defesa de interesses difusos e coletivos na área de proteção à infância e à juventude; c) hipóteses de ação civil pública; d) o inquérito civil. (10) Procedimentos administrativos. (11) Notificações e requisições. (12) Sindicâncias e requisição de inquérito policial. (13) Zelo pelos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes. (14) Mandado de segurança, mandado de injunção e habeas corpus. (15) Representação para aplicação de penalidades. (16) Realização de inspeções. (17) Requisição de força policial e da colaboração de outros serviços. (18) Legitimação concorrente. (19) Outras funções compatíveis. (20) Livre acesso a locais. (21) Acesso a informações e a documentos sigilosos. (22) Instrumentos de atuação do ombudsman.*

(1) *Funções institucionais do Ministério Público*

a) *introdução*

Para corretamente enfrentar o tema das funções institucionais do Ministério Público, é indispensável fazer um exame global da instituição do Ministério Público — *o que é, o que faz e qual o fundamento* da sua atuação — não só sob o ponto de vista legal, mas também sob o ponto de vista social; a seguir, devemos buscar sua *destinação*, seu *embasamento* e suas *atribuições* constitucionais.

Esse exame fornecerá o como e o porquê se chegou à razão das normas vigentes, que conferem à Instituição as atuais funções que por ela são exercidas. Devemos, assim, buscar o conteúdo e a fundamentação constitucional e institucional do Ministério Público enquanto ofício, enquanto conjunto de atribuições, poderes e deveres. Ainda é fundamental discutir, a cada passo, *os fundamentos e o sentido da intervenção ministerial*, para que suas funções sejam compreendidas como um conjunto harmônico de atribuições, de uma Instituição que tem um fim a realizar no meio social, atribuições estas que justificam as garantias constitucionais conferidas a seus membros, como a independência funcional (seja em face dos demais órgãos, seja em face da própria Instituição); a vitaliciedade (que visa a assegurar o vínculo jurídico que liga o agente a seu cargo, predicamento este que hoje só é compartilhado com os magistrados); a inamovibilidade (que, aderindo ao cargo, agora visa a assegurar o exercício das funções a ele inerentes).

Trata-se de garantias conferidas justamente diante das peculiaridades do ofício do Ministério Público: é difícil ter muitas vezes de tomar partido a favor do governado contra o governante; a favor do obreiro e do acidentado do trabalho contra o patrão ou a empresa; a favor do pobre contra o rico; a favor do cidadão contra o político; a favor da vítima contra o não raro bem sucedido criminoso. Tudo isto está a significar que o Ministério Público assume não raro a defesa da parte mais fraca na relação processual ou a parte mais fraca no seio social.

b) *campo de atuação*

Não vamos aqui divagar sobre as instituições ou órgãos que podem ser considerados precursores da função do Ministério Público. Vamos mais objetivamente buscar a *causa histórica* do Ministério Público.

O Ministério Público, tal como o conhecemos hoje, não surgiu de repente, num só momento, num só lugar, seja por ordenanças francesas ou lusitanas. Na verdade, formou-se lenta e progressivamente, em resposta a exigências históricas.

Sua origem se liga à questão da soberania. Quando o desenvolvimento do Estado paulatinamente começou a impedir que os soberanos pudessem

pessoalmente exercitar todas as funções de soberania (fazer e aplicar a lei), passaram estes a instituir Tribunais; depois, passaram eles a colocar, junto a esses Tribunais, agentes seus, *representantes deles*, monarcas, para defender os interesses dos governantes e da Coroa.

Depois, foi conferida a esses agentes do rei a responsabilidade pela promoção da ação penal, que é decorrência do *jus puniendi* estatal, expressão da soberania.

Enquanto o Ministério Público cada vez mais foi alargando sua atuação na área criminal, a ponto de hoje conquistar a exclusividade da promoção da ação penal pública, ao mesmo tempo foi-se afastando da defesa *dos interesses dos governantes, da Coroa ou da atual Fazenda Pública*.

Aliás, é bom que tenhamos sempre presente que ainda persiste esse mesmo processo de formação, pois o Ministério Público está em contínuo processo de crescimento.

Ainda que deixemos de lado as atribuições ditas transitórias ou delegadas ao Ministério Público local (como a defesa da Fazenda Nacional, a defesa do reclamante trabalhista e a atuação junto à Justiça Eleitoral), podemos dizer que hoje o ofício do Ministério Público é muito *diversificado*.

Na esfera criminal, investiga ou determina a investigação de crimes; oficia nos inquéritos policiais; propõe a ação penal pública; oficia na execução das penas; atua perante o tribunal do júri, a justiça militar e a corregedoria dos presídios e da polícia judiciária.

Não atua como um acusador cego ou implacável, mas é o Promotor de Justiça, antes mesmo do que o órgão do Poder Judiciário, a *primeira real garantia* de proteção das liberdades do cidadão, por ser ele quem assegura o pressuposto de uma imputação feita por órgão independente, que tem plena liberdade de convicção e de atuação. É o Promotor que detém nas mãos poder de acusar — expressão do direito de punir, do qual é titular o Estado soberano. Nessa relevante função, pode e deve o Promotor, conforme o caso, inclinar-se pelo arquivamento de uma investigação criminal, ou pela absolvição, caso se convença da inocência do acusado. Até mesmo pode e deve impetrar *habeas corpus*, quando é o caso.

Está aí o Promotor a viabilizar, somente a partir dessa acusação independente, a atuação de um juiz efetivamente imparcial, porque agora *desvinculado do ônus de investigar, de provar ou de acusar*.

Mas, afora a atuação na área criminal, a única sobre a qual conserva a Instituição exclusividade quanto à legitimação para agir em juízo, outras relevantes atribuições tem o Ministério Público, seja na área institucional em geral, seja especificamente na área cível, sobre as quais não tem nem convém que tenha exclusividade de agir, porque aqui o titular do interesse material não é o Estado, mas a coletividade como um todo.

Nessa área cível, o Promotor de Justiça atua na esfera judicial ou extrajudicial; instaura inquéritos civis e propõe a ação civil pública; oficia em inúmeros feitos, bem como exerce diversas curadorias (de ausentes e incapazes; de massas falidas; de acidentes do trabalho; de família e sucessões; de resíduos; de fundações; de registros públicos; da infância e da juventude; do meio ambiente; do consumidor; das pessoas portadoras de deficiência; na corregedoria dos cartórios de registro civil; no zelo dos direitos constitucionais do cidadão).

Na esfera da administração pública de interesses privados, exercita a curadoria de casamentos e aprova acordos extrajudiciais.

Suas atribuições vêm crescendo significativamente, como na atuação em defesa do regime democrático e em favor do efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais.

Atua ora como *órgão agente* (propondo inúmeras ações civis públicas — não só nas hipóteses mais tradicionais, como a ação de nulidade de casamento ou o pedido de interdição; nas ações para defesa do meio ambiente ou do consumidor etc.), ora como *órgão interveniente* (oficiando nos processos que o legislador considerou mais relevantes, como naqueles em que há interesse público evidenciado por uma questão ligada a alguma das partes — como os incapazes —, ou ligada ao próprio interesse material em litígio — como as matérias de família, as ações populares e tantos outros casos).

Existem ainda relevantes encargos *extrajudiciais* do Ministério Público, como no atendimento anônimo de milhares de pessoas, todos os dias, em todas as comarcas, em todos os Fóruns do País. Nessa tarefa, os Promotores de Justiça conciliam, orientam, intercedem, resolvem questões que, muitas vezes, antes de serem jurídicas, são mais problemas humanos e sociais.

c) *posicionamento constitucional*

Na Constituição de 1988, o Ministério Público conquistou posição em Capítulo próprio — *Das Funções Essenciais à Justiça*; viu-lhe ligada à essência de suas finalidades a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

A *defesa do regime democrático* pelo Ministério Público, novidade em nosso Direito, de inspiração na Constituição portuguesa de 1976, explica-se porque, na verdade, a manutenção da ordem democrática pressupõe o cumprimento das leis e o respeito dos direitos constitucionais do cidadão — tarefas pelas quais deve o Ministério Público empenhar-se.

Sobreleva, assim, considerar a destinação do Ministério Público na defesa do *interesse público primário*, visto sob o ponto de vista da indisponibilidade do bem coletivo.

Ficaram mencionados na nova ordem constitucional os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade, bem como da independência funcional (CR, art. 127, § 1.º; LC 40/81, art. 2.º). Na verdade, os dois primeiros provêm especialmente de inspiração da doutrina francesa. Nesta, concebe-se a unidade do Ministério Público visto como uma só instituição, com uma só chefia; a indivisibilidade é vista como um só ofício. E mais: na França, em vez da independência funcional, acolhida expressamente entre nós como princípio institucional do Ministério Público, admite-se o princípio hierárquico (como na advocatária).

No Brasil, porém, pelas peculiaridades de um Estado Federado (não unitário, como a França), não se pode falar pura e simplesmente em unidade do Ministério Público. Há várias instituições de Ministério Público, só se podendo conceder unidade em cada uma delas. Quanto ao ofício, a rigor também não é uno, haja vista que num mesmo processo vários órgãos da Instituição podem estar a exercer funções inacumuláveis nas mãos de um só deles. Por fim, entre nós, a chefia institucional é antes administrativa que funcional: ao contrário de se supor uma Instituição hierarquizada, assegurou-se aqui antes um Ministério Público no qual seus agentes gozam de independência funcional, predicamento expressamente garantido na nova Constituição (art. 127, § 1.º).

d) funções constitucionais

É possível examinar as funções ministeriais sob dois aspectos: quanto à sua natureza e quanto à sua titularidade.

Quanto à *natureza*, podemos distinguir suas funções em típicas e atípicas.

Dentro da destinação institucional que lhe reservam as leis, o Ministério Público atua mais freqüentemente em funções típicas, ou seja, em funções intrinsecamente próprias ou peculiares à instituição, à sua natureza: é o caso da ação penal pública (CR, 129, I), da promoção da ação civil pública (CR, 129, III), do zelo de interesses sociais ou individuais indisponíveis (CR, 127) etc.

Contudo, ainda há e também já houve funções outras cometidas ao Ministério Público que lhe são ou, conforme o caso, já lhe foram atípicas, como a advocacia da Fazenda, hoje vedada à Instituição e apenas exercida de forma residual; como a supletiva prestação de assistência judiciária aos *necessitados* (LC 40/81, art. 22, XIII) e aos reclamantes trabalhistas (CLT, art. 477, § 3.º; Lei n.º 5.584/70); como a defesa do revel ficto (CPC, art. 9.º); como a substituição processual da vítima pobre nas ações cíveis *ex delicto* (CPP, art. 68), hoje atribuição prioritária das defensorias públicas.

A tendência atual certamente consiste, a nosso ver, no esvaziamento das funções atípicas: a Fazenda tem seus advogados, que devem defender seus interesses patrimoniais (CR, 129, IX, 131, e art. 29, § 5.º do ADCT); agora

está sendo criada a Defensoria Pública, cujo dever constitucional consiste em prestar assistência judiciária aos necessitados (CR, art. 134).

Entretanto, enquanto ainda subsistirem para o Ministério Público funções atípicas, devem ser exercitadas adequadamente, buscando-se sempre um objetivo comum nas funções típicas e atípicas: trata-se do zelo de *um interesse público primário*, ou seja, um interesse ligado à defesa da comunidade como um todo, à defesa do bem geral. Com efeito, e é de sabença de todos, há diversas categorias de interesses, que, sumariamente podem ser sintetizadas em dois grandes grupos: o interesse privado (como o direito de propriedade) e o interesse público em sentido estrito (como o direito de punir do Estado soberano). Entretanto, entre ambos os grupos, reconhece-se a presença de categorias intermediárias: os chamados *interesses individuais homogêneos* (são, na verdade, interesses transindividuais, caracterizados pela extensão divisível ou individualmente variável do dano ou da responsabilidade), os *interesses coletivos* (em sentido estrito, também são interesses transindividuais, agora indivisíveis, abrangendo uma categoria determinada ou determinável de pessoas, ligadas por uma relação jurídica básica), os *interesses difusos* (que atingem uma coletividade indeterminada) e, finalmente, o *interesse público em sentido lato* (que diz respeito à comunidade como um todo).

O interesse público, no sentido lato, pelo qual deve zelar o órgão do Ministério Público, geralmente está ligado à defesa de:

a) *pessoas determinadas* (a criança e o adolescente, o incapaz, a pessoa portadora de deficiência, o acidentado do trabalho);

b) *grupos de pessoas determinadas ou determináveis* (populações indígenas, consumidores);

c) *toda a coletividade* (nas ações penais; na ação popular; na defesa do meio ambiente).

Observe-se que a proteção à criança e ao adolescente, por exemplo, interessa à atividade ministerial, seja enquanto isoladamente considerada (p. ex., a situação de uma única criança abandonada), seja sob o aspecto coletivo ou difuso (p. ex., os adolescentes de uma escola secundária, todas as crianças do País destinatárias de uma propaganda prejudicial à saúde etc.).

Na defesa de pessoas ou de grupos determinados, fala-se em intervenção pela qualidade da parte; na defesa da coletividade como um todo, fala-se em intervenção motivada pela natureza da lide. É claro, entretanto, que mesmo neste último caso, o Ministério Público sempre intervém em defesa de um interesse ligado a pessoas, ou seja, aqui se trata de um grupo mais amplo de pessoas, isto é, o interesse da convivência social como um todo.

O que deve o Ministério Público buscar quando atua num processo?

A Constituição dá o denominador comum: trata-se do *zelo pela indisponibilidade de um interesse*.

Há interesses que são *objetivamente* indisponíveis (por exemplo, na ação penal, quando temos o conflito entre o direito de punir estatal e a liberdade individual); outros interesses, porém, são *relativamente* indisponíveis à vista *de quem seja seu titular* (ex.: um imóvel pertencente a uma pessoa incapaz).

Na atuação em favor de uma indisponibilidade absoluta, ligada a um interesse público impessoal, a legitimidade de agir do Ministério Público faz pressupor atuação desvinculada, *a priori*, da defesa de pessoas determinadas; contudo, nas hipóteses de atuação em favor de uma indisponibilidade absoluta ou relativa ligada à qualidade de uma das partes, sua atuação é nitidamente *protetiva, finalisticamente destinada, a priori, à defesa de pessoa ou grupo de pessoas*.

Exemplifiquemos com a ação de nulidade de casamento. Nesse feito, busca o Ministério Público uma atuação previamente desvinculada do interesse pessoal de cada um dos cônjuges. Está ele destinado à busca da procedência do pedido apenas se reconhecer que o casamento foi contraído com alguma nulidade absoluta; em caso contrário, pode o órgão ministerial sustentar a improcedência, mesmo que tenha sido o próprio Ministério Público o autor da ação. Pode, pois, apelar em favor da procedência ou da improcedência do pedido, conforme entenda seja o caso. Contudo, nessa mesma ação, é de perguntar-se qual interesse poderia ter ele em recorrer da sentença, para discutir a só fixação do montante da verba honorária, que, esta sim, interessa apenas a partes maiores e capazes?!

Outro exemplo, agora: suponhamos a atuação ministerial em feito em que haja incapazes. Trata-se de atuação teleologicamente protetiva; não obstante, não é o órgão ministerial obrigado a recorrer a favor do incapaz, que a seu ver não tenha razão. Contudo, se o incapaz obteve procedência *de seu pedido, mesmo que ao ver do órgão ministerial não tenha ele razão*, não terá agora o Ministério Público interesse processual na reforma da sentença que deu ganho de causa ao incapaz. Ao apelar contra a vitória do incapaz, aí estaria defendendo interesses agora sim disponíveis da outra parte, que é maior e capaz.

Assim, para bem medir sua intervenção, o órgão do Ministério Público deve pois, em primeiro lugar, atentar para a *causa* que o trouxe ao processo.

Vistos, em linhas gerais, os pontos distintivos entre as funções típicas e atípicas, agora resta examinar a distinção fulcrada na titularidade da função, ou seja, se lhe é exclusiva ou não. Quanto à *titularidade* de função desempenhada pelo Ministério Público, podemos apontar aquela que lhe é exclusiva (apenas e tão-somente a promoção da ação penal pública), distinguindo-a das demais, todas estas concorrentes com outras pessoas ou órgãos.

Adiante faremos abordagem especial de cada uma dessas funções ministeriais.

e) *rol constitucional das funções do Ministério Público.*

1. *A ação penal pública*

A primeira das funções do Ministério Público, elencadas no art. 129 da Constituição da República, consiste na promoção da ação penal pública.

Já anotamos que a única função exclusiva de Ministério Público consiste na promoção da ação penal pública; o que se fará “na forma da lei” é o como promover a ação (cf., CR, art. 129, I). É uma só a exceção ao princípio da iniciativa exclusiva do Ministério Público na promoção da ação penal pública: trata-se da ação penal privada subsidiária (CR, art. 5.º, LIX).

Qual a natureza jurídica da relação que existe entre o Promotor de Justiça e o ofício que as leis denominam de *Ministério Público*?

O Promotor de Justiça é agente estatal que exerce o ofício de Ministério Público, estabelecendo-se entre ambos uma relação de *organicidade* e não apenas de representação. O órgão é o Ministério Público; ele não *representa* apenas a Instituição num feito em que atua. Assim, desde que o órgão tenha atribuições legais para officiar em função judicial ou extra-judicial, tudo aquilo que ele disser ou fizer, dentro dos limites do ofício e das atribuições que desempenha, será a própria Instituição que está dizendo ou fazendo; nenhum outro órgão, por mais hierarquizado que seja, poderá substituir sua vontade lançada em sua manifestação, desde que o ato praticado tenha provindo de quem tenha atribuições para praticá-lo. O Promotor de Justiça comunga uma parte do todo da Instituição.

Ademais, é o Promotor um agente político do Estado. O agente político, na lição de Hely Lopes Meirelles, é um dos órgãos da soberania do Estado, encarregado de tomar as últimas decisões, na esfera de suas atribuições, sobre matérias que a própria Constituição lhe incumbiu. Responsabiliza, pois, no exercício regular de suas funções, ao próprio Estado, não a si mesmo nem à Instituição a que pertence.

Na promoção da ação penal pública pelo órgão do Ministério Público, vemos o exercício de uma parcela direta da própria soberania do Estado (aqui estamos considerando soberania sob o ângulo analisado por Herculano de Freitas e retomado por Ataliba Nogueira, como o poder incontestável de querer coercitivamente e de fixar competências).

O direito de punir — *jus puniendi* — tem como seu titular o Estado soberano. Entretanto, para que esse poder-dever seja atuado em concreto, há vários momentos que devem ser transpostos, cada um deles de exercício de soberania por órgãos diferentes do Estado: *a*) a edição da lei (pelos Poderes Legislativo e Executivo); *b*) a acusação penal (pelo Ministério Público); *c*) a jurisdição penal (pelo Poder Judiciário); *d*) a execução penal (pelos Poderes Judiciário e Executivo).

Tem sido objeto de disputa a posição do Ministério Público no processo penal: é ele parte *sui generis* (MANZINI, TORNAGHI); parte imparcial (DE MARSICO, NORONHA); parte parcial (CARNELUTTI); parte material e processual (FREDERICO MARQUES); parte formal, instrumental ou processual (OLMEDO, LEONE, TOURINHO); não é parte (OTTO MAYER, PETROCELLI)?

Convém lembrar que MANZINI sustentou só não ser o Ministério Público parte no sentido material, porque não é seu o direito que promove, mas do Estado soberano; lembrou o grande penalista que o Ministério Público não tem um interesse seu contraposto ao de alguém, antes e fora do processo.

Entretanto, acolhida a teoria da organicidade (não só entre o Promotor e o Ministério Público, mas entre este e o Estado soberano), é possível objetar a estas conclusões, aceitando seja a Instituição parte material e formal no processo penal.

Assim, o Ministério Público, sobre ser parte no sentido material, é também parte formal ou instrumental. Sua imparcialidade é meramente moral, não é referida em sentido técnico. Ser parte é ser titular de ônus e faculdades processuais. Seu dever de buscar a verdade, sua liberdade de acusar ou de pedir a absolvição, por certo não desnaturam sua posição de órgão do Estado, que concentra nas mãos a titularidade exclusiva de promover o direito de punir do Estado.

2. O defensor do povo

Impõe o art. 129, II, da CR ao Ministério Público o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição da República, com a obrigação de promover as medidas necessárias à sua garantia.

Com efeito, nos últimos anos, tem-se falado muito na criação de um *defensor do povo*. Deveriam estas funções recair na pessoa de um *ombudsman*, à guisa dos países escandinavos? Deveríamos criar um órgão novo? Acaso estaria correto que ao próprio Ministério Público se confiassem essas novas funções?

Certamente por levar-se em conta a tradição de atendimento ao público que têm os Promotores de Justiça em todo o País, acabou por prevalecer esta última opção.

Nessa relevantíssima função, entre outras providências, deve o Ministério Público empreender firme combate à violação da ordem social e, em especial, dos chamados direitos humanos. Como exemplo, lembremos deve ele zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais; buscar seja dado real atendimento médico nos hospitais e postos de saúde; fiscalizar a existência de vagas nas

escolas; zelar pelas condições em que se encontram os presos. Em todos esses casos, não se podem perder de vista os limites das atribuições de cada órgão ministerial. Trata-se, outrossim, de função nova, que exige, naturalmente, as maiores cautelas e equilíbrio.

Acredito não se poder prescindir de uma adequada legislação infra-constitucional para assegurar mecanismos mais adequados de uma atividade fiscalizatória geral. Desde já, entretanto, é possível admitir ao órgão ministerial: a) receber petições, reclamações ou representações de pessoas interessadas; b) instaurar, presidir ou determinar a abertura de procedimentos administrativos para apuração de denúncias e posterior propositura de ações civis públicas ou de ações penais públicas de suas atribuições; c) expedir notificações; requisitar informações; d) realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

O próprio ECA prevê algumas funções tipicamente de *ombudsman* para o Ministério Público, como, por exemplo, o zelo pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, a inspeção de entidades públicas e particulares com adoção das providências necessárias, ou a expedição de recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação (art. 201, VIII, XI, e § 5.º, c).

3. *A promoção do inquérito civil e da ação civil pública*

Esta matéria, pela riqueza e por suas peculiaridades, adiante merecerá exame mais direto.

4. *A ação de inconstitucionalidade e representação interventiva*

A ação direta de declaração de inconstitucionalidade cabe, na área do Ministério Público, e abstraídos agora os demais legitimados ativos, ao Procurador-Geral da República (CR, arts. 129, IV, e 103, VI). No Estado de São Paulo, seguindo o modelo federal, cabe tal iniciativa ao Procurador-Geral da Justiça (CR, art. 125, § 2.º; CE, art. 90, III).

Naturalmente, a existência de tais ações diretas de inconstitucionalidade em nada obsta à possibilidade de, em concreto, ou seja, *inter partes*, ser incidentemente reconhecida a inconstitucionalidade, alegada como defesa.

Quanto à representação interventiva, de forma esquemática, podemos dizer que pode ser ela:

- 1.º espontânea (ou de ofício: CR, art. 84, X);
- 2.º provocada — que por sua vez se divide em:

a) discricionária (sob solicitação do poder coacto ou impedido — art. 36, I da CR);

b) vinculada (após requisição de Tribunal ou após provimento de representação interventiva: arts. 36, I/IV e 35, IV, da CR).

5. *A defesa das populações indígenas*

O art. 129, V, da Constituição comete ao Ministério Público a defesa em juízo dos "direitos e interesses das populações indígenas".

Trata-se de mais uma hipótese de atuação *propter partem*, na defesa de um interesse personificado (ou seja, atuação protetiva).

Além da legitimação conferida ao Ministério Público, a Constituição também atribui iniciativa concorrente aos próprios índios e a suas comunidades e organizações (CR, art. 232). Note-se que no interior do Estado e até em favelas da capital, existem grupos de índios, justificando-se o zelo da atuação ministerial na defesa dos valores de que cuidam os arts. 231, 232 e 210, § 2.º (proteção da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças, das tradições, dos direitos originários sobre as terras dos índios).

Entendemos deva a proteção individual dos índios ser feita perante a justiça comum; apenas a "disputa sobre direitos indígenas" cabe na competência dos juízes federais (CR, art. 109, XI). Neste último caso, trata-se da defesa de direitos difusos ou globais; a não se entender assim, admitir-se que toda e qualquer proteção aos interesses indígenas apenas caiba perante a Justiça Federal, seria autêntico desfavor aos índios, não desejado pela Lei Maior, até por não estar a Justiça Federal estruturada em todo o País, como o está a Justiça comum.

6. *A expedição de notificações e de requisições*

Os incisos, VI e VIII do art. 129 da Constituição de 1988 disciplinam o poder ministerial de expedir notificações e requisições.

Embora colocados tais incisos dentre o rol das funções ministeriais, na verdade, não se trata de *funções*, mas de *instrumentos de atuação*. Logo mais cuidaremos mais especificamente da matéria.

7. *O controle externo da atividade policial*

A nova Constituição comete ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, "na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior" (CR, art. 129, VII). Trata-se da lei local de organização de cada Ministério Público.

Note-se que foi uma verdadeira tendência da Constituinte estabelecer um sistema completo de freios e contrapesos entre as instituições: por poucos votos não foi aprovado o Conselho Nacional de Justiça, para controle externo da Magistratura e do Ministério Público; foi, entretanto, mantido

um adequado sistema de controle externo sobre o Município (art. 31), sobre as entidades da administração direta e indireta (arts. 70 e 74) etc.

Qual seria o objeto dessa forma de controle externo do Ministério Público sobre a atividade policial, antevista pelo constituinte e até hoje não regulamentada na maioria das leis locais?

É multifária a atividade policial, mas, a nosso ver, o controle que o Ministério Público deve exercer sobre ela diz respeito essencialmente às áreas em que a atividade policial se relaciona com as funções institucionais do Ministério Público: trata-se da investigação de crimes, dentro e fora dos inquéritos policiais, ou seja, a tarefa de polícia judiciária e de apuração de infrações penais.

A expressão *controle*, advinda do francês, significa ato de vigilância, verificação e fiscalização administrativa; inspeção, supervisão, exame minucioso das atividades dos órgãos.

Mas como será exercido tal controle? Conforme já se antecipou, depende ele do advento de lei complementar local; necessariamente, a lei nacional de que cuida o art. 61, § 1.º, II, *d*, da Constituição da República, irá impor a respeito algumas normas gerais. Para adequado adimplemento de tal atribuição constitucional, penso devamos caminhar para a fiscalização da apresentação ou não-apresentação de *notitia criminis*, que nem sempre é canalizada regularmente para a apuração dos atos criminosos; para o acompanhamento e melhor coleta de elementos de convicção destinados a formar a *opinio delictis*; para a apuração de crimes em que estão envolvidos policiais, governantes ou pessoas que possam influenciar negativamente na correta apuração dos fatos delituosos; para as visitas ordinárias ou extraordinárias às Delegacias e aos locais onde estejam pessoas sujeitas à prisão processual; para o acompanhamento de lavratura de atos e termos policiais (boletins de ocorrência, flagrantes, oitiva de testemunhas, indícios ou vítimas); para o combate à tortura e aos meios ilícitos de prova.

Nessa tarefa, ao constatar o cometimento de ilícitos penais ou a existência de falhas administrativas, deverá o órgão ministerial tomar providências na esfera de suas atribuições (CR, art. 129, incs. I a III); na área administrativa ou penal, que exceda o campo de sua atuação, deverá o órgão ministerial dirigir-se às autoridades competentes, pertençam estas ao próprio Ministério Público ou não.

A propósito do inquérito policial, anoto ser tarefa que exige cuidados especiais o adequado relacionamento do Ministério Público e da Polícia Civil, especialmente na fase do inquérito. No acompanhamento das atividades da Polícia Judiciária, pode ocorrer que o Promotor surpreenda prisões ilegais ou até mesmo torturas, nas suas visitas às Delegacias ou à Cadeia Pública. Nesses casos, deve agir com rigor, dentro de suas atribuições, coibindo os abusos de imediato com os meios legais a seu alcance, bem como apurando as responsabilidades.

Em nosso sistema jurídico, o Delegado de Polícia preside o inquérito, o que não o exime do dever de atender às requisições efetuadas pelo órgão do Ministério Público, até mesmo *durante* a elaboração do inquérito. O órgão ministerial pode fazer tais requisições por ofício, ou se presente ao ato extra-judicial, pode fazê-las pessoalmente. Tratando-se de requisições formuladas por quem tenha atribuições para tanto, são elas ordens que exigem cumprimento.

Com efeito, corretamente se tem reconhecido que o órgão ministerial pode efetuar requisições seja *antes* do inquérito (como a própria requisição do inquérito), seja *depois* de ultimado este (como quando, em vez de denunciar, entende ele necessárias novas diligências), seja, enfim, *durante* o andamento do dito inquérito policial, como titular exclusivo da promoção do *jus puniendi* estatal: seu poder de requisição também se destina à apuração das infrações penais por parte da Polícia (CR, VIII).

8. A representação da Fazenda Pública

Em princípio, a nova Constituição trouxe aos órgãos do Ministério Público a vedação a propósito da representação das entidades de direito público (CR, 129, IX); entretanto, por exceção, norma transitória impôs ainda ao Ministério Público estadual a representação da União, até o advento da lei complementar relativa à Advocacia-Geral da União (ADCT, art. 29, § 5.º).

Anote-se, porém, uma curiosidade: embora a representação judicial da Fazenda tenha sido a própria causa histórica da Instituição, o Ministério Público acabou dela se divorciando. Hoje, é o Ministério Público um órgão de defesa da sociedade e do cidadão contra seus agressores, entre os quais não raro se encontra o próprio governo ou os governantes.

Apontamos a total incompatibilidade de o Ministério Público exercer a advocacia da Fazenda. Se de um lado vez ou outra se apontam vantagens práticas, vemos, antes, verdadeira incompatibilidade real.

Aqui devemos insistir na distinção efetuada por Renato Alessi, a que mais de uma vez já nos socorremos, quando se analisam as facetas do interesse público: com efeito, é possível distinguir, de um lado, o modo pelo qual a Administração vê o interesse da coletividade (interesse público secundário) e, de outro, o efetivo bem geral (interesse público primário).

A primeira vista, poderia parecer chocante nem sempre coincidam um e outro ângulo do mesmo interesse público; aliás, trocando idéias com Promotores norte-americanos, ostentaram eles surpresa.

Acredito, contudo, ser injustificada qualquer surpresa quanto a essa sempre virtual e às vezes efetiva descoincidência. Por exemplo, a Administração pode, até por erro técnico, entender de construir uma usina nuclear em terreno inadequado, a trazer graves perigos para a coletividade;

pode pretender à inundação de regiões de valor cultural ou ecológico, como vastas florestas tropicais; pode licenciar ou até mesmo explorar o funcionamento de uma siderúrgica que, dezenas de anos a fio, lança poluentes sólidos na atmosfera, com lesões incalculáveis à coletividade.

Seriam estas decisões, tomadas não raro ao sabor de ocasionais influências políticas ou econômicas, apenas porque partidas da própria Administração, seriam elas, por si sós, sempre e sempre, qual presunção absoluta, um efetivo bem para a coletividade? E nos outros Países diferente? Tantas decisões de ir à guerra, de dividir países, de investir na corrida armamentista, de desviar recursos do povo para contas particulares etc. . . . Tudo isto mostra que não se pode erigir a uma presunção absoluta a suposição de que o governante está sempre a defender o real bem comum. Tanto que volta-e-meia retrocede-se em decisões de todo o tipo, à só mudança de governos. Daí a descoincidência, pelo menos virtual, entre o aludido interesse público primário e o secundário.

Não estamos aqui a nos referir a meras opções ou a juízos discricionários de conveniência administrativa tomados pelos governantes. Falamos antes de ilegalidades não raro cometidas pelos administradores.

Voltemos, porém, à questão da representação da Fazenda. Suponhamos que o Procurador-Geral da República, enquanto acumulava as funções de Ministério Público e de chefe da advocacia da União, estivesse a dar um parecer num processo judicial. Substancialmente, fa-lo-ia como representante da Fazenda ou como órgão do Ministério Público? É evidente que ambos os interesses precisam de ser bem zelados, mas por órgãos distintos, porque se trata de interesses potencialmente inconciliáveis nas mãos de um só órgão. Interesse e fiscalização não se conciliam, como já foi reconhecido exatamente a esse propósito por nossa mais alta Corte (RTJ 62:139 e 143).

Enfim, adveio a vedação à defesa e à consultoria das pessoas jurídicas de direito público interno pelo Ministério Público, posto que em parte atenuada tal vedação pela norma transitória do art. 29 e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

f) norma residual ou de extensão

Agora, o inciso IX do art. 129 da Constituição confere ao Ministério Público a possibilidade de *lhe* serem cometidas outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

Trata-se de norma que deve ser decomposta em duas partes: *a)* temos, de um lado, a norma de encerramento, pela qual poderá o Ministério Público exercer outras funções, desde que compatíveis com suas finalidades institucionais; *b)* de outra parte, temos a já aludida vedação para a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas — matéria sobre a qual nos reportamos às observações já anteriormente formuladas.

À vista da destinação institucional do Ministério Público, podemos apontar uma consequência mais imediata dessa norma, ora examinada: a vedação da defesa de interesses exclusivamente individuais indisponíveis (CR, art. 129, IX, e art. 127, *caput*).

Diante disto, seria de perguntar se se torna possível desde já recusar algumas funções atípicas que o Ministério Público vem atualmente exercendo (como a representação ou a substituição processual para defesa de interesses privados e disponíveis, tal qual ocorre na curadoria de ausentes ou nas ações *ex delicto*, cf. — art. 9.º, II, do CPC; art. 68 do CPP). Acreditamos que a resposta ainda seja negativa, ao menos diante da forma absoluta com que colocada a proposição. Realmente, o que justifica a intervenção ministerial na defesa do ausente, por hipótese, na verdade é o efetivo direito do réu ao contraditório, surgido à vista de sua revelia ficta (cf. nosso estudo *Curadoria especial*, em RT 584/288). Para zelar por esse direito, que é indisponível, está capacitado o Ministério Público, podendo exercer tal defesa, ao menos enquanto não seja ela cometida, por exemplo, à Defensoria Pública.

g) as notificações e as requisições

Como já antecipamos, o art. 129 da Constituição, em alguns de seus incisos, menciona mais algumas “funções institucionais” do Ministério Público que, na verdade, são antes *instrumentos* para desempenho de funções institucionais por si mesmas.

Sobre elas adiante ainda discorreremos.

h) o Promotor “*ad hoc*”

Ao contrário do que o permitia anteriormente à legislação infraconstitucional, agora está vedada a figura do Promotor *ad hoc* para o exercício de funções do Ministério Público (CR, art. 129, § 2.º).

A propósito das consequências decorrentes da ausência do órgão do Ministério Público em audiência, remeto-me a estudo anterior, onde examino a questão mais detidamente (*O Ministério Público na Constituição de 1988*, cit., pp. 169-171).

Na área da infância e da juventude, devemos partir do pressuposto de que foi extinto o procedimento de ofício. Torna-se imperioso o oferecimento de representação ministerial para a apuração de infração praticada por adolescente, como mera decorrência de imposição constitucional que visa a preservar a imparcialidade do juiz. Conclui-se pela invalidade do procedimento para apurar ato infracional, sem a observância do devido processo legal. Outrossim, em todos os casos em que o Estatuto exige a oitiva do Ministério Público, não se pode admitir ofício Promotor *ad hoc*, prática vedada pela Lei Maior.

i) o princípio da obrigatoriedade

É muito comum invocar-se o princípio da obrigatoriedade, quando se fala da promoção da ação penal pública ou da ação civil pública pelo Ministério Público. Indispensável se torna, pois, alcançar-se o verdadeiro significado do princípio.

Embora, em síntese, se pudesse dizer, de forma mais simples, que tal princípio consiste na obrigação que tem o Promotor de propor a ação, bem como na impossibilidade de dela desistir, veremos que a matéria está a exigir uma compreensão menos simplista, e portanto mais completa e adequada do aludido princípio.

A nosso ver, a partir de uma distinção inicial de Calamandrei (*Instituciones de derecho procesal civil*, II/496, § 126), fica mais claro colocar com precisão a questão da obrigatoriedade de agir por parte da Instituição: identificando o Ministério Público uma hipótese em que, por força de lei, lhe caiba agir, não se compreenderia fosse ele recusar-se a fazê-lo.

Não se admite, destarte, que o órgão do Ministério Público, *identificando* uma hipótese na qual a lei exige sua atuação, se recuse a agir; é nesse sentido que se pode dizer, corretamente, que sua atuação lhe é um dever, seja quando se trate de ajuizar uma ação penal, seja quanto ao ajuizamento da ação civil, seja até mesmo para interpor qualquer recurso.

Todavia, acrescente-se, se não tem o Ministério Público discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifica* hipótese de agir, ao contrário, tem — e precisa mesmo ter — a necessária liberdade para apreciar se *ocorre hipótese* em que sua atuação se torna obrigatória.

Essas considerações valem tanto para o processo civil quanto para o processo penal. Neste último, o Ministério Público também tem ampla liberdade para apreciar os elementos de convicção do inquérito policial, para verificar se identifica ou não a existência de crime a denunciar; mas, se reconhece a presença de tal pressuposto e se proclama que a seu ver houve crime, a partir desse momento não pode recusar-se a agir.

Assim, viola o princípio da obrigatoriedade o pedido de arquivamento, formulado por Promotor de Justiça que às expensas reconheça, por exemplo, estar demonstrado que o indiciado furtou; mas, por razões de oportunidade ou conveniência, deixa de denunciar. A única exceção para o que aqui se disse ocorrerá quando a legislação infraconstitucional, seguindo o caminho autorizado pela Constituição, em algumas hipóteses permita mitigar o princípio da obrigatoriedade (CR, art. 98, I).

No processo penal, além da regra do art. 42 do CPP, há ainda mais uma limitação à disponibilidade da iniciativa do Ministério Público: interposto um recurso, dele não pode desistir o órgão ministerial (CPP, art. 576).

É matéria controvertida a questão de admitir-se ou não a *desistência*

na ação civil pública proposta pelo Ministério Público, bem como a questão da possibilidade de desistir-se do recurso interposto por órgão desta Instituição em matéria cível. Já temos sustentado, em trabalhos doutrinários, essa excepcional possibilidade, por razões que foram discutidas em sede própria (*A defesa dos interesses difusos em juízo — meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*, 2.^a ed., 1990, ed. Rev. dos Tribunais, cap. 22).

A transação no processo penal ainda é inviável, feita apenas à ressalva da possibilidade, *de lege ferenda*, hoje trazida pelo art. 98, I, da Constituição da República. Na ação civil pública, sob o aspecto puramente técnico, e à falta de autorização legal, parece-nos hoje impossível a transação por parte do Ministério Público, porque o substituto processual não é titular do direito material que defende em juízo; contudo, já antevemos concessões, de caráter pragmático e também excepcional, ao aludido princípio (*A defesa dos interesses difusos em juízo...*, cit., cap. 23).

Não há obrigatoriedade absoluta em *prosseguir* na ação civil pública de conhecimento, objeto de desistência por parte de um dos outros co-legitimados. Com efeito, nesse caso, a decisão do órgão ministerial, sobre a questão de prosseguir-se ou não na ação, sujeita-se aos mesmos princípios informadores da viabilidade para a própria propositura da ação (art. 5.^o, § 3.^o, da Lei n.^o 7.347/85, alterado pela Lei n.^o 8.078/90). Em outras palavras, se o órgão do Ministério Público se convencer de que não ocorre hipótese em que se faça necessário o prosseguimento do efeito, não será obrigado a prosseguir na ação que, aliás, não seria obrigado a propor.

Julgado, porém, procedente o pedido formulado por um dos co-legitimados para a ação civil pública, se na *execução* advier desistência, agora o Ministério Público será obrigado a assumir a promoção da execução, porque aqui não haverá como não se identificar a existência da violação do direito, já reconhecida jurisdicionalmente, aliás.

2. Funções previstas no ECA

As funções institucionais a que se refere o art. 200 do ECA compreendem não só aquelas especificamente elencadas no art. 201, bem como qualquer outra função que a Lei n.^o 8.069, de 13 de julho de 1990, tenha expressa ou implicitamente cometido ao Ministério Público.

Diversamente do que talvez pudesse parecer à primeira vista, nem todas as funções de Ministério Público previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente caberão *ipso facto* aos Curadores da Infância e da Juventude. Com efeito, o ECA contém diversas normas de atuação ministerial que seguramente acabarão sendo objeto de aplicação por outros órgãos da Instituição, que atuam em outras áreas. É o que pode ocorrer, por exemplo, com as atribuições penais (arts. 228-244) ou mesmo quando da aplicação das normas atinentes à proteção da criança ou do adolescente portador de deficiência (art. 208, II). Não se pode, pois, dizer, *tout court*, que as

funções de Ministério Público, previstas nessa lei, serão, pura e simplesmente, exercidas pelos Curadores da Infância e da Juventude, mas sim que "serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica" (art. 200).

Esta disciplina legal permite, indubitavelmente, que diversas funções legais cometidas ao Ministério Público pelo ECA possam ou, conforme disponha a lei local de organização do Ministério Público, até mesmo devam ser exercidas por outros órgãos da Instituição, levando-se em conta o princípio da especialidade.

Desenvolvamos um dos exemplos acima lembrados. Certo é que toda criança e todo adolescente estão a exigir, por parte do Ministério Público, uma atuação protetiva; da mesma forma, toda pessoa portadora de deficiência também está a exigir o mesmo tipo de intervenção ministerial (art. 5.º, da Lei n.º 7.853/89). Contudo, passa a ser evidentemente mais agravada a circunstância de ser a criança ou o adolescente portador de qualquer forma de deficiência física ou psíquica.

Qual, entretanto, a condição mais peculiar, nesse caso em que se somam duas condições que estão a exigir referida atuação protetiva? Embora, a rigor, uma ou outra solução pudessem ser sustentadas, devemos buscar aquela que seja a melhor, ou seja, aquela que mais adequadamente permita a proteção integral da criança portadora de deficiência, o que corresponde a um *plus* de hipossuficiência, a ensejar um redobramento da proteção ministerial.

No fundo, propendendo-se por uma ou por outra opção, de modo algum se prejudicaria o bem jurídico afinal objetivado pela lei, pois ambas as formas de atuação ministerial são protetivas. Contudo, a Promotoria de Justiça da Pessoa Portadora de Deficiência, pela sua especialização, é a nosso ver a que melhor concentra em mãos os conhecimentos técnicos da Instituição, apropriados para exigir até mesmo em juízo o fornecimento de educação especial para as pessoas portadoras de deficiência, o acesso a logradouros e edifícios públicos e de uso público, o fornecimento de transportes adequados, a realização de exames médicos, que, quando oportunamente feitos, podem evitar muitas formas de comprometimentos futuros (nesse sentido, v. Ato n.º 28/91-PGJ-SP, de 2-5-91).

Em suma, no exemplo examinado, podemos concluir que, desde que esteja em discussão um direito ou um interesse, ainda que individual, de criança ou de adolescente portador de deficiência, e desde que esse bem jurídico esteja relacionado, de alguma forma, com a própria condição de deficiência, a intervenção protetiva há de ser desempenhada pela Promotoria da Pessoa Portadora de Deficiência (como numa ação, ainda que individual, em que se discuta o acesso especial a um meio de transporte). Entretanto, ainda que haja num feito interesse de menor portador de deficiência, mas nele não esteja em questão a peculiar condição de deficiência do menor, nele intervirá apenas o Curador da Infância e da Juventude ou

o Curador de Incapazes, conforme o caso, dentro dos limites fixados na lei local do Ministério Público.

Por último, não podemos aqui deixar de enfatizar quão estreita é a ligação do Ministério Público com as normas de proteção à criança e ao adolescente, haja vista tratar-se de interesses sociais ou individuais indisponíveis.

Analisando os principais direitos e interesses ligados à proteção da infância e da juventude, como foram elencados pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República, vemos, com efeito, que a indisponibilidade é a nota predominante em todos eles. Com efeito, diz a Constituição ser "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Desta forma, não se pode excluir a iniciativa ou a intervenção ministerial em qualquer feito judicial em que se discutam interesses sociais ou individuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente; o mesmo se diga quando se trate de interesses coletivos ou difusos ligados à mesma defesa.

3. *A Lei Orgânica local do Ministério Público*

Cabe à Lei Orgânica de cada Ministério Público disciplinar o exercício das funções a ele cometidas pelo próprio Estatuto.

Assim, as funções cabentes ao Ministério Público da União, por força do ECA, serão exercidas pelo Ministério Público Federal ou pelo Ministério Público do Distrito Federal ou Territórios, em conformidade com o que dispuser a Lei Complementar Federal da União, que organizar o respectivo Ministério Público (art. 128, I, e § 5.º, *caput*, 1.ª parte, da CR).

Quanto ao Ministério Público dos Estados, além das respectivas Leis Complementares de Organização (art. 128, II, e § 5.º *caput*, 2.ª parte, da CR), ainda haverá uma lei federal, que estabelecerá normas gerais para sua organização do Ministério Público dos Estados (art. 61, § 1.º, II, *d*, da CR), lei esta que também será aplicável ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, posto integre esta Instituição o Ministério Público da União, que será organizado por Lei Complementar própria.

O campo reservado para ditas leis complementares inclui normas que estabeleçam a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público. Segundo o parágrafo único do art. 96 da já revogada Carta de 1969, com a Emenda n.º 7/77, bem mais restrito era o campo reservado à lei complementar federal do Ministério Público: a lei nacional destinava-se

apenas à fixação de normas gerais que deveriam ser adotadas na organização do Ministério Público Estadual, observado o disposto no § 1.º do art. 95 daquela Carta que cuidava do ingresso, da estabilidade e da inamovibilidade relativa.

O novo texto constitucional, entretanto, além de conferir à lei federal a explicitação de normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (arts. 21, XIII, 22, XVII, 48, IX, 61, § 1.º, II, d, 68, § 1.º), ainda previu pudesse a lei complementar respectiva estabelecer-lhe o estatuto, e, o que é mais importante, até mesmo fixar-lhe novas atribuições. Conquanto caiba à própria União legislar sobre processo (CR, art. 22, I, ressalvada a exceção de seu parágrafo único, bem como a matéria procedimental de competência concorrente dos Estados, CF, art. 24, X e XI), o permissivo constitucional que faculta à legislação complementar local estipular normas de atribuição do Ministério Público, permite que a legislação local disponha sobre novas áreas para sua atuação e intervenção processual.

Ademais, cumpre deixar claro, posto óbvio, não é apenas o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude o único órgão do Ministério Público que zela pelos direitos e interesses ligados à proteção dos menores. O Promotor criminal, o curador de família, o curador de incapazes, o Procurador de Justiça — enfim, toda a Instituição, na forma e nos limites da lei local de organização do Ministério Público, está investida na proteção da infância e da juventude.

4. *As competências do Ministério Público*

A expressão *competir* foi utilizada no art. 201, *caput*, do ECA, com sentido de competência administrativa, ou seja, um conjunto de atribuições cometidas a um órgão.

Como já vimos em passagem anterior, as atribuições do Ministério Público, na área de proteção à infância e à juventude, não se exaurem no art. 201 do ECA: incluem também atribuições implícita ou explicitamente a ele conferidas nos demais dispositivos do Estatuto, como ainda vão além, ou seja, compreendem atribuições conferidas à Instituição, nessa área, pelas mais diversas leis, entre as quais não está excluída a Lei Orgânica local de cada Ministério Público.

5. *A remissão*

A remissão veio expressamente prevista nos arts. 126 a 128 e 201, I, do ECA, em atendimento à recomendação constante da Revolução n.º 40/33, de 19 de novembro de 1985, da Organização das Nações Unidas, como anotou JURANDIR NORBERTO MARÇURA (“Remissão é instrumento valioso”, *O Estado de S. Paulo*, 24-4-91, p. 14).

Sem aqui adentrar em exame mais profundo do instituto, cabe anotar que a remissão foi concebida como *forma de exclusão do processo*, seja como perdão, seja para aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Quando é o órgão do Ministério Público que concede a remissão, deixará de propor judicialmente a representação, mesmo em face de ato infracional praticado por pessoa menor de idade.

Nenhuma inconstitucionalidade decorre de tais dispositivos.

Em primeiro lugar, porque não se viola o princípio da obrigatoriedade, pois a própria lei dispensou o ajuizamento da representação nesses casos (art. 126, ECA).

Ademais, semelhante solução ocorre no processo penal, quando a lei confere ao Ministério Público a última palavra sobre a não-propositura da acusação penal.

Pode surgir quem diga que, com dispositivos da índole do art. 126 do ECA ou do art. 28 do Código de Processo Penal, estar-se-ia permitindo ao Ministério Público recusar-se a fazer a imputação ou a formular a representação condicionadora da apuração de ato infracional atribuído a adolescente, e com isto, estar-se-ia permitindo que se subtraísse do Poder Judiciário o conhecimento da matéria.

Questões como essa, cientificamente superadas, já foram enfrentadas quando do exame da constitucionalidade do art. 28 do CPP, pela doutrina e pela jurisprudência, mas mantêm interesse por permitir que se discuta o embasamento doutrinário das funções do Ministério Público.

Inexiste inconstitucionalidade nessa solução. O Ministério Público, como órgão independente do Estado, detém parcela da sua soberania, a ele conferida pela própria lei. Quando resolve não acusar ou não efetuar uma representação, fundado em estrita hipótese legal, é o próprio Estado soberano a decidir-se por não acusar ou a decidir-se por não efetuar a representação. O poder-dever de acusar, de acionar o Estado-juiz para obter uma prestação jurisdicional positiva ou também negativa sobre uma imputação ou sobre uma representação versando ato infracional cometido por adolescente, tem como seu titular o Estado soberano. Se o Estado, pelo seu órgão competente, expressamente autorizado pela lei, resolve fundamentadamente deixar de acusar ou deixar de formular uma representação infracional — decisão esta que se submete naturalmente a um elaborado sistema de freios e contrapesos — daí não se gera lesão alguma de direito individual, a merecer apreciação do Poder Judiciário. Sob esse mesmo aspecto, impende notar, ainda, que a remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes (art. 127 do ECA).

Ademais, esse sistema de controles sobre sua concessão é tanto interno como externo: interno, porque a concessão da remissão pelo órgão do Ministério Público será objeto de fiscalização dos órgãos de correição e disciplina da própria Instituição; externo, porque a remissão concedida pelo Ministério Público deverá ser encaminhada ao crivo judicial, quando poderá ser homologada, ou não (art. 181 do ECA).

Por último, a remissão não é irrevogável, podendo ser a medida nela aplicada revista a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do próprio Ministério Público (art. 128 do ECA).

Por fim, o maior mérito do novo instituto, consiste na sua utilidade prática, bem ressaltada por Jurandir Norberto Marçura, uma vez que grande parte dos casos, de menor gravidade, podem e devem receber tratamento adequado, com o atendimento e a orientação, feitos de forma usual e profícua, em milhares de comarcas do País, diariamente, pelos órgãos do Ministério Público.

6. *Promoção e acompanhamento dos procedimentos infracionais*

Adequadamente o Estatuto exige, para a apuração do ato infracional atribuído a adolescente, à guisa do que agora também ocorre no processo penal, o princípio da iniciativa de parte, para possibilitar um juiz efetivamente imparcial, porque desvinculado do dever de acusar (arts. 171 e s., e art. 201, II, do ECA).

Caberá, pois ao órgão do Ministério Público a tarefa de representar à autoridade judiciária para a aplicação de medida sócio-educativa (art. 180, III, do ECA).

Não se diga que o Ministério Público, no procedimento infracional, seria *custos legis*, e não *parte*. Como já temos anotado, se a lei agora exige sua iniciativa, não é porque o Ministério Público deve estar comprometido momentaneamente com a busca da verdade e com os interesses do bem comum, que não assumirá a posição processual de parte, com os ônus e também os deveres daí decorrentes.

Assim, excetuada a hipótese da remissão, tem o dever de propor a representação pela prática do ato infracional, bem como o de acompanhar os respectivos procedimentos.

À guisa do que ocorre no processo penal, não está o órgão ministerial obrigado a propugnar pela imposição de sanção ao adolescente, em face de quem formulou a representação pela suposta prática de ato infracional. Se, ao fim do procedimento, ficar evidenciada sua inocência, diante de sua livre mas motivada apreciação, não só poderá como deverá mesmo propugnar pelo seu reconhecimento, devendo mesmo recorrer por ele, se isto for necessário.

7. *Ações de alimentos e outros procedimentos*

Em todos os procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude, se o Ministério Público não os propuser — e, portanto, desde então já obrigado a acompanhá-los (v.g. art. 201, II, do ECA) — neles deverá intervir, obrigatoriamente.

Se o Ministério Público promover qualquer desses procedimentos, agirá como órgão do Estado, em defesa dos interesses globais da coletividade, aqui identificados com a defesa das crianças e dos adolescentes, merecedores de um tipo todo especial de atenção e proteção.

Apesar de sua posição como parte (como sujeito ativo da relação processual), nem por isso deixa o Ministério Público de zelar pela ordem jurídica, pela correta aplicação da lei, pela defesa dos interesses indisponíveis que ali estão em disputa.

Não é outra a intenção do legislador, quando do inc. III do art. 201 do ECA, do que garantir a presença do Ministério Público em todo e qualquer procedimento da competência da Justiça da Infância e da Juventude, quer porque já o tenha proposto, quer porque, não o tendo ajuizado, nele obrigatoriamente deve intervir.

Pode o Ministério Público e até mesmo deve, conforme o caso, requerer, aditar, propor pedido conexo, conjunto, em separado, intervir, assumir, impugnar, concordar ou recorrer, tudo para o mais amplo exercício de seu múnus público.

Por último, ao fim da instrução, em qualquer procedimento, nunca é demais lembrar que o princípio da indisponibilidade dos interesses em jogo não lhe vai impor propugne o Ministério Público, sempre e sempre, pelo acolhimento da ação, do pedido ou da representação, ainda que ele os tenha proposto: se se convencer de que não há justa causa para a procedência, não há como exigir-lhe vinculação ao pedido, e sim e tão-só ao bem último que enseja a própria intervenção ministerial: a defesa dos valores ligados à infância e à juventude.

A propósito da disciplina das ações e procedimentos referidos no inciso III do art. 201, v. arts. 148/9, 155, 164 e 169 do ECA, e art. 1. 194 do CPC.

8. *Hipoteca legal e prestação de contas*

Antes de mais nada, deve ser anotado que a referência, contida no inc. IV, *in fine*, do art. 201, deveria ter sido feita às hipóteses do art. 98 e não às hipotecas desse artigo, que não cuida de hipotecas...

Já dispunha o Código Civil caber ao Ministério Público propor a especialização de hipoteca legal em favor de incapaz (art. 840, I), ou a especialização de hipoteca legal, se os interessados lhe solicitarem sua promoção oficial (art. 843); por sua vez, a promoção da ação de prestação

de contas, em face de tutores, curadores e administradores de bens de incapazes já era cometida ao Ministério Público pelo Código Civil (art. 394) e pelo Código de Processo Civil (art. 914, I).

Também inventariantes e depositários podem receber bens de incapazes, podendo em face deles ser proposta a ação de prestação de contas.

O próprio órgão do Ministério Público pode ser obrigado a prestar contas; há casos em que pode ele próprio ter recebido bens de incapaz (arts. 1.189 e 914, II, do CPC).

Nunca é demais lembrar que os pais são os *administradores legais* dos bens dos filhos incapazes; assim, podem administrar mas não podem dispor. Com efeito, podem alugar, reparar, usar; não podem vender, hipotecar, doar ou transigir (arts. 385/6 do Código Civil). Os tutores e curadores, quando investidos na administração de bens de seus pupilos ou curatelados, também não têm poderes de disposição. Para tanto, quando haja necessidade ou real utilidade na disposição do patrimônio, a prévia autorização judicial é indispensável.

9. *Inquérito civil e ação civil pública*

a) *generalidades*

O inquérito civil foi inovação da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público. Vale anotar que tanto o inquérito civil, como a ação civil pública têm viabilizado inúmeras iniciativas dessa instituição na área da defesa dos chamados interesses difusos e coletivos, e, em face da sua profícua utilização nos últimos anos, animou-se o constituinte de 1988 a inserir no bojo da Lei Maior a norma que confere ao Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção de diversos interesses sociais.

Na sua criação, com "ação civil pública", por certo se queria apenas distinguir a ação de objeto não-penal, proposta pelo Ministério Público. Tratava-se de enfoque nitidamente *subjetivo*, baseado na titularidade ativa de qualquer ação civil, sem objeto mais específico, desde que proposta pelo Ministério Público.

Tanto a Lei n.º 7.347/85, como as leis posteriores, e a própria Constituição, ao disciplinarem a "ação civil pública", não a restringiram à iniciativa do Ministério Público.

Ação civil pública passou a significar não só a ação ajuizada pelo Ministério Público, como a ação proposta por outros legitimados ativos — pessoas jurídicas de direito público interno, associações e outras entidades — desde que seu objeto fosse a tutela de interesses difusos ou coletivos.

vos (agora um enfoque *subjetivo-objetivo*, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional).

O conceito de ação civil pública alcança hoje, portanto, mais que as ações de iniciativa ministerial; é útil, contudo, dar atenção especial a estas últimas, porque, ordinariamente, é o Ministério Público quem toma a iniciativa de sua propositura. Em se tratando das ações de que cuida o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), em regra seu ajuizamento cabe aos órgãos do Ministério Público investidos nas funções de Curadoria da Infância e da Juventude (cf. arts. 146 e 148, IV do Estatuto).

A expressão *ação civil pública*, preconizada por Calamandrei, busca guardar um paralelo com a correspondente expressão *ação penal pública*. Inicialmente, com *ação civil pública* se quis dizer a ação de objeto não penal, proposta pelo Ministério Público. Na verdade, porém, tal expressão, se bem que já incorporada na legislação, doutrina e jurisprudência, não deixa de padecer de impropriedade. De um lado, toda ação é pública enquanto direito público subjetivo dirigido contra o Estado; de outro, como não tem o Ministério Público exclusividade na propositura da dita ação civil pública, podemos hoje considerar que esta última compreende não só a ação de objeto não penal proposta por aquela instituição, como a mesma ação, com mesmo objeto, proposta por qualquer dos demais *co-legitimados ativos*, desde que destinada à defesa de interesses difusos e coletivos.

Embora os livros mais tradicionais sobre Ministério Público enumerem um pequeno rol de ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público, na verdade um levantamento mais completo a respeito excede a centena de hipóteses, graças à sua grande variedade (cf. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo...*, cit., Cap. 3).

As primeiras das ações civis públicas de iniciativa ministerial já vêm elencadas na própria Constituição: trata-se de algumas ações de iniciativa do Procurador-Geral da República. Lembremos, como exemplo, a representação para observância de princípios constitucionais (art. 36, III); a representação interventiva (art. 36, VI); a ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 102); a ação para defesa do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III); a ação de responsabilidade civil por fatos apurados por comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3.º).

As demais, já relacionadas em nosso anterior trabalho, já mencionado, decorrem do ordenamento jurídico (Código Civil, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Lei da Ação Civil Pública etc.).

Especificamente com relação ao Estatuto (art. 201, V), as ações civis públicas de iniciativa do Ministério Público são aquelas para a defesa de interesses individuais (indisponíveis), difusos ou coletivos, relacionados com a proteção à infância e à adolescência (arts. 208 a 224).

É inevitável que surja a questão da vinculação do órgão do Ministério Público, ao oficiar nas ações civis públicas: está ou não o órgão do Ministério Público vinculado à defesa de pessoas ou interesses, quando proponha ou quando intervenha numa ação civil pública?

A propósito da questão de ser parte ou de ser fiscal da lei, adverte, com razão Dinamarco (*Fundamentos do processo civil moderno*, n.º 187, ed. Rev. dos Tribunais): ser parte não significa não ser fiscal da lei, e vice-versa. Ser parte quer significar ser titular de ônus e faculdades do processo; nesse sentido, o Ministério Público, ainda que não tenha proposto a ação, parte sempre é. Está sempre em busca da defesa de um interesse; este interesse, sim, é que nem sempre está personificado (ligado a uma pessoa ou a um grupo de pessoas), pois pode ser um interesse pessoal (ligado ao bem geral da coletividade).

Com efeito, como vimos, os interesses podem estar ligados mais diretamente às próprias pessoas ou, antes, à objetiva proteção de alguns bens da vida. Exemplificando, lembremos a representação de inconstitucionalidade, a que já nos referimos: trata-se da proteção a um bem objetivo, desvinculado *a priori* de pessoas determinadas. Trata-se aqui da defesa do interesse abstrato da prevalência da ordem constitucional. Agora, outro exemplo: a defesa das comunidades indígenas, prevista no art. 129, V, da CR. Neste caso, temos, evidentemente, a defesa de um bem ligado mais diretamente a uma parte.

É claro que a atuação do Ministério Público sempre é finalística, sempre está ligada à defesa de um bem jurídico. Se esse bem for personalizado (como na defesa de crianças ou adolescentes, na defesa de pessoas portadoras de deficiência, de acidentados do trabalho, de comunidades indígenas), teremos aí verdadeira assistência; se o bem não for personalizado, a vinculação será com a defesa da ordem jurídica abstratamente considerada.

A diversidade de causas interventivas para o Ministério Público não raro traz como consequência a obrigatória pluralidade de órgãos a atuar simultaneamente no feito.

A esse propósito, a regra é a seguinte:

a) se o órgão do Ministério Público está oficiando em razão de um interesse público não personificado, basta a presença de um só órgão (a não ser que, pelo princípio da especialização, em comarcas dotadas de diversos órgãos ministeriais, haja mais de um deles com atribuições específicas: p. ex., o curador de registros públicos e o de resíduos, em ação de usucapião versando imóvel clausulado; entretanto, numa comarca do interior, onde só haja um órgão ministerial, não haverá necessidade de acionar o substituto automático do primeiro, porque nada obsta a que um só órgão acumule tais funções, porque compatíveis nas mãos de um só deles);

b) se o órgão do Ministério Público está oficiando em razão de interesse público ligado à qualidade de uma das partes, haverá necessidade da presença de tantos órgãos ministeriais quantas sejam as partes com interesses conflitantes, em razão de cuja presença deva o Ministério Público zelar. Em outras palavras, se no feito houver mais de uma parte cuja presença, por si só, justifique a intervenção ministerial, e desde que estejam essas partes ocupando no feito posições conflitantes, haverá necessidade de nele oficiarem tantos órgãos ministeriais quanto forem as partes com interesses conflitantes. Neste caso, o princípio vale tanto para a Capital, como para o interior, devendo-se acionar o substituto automático do órgão ministerial impedido, quando for o caso.

Extraíndo exemplificativamente conseqüências das premissas acima, examinemos a ação civil pública. Se for ela proposta por órgão ministerial, na defesa de algum interesse coletivo ou difuso, bastará a atuação do órgão ministerial que propôs a ação. No caso, não haverá cabimento em outro órgão oficial, agora como interveniente, porque a única causa de atuação ministerial, naquele feito, já se encontrará adimplida com a atuação protetiva do único órgão agente. A atuação de órgão interveniente ministerial, no caso, só ocorrerá se o Ministério Público não for autor; neste último caso, a expressão "fiscal da lei", usada no § 1.º do art. 5.º da Lei n.º 347/85, poderia levar a supor que sua atuação deixasse de ser protetiva, o que seria, porém, incorreto.

Quando a lei confere legitimidade de agir ao Ministério Público, presume o interesse de agir: no caso, o interesse está na própria norma que chama o Ministério Público ao processo (Carnelutti, *Mettere il Pubblico Ministero ao suo posto*, Rivista di Diritto Processuale, Pádua, CEDAM, 1953, p. 258; Satta, *Direito Processual Civil*, v. I, n.º 45).

Quanto à defesa dos interesses difusos e coletivos, em geral, por parte do Ministério Público, é feita especialmente a partir da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), que é de aplicação subsidiária para outras normas de proteção a interesses difusos e coletivos (Leis n.ºs 7.853/89, 7.913/89, 8.069/90, 8.078/90). Ademais, tendo a Lei n.º 8.078/90 superado o veto originário que tinha sido imposto a dispositivos da Lei n.º 7.347/85, alcança-se agora a integral defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, bem como de *qualquer outro interesse coletivo ou difuso*.

Alcança-se, pois, a proteção da criança e do adolescente, seja como destinatários de um meio ambiente sadio e equilibrado, seja ainda, agora como obreiros, enquanto destinatários de adequadas condições ambientais do trabalho, seja enfim como consumidores efetivos ou potenciais. A defesa dos interesses da criança ou do adolescente consumidor, segundo o art. 81 do Código do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11-9-90), pode ser vista de vários aspectos: o interesse do consumidor pode ser estritamente *individual* (um só comprador lesado), *individual homogêneo* (uma série

de um produto produzido com defeito), *coletivo* (a inadequada prestação de ensino escolar) ou *difuso* (como na propaganda enganosa).

Difusos, pois, são interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria do interesse público.

Por sua vez, os interesses *coletivos* compreendem uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas. Em sentido lato, englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito), como também aqueles que o Código do Consumidor chamou de *interesses individuais homogêneos*. Estes últimos se caracterizam pela extensão divisível ou individualmente variável do dano ou da responsabilidade.

Assim, segundo o mesmo Código, *coletivos* são os interesses "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (art. 81, II).

Inovando na terminologia legislativa, o Código mencionou, pois, os *interesses individuais homogêneos* (art. 81, III), "assim entendidos os decorrentes de origem comum", que, como vimos, na verdade, não deixam de ser interesses coletivos, em sentido lato.

Consideremos mais detidamente a situação da criança e do adolescente. Se, numa comunidade, apenas um adolescente não foi atendido num hospital ou não obteve vaga num estabelecimento de ensino, podemos falar em seu *interesse individual*, posto indisponível. Já o interesse pode ser *individual homogêneo*, quando de vários menores tratados inadequadamente com uma vacina com prazo de validade vencida, por exemplo, ou pode ser *coletivo* (em sentido estrito) quando de uma ação trabalhista coletiva contra o mesmo patrão, exigindo um pagamento devido a todos. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente *difuso* se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como as crianças destinatárias de propaganda enganosa ou inadequada, veiculada pela televisão, cf. arts. 220, § 3.º, e 221, da CR).

A defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo, como quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou quando haja extraordinária dispersão de interessados, a tornar necessária ou pelo menos conveniente sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público, ou quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo, de um sistema econômico, social ou jurídico. Tratando-se, porém, de interesses indisponíveis de crianças ou adolescentes, de interesses cole-

tivos ou difusos — sua defesa interessará *sempre* à coletividade como um todo.

Diz o Estatuto caber a iniciativa do Ministério Público para ação civil pública, na área da infância e da juventude, ainda que para defesa de *interesses individuais* (art. 201, V, e Livro II, Título VI, Capítulo VII). Em nosso entendimento, temos aí que considerar a defesa individual da criança e do adolescente, por meio de ação civil pública, apenas enquanto se trate de direitos indisponíveis, que digam respeito à coletividade como um todo, única forma de conciliar a exigência do Estatuto com a destinação institucional do Ministério Público (art. 127, *caput*, da CR). Assim, as providências do Ministério Público são exigíveis, até mesmo com o ingresso de ação civil pública, para assegurar vaga em escola, tanto para uma única criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um, como a diversos adolescentes privados de liberdade.

Ações cíveis para cobranças de créditos que favoreçam incapazes, devem, normalmente, ser propostas pelos seus representantes legais. Havendo falha ou omissão destes, o Ministério Público poderá e deverá tomar qualquer providência judicial que lhe pareça reclamada pela segurança dos haveres do menor (art. 394, do Cód. Civil), inclusive promovendo, se for o caso, a responsabilização de quem de direito pela omissão prejudicial ao incapaz.

O limite para a atuação ministerial nessa área será, naturalmente, a destinação institucional do Ministério Público.

b) a defesa de interesses difusos e coletivos na área de proteção à infância e à juventude

A vista dos bons frutos da Lei n.º 7.347/85, a Constituição de 1988 não só ampliou o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, como alargou as hipóteses de cabimento da sua tutela judicial (*v.g.*, art. 5.º, XII — que confere às entidades associativas a representação de seus filiados em juízo ou extrajudicialmente; art. 5.º, LXX — que cuida do mandado de segurança coletivo; art. 8.º, III — que confere aos sindicatos a representação judicial ou administrativa dos interesses coletivos ou individuais da categoria etc.).

Analisando os principais direitos ligados à proteção da infância e da juventude, como foram elencados pelo art. 227, *caput*, da Constituição da República, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa (art. 127 da CR).

Com efeito, diz o art. 227 da Constituição ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta

prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, como um todo, reforça esta conclusão, seja quando cuida dos seus direitos fundamentais (arts. 7.º e s.: direito à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade; à convivência familiar e comunitária; à educação, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção no trabalho), seja quando cuida dos seus direitos individuais (arts. 106 e s.).

c) hipóteses de ações civis públicas.

A atuação do Ministério Público, na área de proteção da criança e da juventude, pode dar-se pela propositura de inúmeras ações civis públicas.

Inicialmente, não se pode afastar a possibilidade de ajuizamento de representações interventivas ou de ações diretas de inconstitucionalidade de norma federal, estadual ou municipal (até mesmo por omissão) ou de ajuizamento de mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

Também deve ser lembrado o importante papel fiscal exercido pelo Ministério Público quanto aos gastos públicos, às campanhas, aos subsídios e investimentos estatais ligados à área em exame.

Igualmente, devem ser consideradas as ações civis públicas destinadas a proteger a criança e o adolescente enquanto destinatários de propaganda ou na qualidade de consumidores (v. arts. 77-82 do Estatuto; cf. Lei número 7.347/85).

Pelo novo Estatuto, regem-se pelas disposições da Lei n.º 8.069/90 as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

- do ensino obrigatório;
- de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;
- de atendimento em creche e pré-escola;
- de ensino noturno;
- de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde;
- de serviço de assistência social;
- de acesso às ações e serviços de saúde;

— de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade (cf. art. 208).

Como exemplos concretos, podem ser mencionadas as seguintes ações civis públicas:

a) contra a Fazenda Pública e os empregadores em geral, para assegurar condições de aleitamento materno (art. 9.º);

b) contra a Fazenda Pública para assegurar condições de saúde e de educação (arts. 11 e § 2.º, e 54, § 1.º);

c) contra hospitais, para que cumpram disposições do Estatuto (art. 10);

d) contra empresas de comunicação (arts. 76 e 147, § 3.º; arts. 220, § 3.º, e 221 da CR);

e) contra editoras (arts. 78-79 e 257);

f) contra entidades de atendimento (arts. 97, parágrafo único; 148, V; 191);

g) contra os próprios pais ou responsáveis (arts. 129, 155, 156);

h) de execução das multas (art. 214, § 1.º).

Reiterem-se, enfim, duas questões fundamentais, assim interpretadas num contexto que concorre para melhor proteção da criança e do adolescente.

De um lado, a enumeração de ações civis públicas de iniciativa ministerial é meramente exemplificativa, haja vista a norma residual ou de extensão contida não só no art. 201, VI, do Estatuto, como no art. 129, III, da Constituição Federal.

De outro, nessa área, não é nem poderia ser exclusiva a legitimidade ativa do Ministério Público (arts. 201, § 1.º, e 210 do Estatuto; art. 129, § 1.º, da CR): sua iniciativa não exclui a de terceiros, na forma da lei.

d) o inquérito civil

Criação da Lei n.º 7.347/85, o inquérito civil, depois de acolhido pela própria Constituição da República (art. 129, III), foi previsto no ECA (arts. 201, V, e 223).

A denominação busca estremá-lo do inquérito policial, cujas finalidades são distintas (art. 4.º do CPP). Enquanto o inquérito civil se destina a colher elementos necessários a servir de base à propositura da ação civil pública pelo Ministério Público, o inquérito policial tem como

escopo a comprovação da materialidade e da autoria do crime, para embasar o ajuizamento da ação penal pública.

Não se caracteriza o inquérito civil como procedimento contraditório; ressalte-se nele, antes, sua informalidade, pois destina-se tão-somente a carrear elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar ou não a hipótese propiciadora do ajuizamento da ação civil pública.

Embora extremamente útil, não é o inquérito civil pressuposto necessário à propositura da ação. Em havendo elementos necessários, a ação principal ou a cautelar podem ser propostas mesmo sem ele.

Não se aplicará sigilo sobre o inquérito civil, a não ser que nele estejam contidas informações sobre as quais, por força da lei, já recaia o caráter de sigilo, o que obrigará a que o Ministério Público preserve a informação, nos termos do art. 201, § 4.º

Ao contrário do que ocorre atualmente com o inquérito policial, no inquérito civil, o Ministério Público não requer ao Judiciário seu arquivamento, e sim o promove diretamente, embora sob o controle do Conselho Superior da Instituição (art. 223, § 4.º). Trata-se de procedimento cuja inteira constitucionalidade já foi acima examinada.

Não é o órgão do Ministério Público obrigado a instaurar um inquérito civil ou a propor uma ação civil pública, a não ser que *identifique* a hipótese propiciadora de sua intervenção. Se tem liberdade para apreender se ocorre ou não a hipótese propiciadora de sua intervenção, agir lhe passa a ser um dever, quando identifique a existência da hipótese em que a lei lhe exige atuação.

10. *Procedimentos administrativos*

Como vimos em passagem anterior, não em decorrência apenas do Estatuto (art. 201, VI), mas da própria Constituição da República, tem o Ministério Público o importante instrumento da instauração de procedimentos administrativos. Entre estes, sem dúvida, tem especial relevo o próprio inquérito civil, de que vimos cuidando; mas outros procedimentos podem ser instaurados, como a sindicância (art. 201, VII) ou mesmo procedimentos informais, preliminares, para ensejar ou não a própria instauração de um regular inquérito civil.

11. *Notificações e requisições*

As notificações e requisições não são tecnicamente "funções", mas antes instrumentos para consecução das finalidades ministeriais, vindo previstas em diversos dispositivos legais (CR, 129, VI e VIII; CPP, arts. 5.º, 47; LC 40/81, art. 15, I e IV; art. 6.º, da LACP — Lei n.º 7.347/85; ECA — art. 201, VI, b, c e § 4.º). Em inúmeras dessas hipóteses, desti-

natário da requisição pode ser até mesmo o particular (art. 201, VI, e, do ECA). Em havendo sigilo legal sobre a matéria, incumbe ao órgão do Ministério Público resguardar o sigilo, posto se lhe assegure o acesso à informação (art. 201, § 4.º do ECA).

Em matéria de interesses coletivos ou difusos, o não-atendimento à requisição pode configurar o crime do art. 10 da Lei n.º 7.347/85, ou, conforme o caso, o delito do art. 236 do ECA. Por outro lado, se tiver a recusa partido de funcionário público, poderemos ter configurado um crime de prevaricação; o delito de desobediência é residual.

As notificações ou requisições podem ter como objeto qualquer apuração relacionada com uma das áreas de atuação funcional do Ministério Público (na esfera criminal ou cível); para fins do delito do art. 236 do ECA, o objeto da ação ministerial terá de ser, exclusivamente, alguma atuação no zelo de interesses individuais, coletivos ou difusos relacionados com a proteção da infância ou da juventude.

Devem as notificações e requisições ser limitadas à matéria cível, ou, ao contrário, poderiam as notificações ser efetuadas pelo Ministério Público com o objetivo de apurar fatos delituosos? Esta questão, naturalmente, esbarra noutra: estaria a polícia civil investida com exclusividade na investigação criminal?

De um lado, enquanto a Constituição conferiu exclusividade à polícia federal para desempenhar as funções de polícia judiciária da União, o mesmo não se fez com a polícia estadual (CF, art. 144, § 1.º, IV, e § 4.º); de outro, o Ministério Público tem poder de investigar previsto na própria Constituição, que não está limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Ademais seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a *opinio delictis* e promover em juízo a defesa do *ius puniendi* do Estado soberano, bem como ao único órgão encarregado de promover a representação em face de infração praticada por adolescente — seria contra-senso negar-lhe a investigação direta dessas infrações, quando isto se faça necessário, até mesmo nos casos em que a polícia tenha dificuldades, falta de adequação ou até mesmo desinteresse na apuração dos fatos.

O inciso VIII do art. 129, ao mesmo tempo que permite ao Ministério Público efetuar requisições, acrescenta: “indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. Como já tivemos oportunidade de anotar, trata-se de dispositivo com nítida redação deficiente (*O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, pp. 113 e s.). Na verdade, quer significar tal norma que o Ministério Público, além dos poderes de requisição, tem — agora outro assunto — o dever de indicar os fundamentos jurídicos de suas *manifestações processuais* — o que não alcança obviamente a matéria de requisições.

Os incisos III e VI do mesmo art. 129 da Constituição asseguram ao Ministério Público a possibilidade de instaurar procedimentos administrativos, não se limitando à área não penal. Nem teria sentido o entendimento contrário, como se viu.

Ao conduzir tais investigações administrativas, o órgão ministerial pode, é claro, expedir notificações ou requisições. Vale, pois, atentar para dispositivos da legislação federal e estadual, que permitem nessa matéria a utilização dos serviços da Polícia Civil ou Militar (ECA, art. 201, VI, *a*; Lei Complementar estadual n.º 304/82, art. 39, IX).

Desde que esteja o órgão do Ministério Público dentro de suas atribuições, terá ele o poder de requisição, podendo dirigir-se a particulares, instituições privadas ou a autoridades federais, estaduais ou municipais. Poderá requisitar não só informações e documentos, mas, quando seja uma autoridade o destinatário da requisição, até mesmo a realização de perícias e exames, junto à administração direta ou indireta.

Outrossim, as autoridades civis ou militares devem prestar condições materiais para assegurar a eficácia de suas requisições (art. 201, VI, *a* do ECA), sob pena de responsabilização administrativa ou penal.

É certo, porém, que no exercício de todas essas atividades, não raro pode tornar-se o Ministério Público autoridade coatora, respondendo, evidentemente, pela legalidade da requisição ou pela manutenção do sigilo legal que incida sobre a informação ou sobre o documento obtido. Outrossim, deverá responder pela legalidade da condução coercitiva, que eventualmente determine (art. 201, VI, *a*, do ECA), o que poderá ensejar a impetração de *habeas corpus* contra sua determinação, processo este de competência originária do Tribunal de Justiça (o art. 74, IV, da Constituição Estadual é norma de competência, expressamente autorizada pelo art. 125, § 1.º, da CR).

12. *Sindicâncias e requisição de inquérito policial*

O órgão do Ministério Público pode instaurar sindicâncias para apurar diretamente ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude; poderá, ainda, requisitar diligências investigatórias da autoridade policial, bem como a instauração de inquérito policial, para apurar a materialidade ou a autoria de infração penal relacionada com os interesses e direitos de que cuida a Lei n.º 8.069/ (cf. art. 201, VII, do ECA).

A disciplina dos procedimentos instaurados pelo Ministério Público já foi estudada linhas acima.

Ao requisitar o inquérito policial, o Ministério Público emite determinação de cumprimento obrigatório, por parte da autoridade policial.

A não-instauração do inquérito só será possível, sem a prática de crime de prevaricação, caso a autoridade judicial competente casse essa ordem, por meio de *habeas corpus*. Por isso, entendemos que a posição mais correta a respeito, é aquela que entende deva o próprio órgão do Ministério Público responder pela legalidade da requisição que formulou (devendo assumir a condição de autoridade coatora, em eventual *habeas corpus* visando ao trancamento do inquérito requisitado).

13. *Zelo pelos direitos e garantias das crianças e dos adolescentes*

A norma do inciso VIII do art. 201 do Estatuto é um desdobramento do art. 129, II, da Constituição da República. Com efeito, o papel do Ministério Público, nesses casos, é de verdadeiro *ombudsman*, podendo e devendo, nesse campo, receber petições, reclamações ou representações das pessoas e entidades interessadas; investigar as denúncias recebidas até mesmo pela imprensa; visitar estabelecimentos de toda a natureza, onde estejam ou possam estar crianças e adolescentes; atentar para as propagandas de produtos nocivos à sua saúde ou à sua segurança; exigir das autoridades públicas não só uma adequada política educacional e de saúde, como investimentos adequados; fiscalizar os gastos públicos com campanhas, construção de escolas e estabelecimentos próprios; denunciar na imprensa as irregularidades noticiadas; promover em juízo a responsabilidade dos particulares, das autoridades ou das pessoas jurídicas que, por ação ou omissão, causem dano a qualquer interesse defendido no Estatuto ou em qualquer norma de proteção à infância e à juventude.

Dispõe o § 5.º do art. 201 que, para o exercício de tais atribuições, poderá o Ministério Público efetuar *recomendações* visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação. Contudo, mais do que efetuar meras e inócuas recomendações, *deverá buscar em juízo*, por meio das ações civis ou penais públicas, o cumprimento dos dispositivos legais acaso violados, exigindo o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer, ou cobrando a responsabilidade civil ou penal que eventualmente decorram dos atos lesivos denunciados.

O atendimento ao público, pelo órgão do Ministério Público, que por si só é fundamental para o correto exercício das funções cometidas à Instituição, nessa tarefa de *ombudsman* é ainda mais importante, especialmente quando se trata do acesso da própria criança ou do próprio adolescente ao Ministério Público (art. 141 do ECA).

Trata-se de encargo que o Ministério Público foi conquistando aos poucos, gradual e naturalmente. Em milhares de comarcas no País, há Promotores a atender aos que os procuram, dando-lhes orientação em conflitos criminais, de família, de menores, de assistência judiciária; estão a

zelar pelo efetivo respeito dos próprios poderes públicos aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II); encontram-se a promover providências judiciais ou extrajudiciais de sua esfera de atribuições, decorrentes do atendimento direto dos interessados.

Convém que se cuide para que a entrevista se desenvolva de modo amistoso, paciente e calmo, desde o primeiro contato do Promotor de Justiça com aquele que o procura. Deve o Promotor estimular o diálogo, porque, por inúmeras razões, nem sempre é fácil a quem o procura exprimir-se de forma adequada ou completa sobre os problemas que o trouxeram ao gabinete do Promotor.

As hipóteses mais freqüentes de atendimento consistem seguramente nas questões de família (desentendimentos que envolvam marido, mulher ou filhos); de alimentos; de guarda de filhos; de interdição; de suprimimento de consentimento ou de capacidade; de menores (infratores, abandonados); de assistência judiciária (matérias cíveis patrimoniais, de concubinato; de defesa em ações cíveis ou penais); de orientação sobre direitos (trabalhistas, acidentários etc.), além, naturalmente, de matérias criminais de toda a espécie.

É necessário impor uma adequada disciplina no atendimento, em atenção às peculiaridades locais. Outrossim, a triagem feita por estagiários do Ministério Público, desde que supervisionada pelo Promotor e sem afastar em hipótese alguma o atendimento direto do povo por este último, deve ser estimulada, pois aumenta a eficiência no atendimento (como a elaboração de fichas com o resumo do caso, para maior objetividade na entrevista). Os casos urgentes, entretanto, devem ser atendidos a qualquer hora, mesmo fora do expediente forense.

É especialmente por meio dessa função que os Promotores de Justiça podem tornar-se realmente úteis à comunidade, permitindo assegurar-se a validade da presença social da Instituição. Pelo atendimento ao público, o Promotor de Justiça toma conhecimento de muitos crimes que não são levados à Polícia, ou que, se levados, não são adequadamente apurados: por ele, tomam-se muitas iniciativas necessárias, na área cível ou penal, ou até mesmo relevantes providências administrativas e extra-judiciais; por ele, toma-se, enfim, o próprio pulso da comunidade.

Temos aqui mais que um *ombudsman*, pois não se limita o Promotor a apenas ouvir os interessados; tem ele em mãos instrumentos poderosos como a requisição do inquérito policial; a promoção da ação penal pública; o inquérito civil; a ação civil pública; as requisições, as notificações...

14. *Mandado de segurança, de injunção e habeas corpus*

Sob a disciplina do Estatuto (art. 201, IX) e das normas em geral que regem a concessão do mandado de segurança (CR, art. 5.º, LXIX, e

legislação ordinária respectiva), a impetração desta medida por parte do Ministério Público justifica-se basicamente por um dos seguintes fundamentos: a) defesa de um direito individual indisponível de criança ou adolescente; b) defesa de direitos individuais homogêneos ligados a crianças ou a adolescentes; c) defesa de direitos ou interesses coletivos assegurados à criança ou ao adolescente; d) defesa de uma prerrogativa do próprio Ministério Público.

Os casos mais comuns de impetração de mandado de segurança por Promotores de Justiça têm sido para buscar efeito suspensivo em recursos ou para atacar atos de autoridade que cerceiam direitos e prerrogativas da função.

Mesmo quando impetre mandado de segurança para defesa de interesses sociais indisponíveis, afetos à criança ou ao adolescente, não estará o Ministério Público ajuizando *mandado de segurança coletivo*, pois que este, por expressa disposição constitucional, deve ser ajuizado por partido político com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5.º, inciso LXX, da CR).

A doutrina e a jurisprudência, cristalizadas antes da Constituição de 1988, não admitiam a impetração da ordem contra ato normativo em tese (Súm. 266 do STF), justamente porque se tratava de ação destinada à defesa de direito individual; admitia-se, porém, o mandado de segurança para atacar efeitos concretos da lei.

Ora, à vista da nova ordem constitucional, que definiu os direitos e deveres individuais e coletivos, e especialmente à vista do Estatuto da Criança e do Adolescente, que instituiu o mandado de segurança para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente, parece-nos mereça revisão o posicionamento anterior. Casos bem típicos de mandado de segurança, para defesa de interesses sociais afetos à criança, serão não raro atos normativos, como portarias expedidas por autoridades administrativas ou judiciais (art. 149 do ECA), que disciplinem matérias relativas à proteção da infância e da juventude, ocasião em que podem violar direitos coletivos líquidos e certos, não amparados por *habeas corpus* nem *habeas data*. É possível admitir sua impugnação por meio do mandado de segurança, desde que o ato ilegal provenha de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Quanto ao mandado de injunção (art. 201, IX, do ECA, e art. 5.º, LXXI, da CR), sua utilidade ficou inteiramente desmerecida, à vista do excessivamente tímido posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que se contentou em afirmar que, ao dar pela procedência da injunção, ape-

nas científicas o Poder Legislativo de sua omissão, para que adote as providências necessárias (STF-MI 107-3, questão de ordem — DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21-9-90, publ. *Revista Jurídica*, 160/98). Ora, a causa de pedir da injunção era justamente a omissão já pré-existente...

No *habeas corpus* (art. 201, IX; do ECA, e art. 5.º, LXVI, da CR), pode o Ministério Público assumir a posição de *impetrante*; não por meio de seu representante como qualquer do povo, mas como órgão de uma Instituição legitimada, diretamente, a propor em juízo o pedido de *habeas corpus*. Ainda quando a questão era controvertida, já de muito impetrávamos o remédio heróico, como Promotor de Justiça, mesmo junto aos tribunais (é de nossa autoria a impetração que motivou a acirrada polémica no julgamento contido em RT 544/352 e o comentário de doutrina em RT 552/284, ou a que motivou o acórdão publicado em RT 508/319). Entretanto, é justo que se observe, a impetração de *habeas corpus* junto aos tribunais, por Promotores de Justiça, não significa que o Promotor possa acompanhá-los, tomar ciência do acórdão ou exercer diretamente função afeta aos procuradores de Justiça.

Além de poder ser impetrante, pode o órgão do Ministério Público ser, como já antecipamos, *autoridade coatora*. Deverá ter não só a oportunidade, como o dever de responder pela legalidade da requisição do inquérito policial ou da requisição da condução coercitiva que tenha determinado.

Por último, se não for impetrante nem impetrado, será o órgão do Ministério Público *interveniente* nos demais pedidos de *habeas corpus*.

Embora o inciso IX do art. 201 do ECA mencione que o Ministério Público poderá ajuizar esses remédios constitucionais *em qualquer juízo, instância ou tribunal*, é necessário anotar que cada órgão do Ministério Público atuará necessariamente limitado por suas atribuições, na forma da respectiva lei de organização da Instituição.

15. Representação para aplicação de penalidades

Além da representação ministerial destinada a apurar ato infracional atribuído a adolescente, para a aplicação de medida sócio educativa (arts. 180, III, e 148, I, do ECA), ainda cuida o Estatuto das representações de iniciativa do Ministério Público (art. 201, X), que visem à aplicação de penalidades por infrações cometidas contra as normas de proteção à infância e da juventude (arts. 245 e s.).

Trata-se de procedimentos contraditórios, que admitem a execução forçada, e que devem correr perante a própria Justiça da Infância e da Juventude (art. 148, V e VI, do ECA).

A responsabilização administrativa, em decorrência de infração a normas de proteção à infância e à juventude, não exclui o dever do Ministério Público de promover a responsabilidade civil e penal do infrator, quando cabível; essas ações serão ajuizadas pelos órgãos ministeriais com atribuições adequadas para isto, na forma da lei local do Ministério Público, perante juízes cíveis ou criminais competentes para seu processo e julgamento.

16. Realização de inspeções

É típica atividade do art. 129, II, da CR, a possibilidade de inspecionar entidades públicas e particulares de atendimento a crianças e adolescentes, bem como inspecionar os programas de que trata o Estatuto, com a possibilidade de adotar de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas (cf. arts. 90-7, e 191 e ss., e art. 201, XI do ECA).

Mais do que o *ombudsman* dos países escandinavos, em nosso País o órgão do Ministério Público, além de ter funções extrajudiciais, pode e deve promover em juízo as medidas necessárias para adequado combate às irregularidades ou ilegalidades que encontrar.

Para esse fim, terá o órgão do Ministério Público, investido nas funções da Promotoria da Infância e da Juventude, o poder de ingressar livremente, ou com emprego de força inclusive policial, em qualquer local onde esteja ou possa estar criança ou adolescente (v. § 3.º do art. 201 do ECA).

Dificuldades maiores de interpretação devem surgir quanto à possibilidade de serem tomadas de pronto as *medidas administrativas necessárias*. Além de expedir recomendações visando à melhoria dos serviços, bem como além de fixar prazo razoável para a correção das irregularidades, não nos parece muito claro como possa ele ir além, no plano meramente administrativo. Contudo, dependendo do porte das irregularidades ou ilegalidades, o órgão do Ministério Público poderá tomar providências de caráter penal ou cível adequadas, não raro necessitando da propositura de medidas judiciais, inclusive cautelares, para a remoção das irregularidades.

17. Requisição de força policial e da colaboração de outros serviços

Para o desempenho de suas atribuições, pode o Ministério Público requisitar força policial, seja para fazer efetuar uma condução coercitiva (art. 201, VI, *a*, do ECA), seja para ver garantido seu efetivo acesso a lugar onde se encontre criança ou adolescente (art. 201, § 3.º, do ECA), seja para promover diretamente inspeções ou diligências para fins investiga-

tórios ou para meras visitas de rotina (arts. 95, 124, I, 134, 201, VI, b, XI e XII do ECA).

Poderá constituir crime, na forma tentada ou consumada, a ação de quem procure impedir ou embargar a ação do representante do Ministério Público no exercício das funções previstas no Estatuto (art. 236 do ECA).

Cabe, ainda, ao órgão do Ministério Público requisitar a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados, para o desempenho de suas atribuições. Tratando-se de serviços públicos ou de relevância pública, que devam respeito às prescrições legais, poderá o Ministério Público determinar diretamente providências para que as autoridades responsáveis cumpram ou façam cumprir, exemplificativamente, as prescrições dos arts. 10, 53-4, 63, 228-9, do ECA. À luz desses dispositivos, pode, assim, o membro do Ministério Público determinar a internação e o tratamento hospitalar de uma criança ou sua matrícula em estabelecimento de ensino.

Agem os membros do Ministério Público na qualidade de órgão do Estado, investidos no múnus específico, e desde que o façam dentro das respectivas esferas de atribuições, os custos de ditas requisições são de responsabilidade do Estado. Evidentemente, respondem os órgãos do Ministério Público, quando procedam de forma irregular (com dolo, fraude, ou sem deterem atribuições legais para a atuação empreendida).

18. *Legitimação concorrente*

É da essência da legitimação do Ministério Público, no campo da ação civil pública, que sua iniciativa não seja exclusiva, mas concorrente. Assim, enquanto detém o monopólio da ação penal pública (à só exceção da ação penal privada subsidiária, em caso de inércia ministerial), sua legitimação para as ações civis públicas não exclui a de terceiros, como, aliás, já o assegurava a Constituição da República (art. 129, § 1.º).

O dispositivo do § 1.º do art. 201 do ECA, que amplia beneficentemente o leque de legitimados ativos para as ações civis públicas, explica-se porque, enquanto na ação penal o titular do *ius puniendi* é apenas o Estado soberano, na ação civil pública defendem-se interesses individuais indisponíveis, interesses coletivos ou difusos, de que são titulares pessoas ou grupos sociais. As ações civis públicas podem, pois, ser propostas pelo Ministério Público, pelas pessoas jurídicas de direito público interno e pelas associações dotadas de representatividade adequada (art. 210, do ECA). Assim, mesmo que o Ministério Público, por decisão ratificada pelo seu Conselho Superior, resolva não propor uma ação civil pública (art. 223, e seus parágrafos, do ECA), poderá ajuizar essa mesma ação qualquer dos co-legitimados ativos do art. 210 do Estatuto. E, a par do rol do art. 210 do Estatuto, agora sob o aspecto individual, nenhum dos diretamente

lesados estará impedido de discutir, em sede própria, os danos de que acaso se julgue sofredor.

Desta forma, as ações cíveis individuais ou coletivas, fundadas no Estatuto, podem ser propostas pelos respectivos legitimados ativos, que agirão, conforme o caso, legitimados ordinária ou extraordinariamente.

Embora esteja o Ministério Público aparelhado para propor tais ações — o que não raro faz com que outros co-legitimados a ele se dirijam, requerendo providências ministeriais — não está ele obrigado a propor sempre e sempre a ação civil pública. Só o fará quando identifique, sob seu livre e motivado entendimento, a ocorrência de hipótese ensejadora de sua atuação.

19. *Outras funções compatíveis*

Tendo o Ministério Público inúmeras atribuições residuais, seja na área de *ombudsman* (art. 129, II, da CR), seja na área da promoção da ação civil pública (art. 129, III, da CR, e Lei n.º 7.347/85), resta claro que as atribuições constantes do art. 201 do Estatuto não constituem *numerus clausus* (art. 201, § 2.º, do ECA). O único limite para o exercício das atribuições ministeriais, naturalmente, consiste em que devem elas ser compatíveis com sua destinação institucional — assim prevista no art. 127 *caput* da Constituição da República.

Desta forma, nem mesmo uma lei ordinária poderá cometer ao Ministério Público uma atribuição incompatível a destinação que a ele votou a Lei Maior (como a representação da Fazenda, a consultoria de entidades públicas, ou a defesa de interesses meramente privados ou disponíveis etc.).

20. *Livre acesso a locais*

É natural que, para o correto exercício de tantas atribuições de fiscalização, que incluem visitas a hospitais, creches, estabelecimentos de ensino ou de assistência social, estabelecimentos de internação, locais de recreação etc., poderá e deverá o Ministério Público ter livre acesso a todo local onde se encontre ou possa encontrar-se criança ou adolescente (art. 201, § 3.º, do ECA). Para tanto, para assegurar a eficácia de sua atuação, poderá fazer-se acompanhar de agentes policiais, até mesmo para que possa tomar de pronto as medidas reclamadas para a remoção de irregularidades porventura verificadas.

Sem dúvida, devem ser observados os limites constitucionais para o ingresso em determinados locais, como em casa ou em estabelecimentos a esta equiparados pela legislação competente. Nesse caso, sem o consentimento do morador, só se pode ingressar em casa alheia em caso de flagrante delito ou de desastre, ou, durante o dia, em cumprimento a mandado judicial (art. 5.º, XI, da CR).

21. Acesso a informações e a documentos sigilosos

O § 4.º do art. 201 do Estatuto deixa absolutamente claro que o Ministério Público terá acesso a quaisquer tipos de documentos ou informações, ainda que sobre eles pairasse sigilo legal; apenas, nesse caso, será o órgão do Ministério Público responsável pelo eventual uso indevido do documento ou da informação obtida.

O sigilo, objetiva ou subjetivamente considerado (como obrigação ou como direito de mantê-lo), é assegurado por diversas leis, seja porque haja um interesse público em mantê-lo (questões de segurança da sociedade ou do Estado), seja porque haja um interesse privado (o direito à privacidade do indivíduo). Contudo, caso há em que o próprio interesse público impõe sua revelação, e quando não mesmo existe o próprio interesse do seu beneficiário em que seja ele revelado. Assim, excetuado os casos em que a própria Constituição impôs que a quebra do sigilo depende de decisão judicial (sigilo das comunicações telefônicas, art. 5.º, XII), no mais, cabe à legislação infraconstitucional disciplinar o alcance do sigilo. Assim, tanto sobre as matérias objetivamente consideradas sigilosas, como sobre aquelas cobertas por sigilo subjetivamente considerado, terá acesso o órgão do Ministério, quando no exercício de suas funções na defesa de interesses ligados à infância e à adolescência. Assim, o sigilo médico, o sigilo bancário, do sigilo do cadastro eleitoral — não lhe podem ser opostos como óbice à obtenção de informações por ele requisitadas, dentro da sua esfera de atribuições.

Nesse caso, se fizer uso indevido da requisição ou da informação obtida, responderá o órgão do Ministério Público, seja disciplinar, seja civil, seja penalmente.

22. Instrumentos de atuação do "Ombudsman"

Na sua atuação no zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes (art. 129, II, da CR; art. 201, VIII, do ECA), poderá o órgão do Ministério Público (art. 201, § 5.º, do ECA): *a*) reduzir a termo as declarações de quem o procure com denúncias que mereçam apuração; *b*) instaurar o procedimento adequado para apuração das denúncias, seja o inquérito civil, seja uma sindicância, seja um procedimento inominado; *c*) presidir o procedimento de investigar, nele efetuando requisições, diligências, perícias, exames, visitas ou vistorias; *d*) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, dentro, naturalmente, da sua esfera de atribuições, assim definida na forma da Lei Orgânica de cada Ministério Público (art. 200 do ECA); *e*) efetuar recomendações, visando à melhoria dos serviços examinados, fixando prazo razoável para sua adequação (findos os quais poderá ajuizar eventual ação civil pública tendo como objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, cf. art. 213 do ECA).

Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista Exploradoras de Atividade Econômica — Princípio da Publicidade

MÁRCIA FERREIRA CUNHA FARIAS
Procuradora do Ministério Público junto ao
Tribunal de Contas do Distrito Federal

The legitimate object of government is to do for the community of people whatever they need to have done, but cannot do so well for themselves, in their separate and individual capacities.

ABRAHAM LINCOLN

SUMÁRIO

I. Empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica — personalidade jurídica de direito privado. II. Contratos da Administração. III. Princípios de direito público. O princípio da publicidade e a obrigatoriedade de publicação de contratos. IV. Conclusão. V. Bibliografia.

I

Integram a Administração Pública indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público (Decreto-Lei n.º 200, de 25-2-1967, art. 5.º, alterado pela Lei n.º 7.596, de 10-4-1987). Todas essas entidades submetem-se ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas que as tem sob sua jurisdição (arts. 70 e 71 c/c art. 75 da Constituição).

Divergem, entretanto, no que diz respeito à personalidade jurídica, pois as autarquias têm personalidade jurídica de direito público, enquanto que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado. Neste desprezencioso estudo cingir-nos-emos a comentar alguns aspectos constitucionais das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Com efeito, reza o § 1.º do art. 173 da Carta de 1988 que “a empresa pública, 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 tributárias”.

Para melhor apreciação do dispositivo constitucional é preciso compreender, de primeiro e em sua essência, o *caput* desse art. 173:

“Art. 173 — Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (grifamos.)

Atividade econômica, historicamente, é atividade da iniciativa privada. Contudo, as necessidades dos governados, a complexidade da vida moderna e a própria sucessão histórica impuseram uma crescente intervenção do Estado no domínio econômico, surgindo o denominado *Welfare State*, que teve como um de seus maiores defensores o Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt. Deixava-se de lado o Estado liberal puro, do *laissez-faire*, *laissez-passer*, que, após a Primeira Grande Guerra, falhara em satisfazer as necessidades coletivas, necessidades estas que, em última análise, são a própria gênese do Estado.

Eis que, então, o Estado passou, cada vez mais, a interferir em atividades tipicamente da iniciativa privada.

Nesse contexto é que surgiram as sociedades de economia mista, sendo a *Compagnie Nationale du Rhône*, em França, uma das primeiras a serem criadas (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971, p. 626).

Em Nações de regime capitalista, contudo, ainda hoje é exceção a exploração estatal direta de atividade econômica, e é por isso que a Constituição de 1988 traz em seu bojo esse artigo 173, cujo texto não é inovação no direito constitucional brasileiro.

Dessa explanação se extrai que o Estado, ao explorar diretamente atividade econômica — e o faz por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista — não deixa, por isso, de ser Estado. Não se transforma, é evidente, em empresa privada com o fim de evitar, assim, um desfavorecimento brutal em relação ao particular (competição desleal).

Passa a Administração, então, a sujeitar-se às obrigações às quais se submetem as empresas privadas, obrigações de natureza civil, tributária, trabalhista etc. Mas, como não deixa de ser Estado, não se subtrai de certas imposições de normas de direito público ou de observância a determinados princípios de direito público.

A empresa pública e a sociedade de economia mista, de consequente, ostentam personalidade jurídica de direito privado e regem-se por regime jurídico de direito privado mas *não se consideram empresas privadas*. São entidades integrantes da Administração Indireta.

Nestes termos é que deve ser entendido o § 1.º do artigo 173 da Constituição da República: submeter-se a regime jurídico de direito privado não significa *ser* empresa privada.

Dessa assertiva surge a seguinte indagação: se tais entidades submetem-se a regime jurídico de direito privado, mas integram a Administração, como devem contratar as empresas públicas e as sociedades de economia mista?

Em princípio, devem contratar de acordo com normas de direito privado, mas sempre em observância a regras e princípios de direito público.

II

A Administração, segundo a doutrina mais aceita no direito pátrio, pode figurar em duas modalidades de contratos: os de direito privado e os administrativos propriamente ditos. Ambos são contratos da Administração, gênero do qual constituem espécies.

Certo é, contudo, que mesmo os contratos celebrados sob regime jurídico de direito privado — ou seja, todos aqueles que não se classificam como contratos administrativos — devem obediência a certas regras gerais, certos princípios norteadores de direito público.

17. Por oportuno, transcrevemos, aqui, trecho da excelente obra de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Doutora em Direito e Livre-Docente em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“O que é importante salientar é que, quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de poder público; mas (...) sempre se submete a restrições concernentes à competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade (...). Por outras palavras, a norma de direito público sempre impõe desvios de direito comum, para permitir à Administração Pública, quando dele se utilizar, alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo, preservar os direitos dos Administrados, criando limitações à atuação do poder público.” (*Direito Administrativo*, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 1990, p. 56 — grifo do original.)

Com efeito, quando explora atividade econômica, a Administração, por força constitucional, adota regime jurídico de direito privado; não quer isto dizer, contudo, que, aí, seus poderes e sua atuação sejam ilimi-

tados, porque, ainda assim, a Administração está, de um ou de outro modo, agindo em favor dos administrados, e não em seu próprio proveito. Negar essa assertiva seria negar a própria razão de ser da Administração Pública, que é, antes de tudo, promover o bem comum.

Verifica-se, pois, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista realizam atividades de utilidade pública, úteis à coletividade, quando a Administração Direta considera sua atuação inoportuna. É certo, então, que não se criem entraves à plena atividade dessas entidades, que podem ter finalidade mercantil, conferindo-lhes agilidade por meio de normas de direito privado.

Ainda assim, essas entidades não deixam de integrar a Administração Indireta e são limitadas, em alguns aspectos, pela lei (criação, responsabilidade penal de seu pessoal, dever de prestar contas, vedação de acumulação de cargos ou empregos, subordinação à lei orçamentária etc.).

Como bem coloca o saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, “o paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado sem o integrar como o autárquico, ou alheiar-se como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público, e, por isso, os atos de seus dirigentes, revestindo certa autoridade e gerindo patrimônio público, expõem-se a determinados controles administrativos e sujeitam-se a mandado de segurança e ação popular” (“A Licitação nas Entidades Paraestatais”, *RDA* n.º 132, p. 33).

Os contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista regem-se pelo direito privado, mas não implica isto dizer que não se submetem àquele mínimo de regras e princípios que se põem para qualquer contrato celebrado pela Administração — inclusive pela Administração Indireta — ainda que sob regime de direito privado.

TOSHIO MUKAI, em sua obra *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos* (Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, pp. 80 e 81), não deixa dúvidas a respeito dessa obediência a regras e princípios de direito público:

“Verifique-se que, mesmo naqueles contratos ditos privados da administração, comumente incidem normas de direito financeiro e administrativo de caráter *procedimental*, recaindo, sobre elas, então, os princípios próprios de direito público e não os de direito privado (...) Ocorre também que o inciso XXVII do art. 22 da Constituição de 1988, pela primeira vez, mandou que *todas as entidades públicas paraestatais observassem, também, as normas gerais sobre contratos.*” (Grifos nossos e do original.)

Desta forma, devem as empresas públicas e sociedades de economia mista agir em respeito aos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade (artigo 70 da Carta), impessoalidade, moralidade e publicidade (artigo 37).

III

Em Direito Administrativo, cujo caráter é eminentemente pretorial, têm os princípios peso de grande relevância.

O princípio da publicidade é aplicável a toda a Administração, inclusive a indireta e fundacional (artigo 37 da Carta Magna).

“A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devem surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração (...) A publicidade se faz pela inserção do ato no jornal oficial ou por edital afixado no lugar de divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e início de produção de seus efeitos. A publicação oficial é exigência da executoriedade do ato que tenha que produzir efeitos externos.” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 6.^a ed., 1990, p. 564 — grifos nossos e do original.)

É preciso ressaltar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas para o povo e, ao menos em parte, com dinheiro do povo. Nada mais correto, então, do que a população ter ciência das atividades que estão sendo realizadas pelas entidades, e o procedimento próprio de fazê-lo é mediante publicação no órgão oficial. Com efeito, não houvesse um *relevante interesse coletivo*, ou necessidade de segurança nacional, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica sequer seriam criadas (art. 173 da Constituição).

Vale aqui transcrever, por oportuno, a conclusão do pertinente estudo de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, juiz federal, sobre “A administração pública indireta na Constituição de 1988”: devem ser “desenvolvidas seguras meditações sobre o ordenamento jurídico da atualidade, a nível constitucional, que passou a reger a administração indireta e fundacional. A interpretação sistêmica das normas constitucionais e a sua força de imperatividade permitem afirmar que urgem providências modificadoras do panorama estrutural de tais entidades, para que possam se adequar ao novo panorama institucional que lhes foi destinado. Não há porque se deixar de fazer a afirmação de que a expansão da administração indireta provocou um controle mais rígido de suas ações e uma adequação valorativa às reais finalidades de sua contribuição (in *Rev. Forense*, vol. 306, abr./mai/jun./1989, p. 104).

No que diz respeito especificamente à publicidade dos contratos das empresas públicas e das sociedades de economia mista, e à sua conseqüente publicação, convém lembrar que o Tribunal de Contas da União vem deci-

dindo no sentido de que devem essas entidades incluir, em seus regulamentos próprios de licitação, o princípio da publicidade (decisões publicadas no *DOU* de 12-9-90, pp. 17.299 e seguintes e no *DOU* de 14-12-88, pp. 24.346 e 24.347). Também o Tribunal de Contas do Distrito Federal proferiu decisão semelhante, afirmando ser obrigatória a publicação de extrato do contrato como requisito de sua eficácia (Processo n.º 1.234/90 daquela Corte de Contas).

IV

A Administração, ainda quando sujeita a regime jurídico de direito privado, deve observância às regras gerais sobre contratos e a princípios de direito público. "As sociedades de economia mista e as empresas públicas são pessoas jurídicas administrativas, sujeitas a regime de direito privado, na gestão de seus negócios (...) *mas regidas, geralmente, pelas normas de direito público*, que especializam sua organização, em razão dos fins públicos de seus objetivos." (CAIO TÁCITO, in *RDA*, 111: 1-9, jan./mar./1973 — grifamos.)

No que diz respeito aos contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, de qualquer ente da Federação, vale ressaltar que os respectivos regulamentos de licitação e contratação devem obediência às normas gerais postas no Decreto-Lei n.º 2.300/86, com suas alterações (art. 22, inciso XXVII da Constituição de 1988).

Compete aos Tribunais de Contas, ao examinar os contratos celebrados pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista, dizer da observância aos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade e publicidade, por parte das entidades jurisdicionadas.

A participação dos Tribunais de Contas na regulamentação dos atos expedidos por essas entidades, por meio de seu controle, terá, sem dúvida alguma, influência decisiva na melhor compreensão, dentro da própria Administração, das origens e finalidades das empresas públicas e sociedades de economia mista, tal como as viu o legislador constituinte.

V

Bibliografia

- DELGADO, José Augusto. "A administração pública indireta na Constituição de 1988", *Rev. Forense*, vol. 306, abr./mai./jun./1989.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1971.
- MEIRELLES, Hely Lopes. "A Licitação nas Entidades Paraestatais", *Rev. de Direito Administrativo*, nº 132.
- MUKAI, Toshio. *Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas S.A., São Paulo, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 6ª ed., 1990.

Desapropriação Urbanística

VITOR ROLF LAUBÉ

Procurador do Município de São Bernardo
do Campo

SUMÁRIO

1. *Considerações introdutórias.* 2. *Urbanismo e direito urbanístico.* 3. *A propriedade privada.* 4. *Formas de atuação estatal na propriedade privada.* 5. *A desapropriação.* 6. *A desapropriação aplicada ao direito urbanístico.* 7. *A desapropriação por zona.* 8. *A desapropriação para urbanização e reurbanização.* 9. *Outras hipóteses previstas no art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365/41 com aplicação urbanística.* 10. *A desapropriação por interesse social.* 11. *A desapropriação para "fins de reforma urbana". Bibliografia.*

1. *Considerações introdutórias*

Cumpra, preliminarmente, evidenciar que o presente estudo não pretende acrescentar novidades acerca do tema proposto, eis que o assunto, embora objeto de raríssimas monografias, foi por seus estudiosos analisado de forma percuciente e magistral.

Assim, busca-se, tão-apesas, neste trabalho, tecer algumas poucas considerações, de forma genérica, sobre o instituto da desapropriação urbanística, também nominado desapropriação para fins urbanísticos, com base na doutrina acima referida e em face da nova ordem constitucional instalada com a promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988.

Definida, destarte, a abrangência desse estudo, impede que se veja, inicialmente, algo sobre o urbanismo e o direito urbanístico, acerca da propriedade privada, bem como relativamente às diversas formas de intervenção estatal na propriedade, para, depois, se tratar especificamente do instituto da desapropriação e, por fim, de suas aplicações na seara urbanística.

2. *Urbanismo e direito urbanístico*

O fenômeno da urbanização, que nada mais significa que o crescimento maior do número de habitantes nos centros urbanos em relação ao meio rural, representa realidade recente, que ganhou forte impulso com a industrialização advinda da Revolução Industrial.

Contudo, diante da urbanização crescente e absolutamente predominante nos tempos atuais, a qualidade de vida do homem vem se deteriorando, já que o referido fenômeno se dá de forma desordenada e, por conseguinte, não planejada.

Daí haver JOSÉ AFONSO DA SILVA distinguido a *urbanização* da *urbanificação*. Aquela para designar o “processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural”, provocando a “desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene”, além do que também “modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana”. Enquanto que esta, a urbanificação, para designar o “processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana, que é a *reurbanização*, ou na criação artificial de aglomerados urbanos, como as cidades novas da Grã-Bretanha e Brasília entre nós”¹.

À vista das conseqüências oriundas da urbanização é que surge o urbanismo, enquanto disciplina voltada para a ordenação satisfatória dos espaços habitáveis.

No entanto, o urbanismo, na busca da organização do espaço urbano visando o bem-estar coletivo, não é disciplina exclusiva do Direito, mas sim uma técnica *interdisciplinar*, visto que exige a participação de diversos setores científicos. Assim é que dele participam, conjuntamente, técnicos de diversos ramos do saber, como engenheiros, sociólogos, geógrafos, administradores, urbanistas, arquitetos e profissionais do Direito, entre outros.

Para LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, o *urbanismo*, “de maneira singela, é uma arte, uma ciência. A arte de tornar a vida urbana mais agradável”².

Ocorre que o urbanismo não se cinge unicamente aos espaços urbanos. Ele desborda das *urbs*, das cidades, para atingir os espaços rurais, pois, como anota EURICO ANDRADE AZEVEDO, não obstante a origem etimológica da palavra *urbanismo*, seu significado é mais amplo, já que “abrangente não só das aglomerações citadinas, como também da organização racional de todo o território do país, através de uma política de desenvolvimento econômico e social da nação”³.

1 JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Direito Urbanístico Brasileiro*, pp. 9-10.

2 LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Licenças urbanísticas”, *RDA* 57-58:222.

3 EURICO ANDRADE AZEVEDO, “Desapropriação para fins urbanísticos”, *RAM* 126:49.

Nesse sentido também se posiciona ADILSON ABREU DALLARI, averbando que “já não se pode, hoje em dia, pretender um estudo isolado das áreas urbanas (em sentido estrito) em oposição às áreas rurais, dada a mobilidade das populações e a total interdependência entre tais áreas”. Mais adiante arremata o mestre: “O urbanismo atualmente transcende o espaço da cidade, do município e da região, atingindo níveis nacionais”⁴.

O direito urbanístico, por seu turno, num sentido objetivo, vem de significar o conjunto de normas jurídicas disciplinadoras do ordenamento dos espaços habitáveis, ou seja, da atividade urbanística.⁵

Acerca da abrangência do direito urbanístico, impossível é se olvidar a lição de HELY LOPES MEIRELLES. Leciona ele que “cabem no âmbito do *direito urbanístico* não só a disciplina do uso do solo urbano e urbanizável, de seus equipamentos e de suas atividades, como a de qualquer área, elemento ou atividade em zona rural, que interfira no agrupamento urbano, como ambiente natural do homem em sociedade”⁶. Evidente, portanto, a abrangência dessa disciplina.

Entretanto, a legislação urbanística é escassa entre nós, uma vez que constituída de algumas poucas normas esparsas, com nada existindo de forma codificada, a exemplo do que se verifica em outros Estados soberanos como Itália, Espanha, França, Bélgica etc.

A par das poucas normas urbanísticas existentes, importa frisar que inexistia, até a Constituição de 1967, com redação imposta pela Emenda Constitucional n.º 1/69, qualquer previsão constitucional expressa acerca do direito urbanístico; o pouco que havia era, sim, sempre de forma implícita. Foi tão-somente com a Carta de 1988, que se passou a ter estatuição constitucional atinente ao urbanismo. Assim é que o art. 24 do referido texto outorga competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para, concorrentemente, legislar sobre o direito urbanístico, sendo que, com referência à competência atribuída àquela primeira, certo é que ficou apenas circunscrita ao esbolecimento de normas gerais. Relativamente aos Municípios, pessoas políticas às quais o assunto toca mais de perto, tem-se sua competência para legislar sobre a matéria plenamente garantida pelo inciso I do art. 30 da Lei Fundamental, já que se trata indiscutivelmente de assunto de interesse local, assim como pelo inciso VIII do mesmo preceptivo, que também lhes assegura competência para “promover, no que couber, *adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*”.

Contudo, no que pertine ao direito urbanístico, não se limitou o constituinte de 1988 apenas ao pronunciamento sobre os entes com capacidade

4 ADILSON ABREU DALLARI, *Desapropriação para fins urbanísticos*, p. 10.

5 Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *ob. cit.*, p. 21.

6 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 381.

política para sobre ele legislar, pois também dedicou um capítulo à *política urbana*, no qual são trazidos pontos de suma importância para a disciplina urbanística da propriedade urbana, além de reservar capítulos à *política agrícola e fundiária e à reforma agrária*, como também ao *meio ambiente*. Isso, além de outros dispositivos esparsos e conexos com a disciplina urbanística.

No entanto, apesar do contido na Carta ora em vigor, não se pode falar ainda em autonomia científica do direito urbanístico, eis que se encontra esse pouco desenvolvido entre nós, com suas normas, na dicção de JOSÉ AFONSO DA SILVA, apresentando entre si "pura conexão de caráter material, ou seja, só se relacionam em função de seu objeto específico, que é o da ordenação dos espaços habitáveis ou da sistematização do território em função da habitação, do trabalho, da recreação e da circulação dos agrupamentos urbanos"⁷. Assim, carece ainda o direito urbanístico dos atributos necessários à sua categorização como ramo autônomo da Ciência do Direito.

3. A propriedade privada

À vista das repercussões provenientes do direito urbanístico sobre os espaços habitáveis, necessário se faz tecer algumas considerações, mesmo que breves, acerca de seus reflexos em relação à propriedade privada.

Por oportuna e valiosa, cumpre lembrar a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acerca dos significados de propriedade e de direito de propriedade. Observa o administrativista que não se deve confundir propriedade com direito de propriedade, posto que este último é a expressão daquela como admitida em dado sistema normativo⁸.

Distintas, então, tais categorias, eis que o direito de propriedade nada mais é do que o delineamento, o perfil emprestado à propriedade pelo direito positivo. Desse modo, conforme o sistema normativo em que considerada a propriedade, diversa será a configuração do respectivo direito de propriedade, pois cada estado soberano pode sobre ela dispor de modo distinto, do que logicamente decorrerá um direito de propriedade com características próprias.

Nesse passo, torna-se evidente que o direito de propriedade tem a sua primeira conformação e delimitação no próprio Texto Constitucional, lei das leis que traça os contornos básicos da propriedade, atribuindo suas características e limitações primordiais. Resulta disso que a fonte primeira do direito de propriedade é o direito público, especificamente o direito constitucional, e não o direito privado por intermédio do direito civil. Este ramo do Direito deve, sim, guardar estrita consonância e obediência àquele

7 Id. *ibid.*, pp. 54-5.

8 Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, p. 184.

(o direito constitucional), posto que informador de todo sistema jurídico estatal.

A atual Lei Fundamental garante expressamente o direito de propriedade; no entanto, dispõe também que deverá essa mesma propriedade atender a sua *função social* (art. 5.º, XXII e XXIII). De imediato, então, se percebe que a *função social* exsurge como primeira característica inerente ao direito de propriedade.

Diversamente do verificado no sistema constitucional precedente, onde o termo *função social* era simplesmente citado como nota que deveria ser atendida pela propriedade, cuidou o constituinte de 1988 de explicitar o seu sentido. *Estabeleceu ele que a "propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor"* (art. 182, § 2.º).

Em conseqüência, deve a propriedade cumprir sua *função social* estabelecida nos objetivos traçados no plano diretor do Município relativamente à ordenação da cidade. Deve ela, pois, se conformar com os aspectos definidos no plano diretor de desenvolvimento integrado, atendendo, destarte, às exigências da comunidade local, assim como às diretrizes de planejamento prefixadas.

Cite-se ainda que a atual *Lex Mater*, em seu artigo 186, também estabeleceu sobre as hipóteses em que há o cumprimento da *função social* da propriedade rural.

De logo se denota que o cumprimento da *função social* é condicionante primeiro e inafastável da propriedade, conforme o constitucionalmente apogeados.

Nesse sentido, oportuna é a colocação de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO: *"Não cabe mais, no estágio atual do Direito, a utilização da propriedade conhecida no Direito Romano. Tal seja, como direito de usar, dispor e abusar (jus utendi, fruendi et abutendi). Assim a propriedade privada, em face das normas legais, não mais espelha o perfil delineado no antigo Direito Romano"*⁹.

Atualmente, diante de como constitucionalizada a propriedade, tem-se que o seu uso (*jus utendi*) deve, necessariamente, amoldar-se às limitações e delineamentos traçados pelo sistema positivo constitucional.

Assim sendo, resta inquestionável que a propriedade sofre as limitações traçadas tanto pela Carta Magna, como pelas normas subconstitucionais, de sorte que, à vista dessas limitações de ordem pública ao seu uso, tem-se demarcado o direito de propriedade enquanto garantia individual.

⁹ Ob. cit., p. 222.

Dessa maneira, em face de tais imposições normativas, salta incontroversa a importância da atuação estatal tocantemente ao uso da propriedade e ao cumprimento de sua função social, o que, reflexamente, demonstra que a atividade urbanística não prescinde da imposição legal emanada do Poder Público, para a eficaz obtenção do regular ordenamento dos espaços habitáveis.

4. Formas de atuação estatal na propriedade privada

Consoante o anteriormente tratado, incumbe ao Estado, buscando a realização dos interesses sociais da coletividade, assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Pois bem, para o exercício dessa competência dispõe o Poder Público de vários instrumentos de atuação, os quais têm sido denominados pela doutrina como *instrumentos de atuação urbanística*.

São basicamente três esses instrumentos: as limitações administrativas, a servidão e a desapropriação.

As *limitações administrativas* decorrem do poder de polícia em sentido amplo e caracterizam-se por configurarem os próprios contornos do direito de propriedade. São elas, pois, como já visto, que traçam o perfil e delimitam esse direito, configurando-o.

São notas caracterizadoras das limitações a *generalidade* e a *gratuidade*, visto que se consubstanciam em imposições gerais resultantes de normas que atingem indistintamente a todos os proprietários, sem contudo lesá-los no exercício de seu direito, já que nada mais fazem do que o delimitar, do que resulta, logicamente, a inexistência do dever estatal de indenizar.

Outro instrumento de atuação urbanística é a *servidão administrativa*, cuja intensidade de intervenção na propriedade não se apresenta de forma tão amena como a que se dá com as limitações.

BIELSA define a servidão administrativa como: "un derecho público real, constituido por una entidad pública sobre un bien privado, con el objeto de que éste sirva al uso público, como una extensión o dependencia del dominio público"¹⁰. Na doutrina pátria, todavia, insuperável é o conceito formulado por HELY LOPES MEIRELLES: "*Servidão administrativa* ou *pública* é o ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário"¹¹.

Diante da excelência desta última conceituação, importa somente mencionar ainda que as servidões podem ser tanto específicas como genéricas.

10 RAFAEL BIELSA, *Restricciones y servidumbres administrativas*, 1923, p. 108, apud HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 523.

11 Ob. cit., nota anterior, p. 523.

Serão *específicas* aquelas que recaírem sobre propriedade certa e individual, ao passo que serão *genéricas* aquelas que incidirem sobre diversas propriedades, mediante instituição através de norma geral e abstrata. Habitualmente, aquelas serão *indenizáveis* e estas *gratuitas*.

Por fim, tem-se também como instrumento de atuação urbanística a *desapropriação*, a qual se apresenta como a forma mais drástica de intervenção estatal na propriedade privada (e pública, em determinados casos), uma vez que a aniquila, a extingue, criando, em contrapartida, a propriedade pública. Entretanto, diante da dimensão dessa intervenção, claro está que a mesma sempre se dará mediante indenização.

São esses, pois, de forma perfunctória, os principais instrumentos de atuação estatal na propriedade privada ¹².

5. A desapropriação

Sem sombra de dúvida, é a desapropriação um eficiente meio para o atingimento dos fins urbanístico. Segundo HELY LOPES MEIRELLES é ela "o moderno e eficaz instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos; para propiciar a implantação de planos de urbanização; para preservar o meio ambiente contra devastações e poluições; e para realizar a justiça social com a distribuição de bens inadequadamente utilizados pela iniciativa privada. A desapropriação é, assim, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige uso compatível com bem-estar da coletividade" ¹³. Inegável, por conseguinte, a importância que assume a desapropriação perante o Poder Público, como forma eficaz para o alcance de seus objetivos sociais, bem assim para a atuação no que se refere ao urbanismo.

Na percutiente colocação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, tem-se o seguinte conceito desse instituto jurídico: "Do ponto de vista teórico, pode-se dizer que desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o Poder Público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire para si, mediante indenização, fundada em um interesse público" ¹⁴.

Dessa forma, resta claro que a desapropriação constitui modalidade de aquisição da propriedade pública. Todavia, esse modal de aquisição se dá de forma *originária*, ou seja, totalmente desvincilhado do título de propriedade anterior, do qual se desprende, extinguindo-se, assim, entre

¹² Sobre as formas de intervenção do Estado na propriedade privada, veja-se ADILSON ABREU DALLARI, "Serviços Administrativos" RDP 59-60:90-91. Frise-se que essa exposição segue tal artigo.

¹³ Ob. cit., nota 10, p. 500.

¹⁴ Ob. cit., nota 8, p. 188.

outras conseqüências, os eventuais ônus reais que incidiam sobre o imóvel expropriado, os quais ficam sub-rogados no preço atribuído a título de indenização pela expropriação verificada.

O fundamento constitucional basilar da desapropriação, impende assinalar, é fornecido pelo art. 5.º, inciso XXIV, do Texto Maior de 1988. Já em nível infraconstitucional, tem ela como principais diplomas que a regulam o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, e a Lei n.º 4.132, de 10 de outubro de 1962.

De acordo com o preceptivo constitucional há pouco citado, poderá a desapropriação ocorrer por *necessidade ou utilidade pública*, ou por *interesse social*. Essas condições ou requisitos aptos a ensejar a desapropriação, apesar de não definidos pelo constituinte ou pelo legislador ordinário, tiveram as hipóteses em que presentes previstas por esse último legislador, visto que catalogou ele os casos considerados de necessidade ou utilidade pública no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 3.365/41, procedendo de igual maneira, relativamente às hipóteses em que presente o interesse social, no art. 2.º da Lei n.º 4.132/62¹⁵.

De se trazer à luz, por extremamente esclarecedora, a lição de SEABRA FAGUNDES, que, acerca das três causas motivadoras da desapropriação, já dizia que poderiam ser elas resumidas no conceito único de *utilidade pública*, já "que é em si tão amplo, que a menção apenas dessa causa bastaria a autorizar a incorporação ao patrimônio estatal da propriedade privada, tanto quanto fosse útil fazê-lo, como quando tal se afigurasse *necessário* ou de *interesse social*"¹⁶.

Mas, não obstante a inexcusável lição desse jurista, converge a doutrina em distinguir as preditas condições da desapropriação. Assim é que,

15 Vale citar, com referência às duas enumerações citadas, que os doutrinadores têm divergido sobre a sua natureza: se são exemplificativas ou taxativas. Aqueles que se inclinam em entendê-la taxativa, o fazem com arrimo no art. 5º, p, da "Lei das Desapropriações", que faz referência aos "demais casos previstos em lei especial". Já os que consideram exemplificativa, fazem-no calca no entendimento de que as expressões necessidade ou utilidade pública e in esse social são conceitos vagos, cuja adequada interpretação cabe à Administração e não ao legislador ordinário (cf. TOSHIO MUKAI, *Direito e legislação urbanística no Brasil*, pp. 114-15). Com a devida vênia dos integrantes dessa última corrente, é de se entender mais acertada a primeira, isto é, aquela que considera as referidas catalogações como taxativas. Aliás, o próprio STF também assim entende. Sem dúvida, esse é o posicionamento mais adequado, pois impossível é desconsiderar que a atividade administrativa deve necessariamente ser *sub lege* e, em assim sendo, deve observar rigorosamente o estabelecido pela lei; nesse passo, tem-se que a alínea p do art. 5º do DL nº 3.365/41 vincula o administrador às hipóteses lá expressadas, ou outras em lei existentes, como é o caso do art. 44 da Lei nº 6.766/79, a chamada "Lei de Loteamentos". Afirmar-se o contrário, ou seja, entender a mencionada enumeração como exemplificativa, é querer atribuir ao administrador um poder discricionário que o legislador ordinário não lhe conferiu.

16 Ob. cit., nota 6, p. 507.

de acordo com o magistério de HELY LOPES MEIRELLES¹⁷, ocorre *necessidade pública* quando há situação de emergência, sendo *imperativa* a transferência urgente do bem ao patrimônio público, bem como o seu uso imediato; já no caso de *utilidade pública* tal transferência é conveniente, porém não imprescindível; e, por último, ocorre a hipótese de *interesse social* “quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para o seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade, ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público”.

Apesar disso tudo, evidente resta que o constituinte de 1988 estabeleceu como requisitos indispensáveis da desapropriação tratada no artigo 5.º, XXIV, da CF, ou seja, da *desapropriação ordinária* ou comum, a *utilidade ou necessidade pública* e o *interesse social*. Em uma dessas causas, pois, deverá essa modalidade expropriatória se fundar. No entanto, convém desde logo fazer menção ao fato de que outras duas modalidades de desapropriação existem, as quais se encontram delineadas nos artigos 182, § 4.º, III, e 184, *caput*, ou seja, e respectivamente, a desapropriação para “fins de reforma urbana” e a desapropriação para fins de reforma agrária. O objeto de ambas, na dicção da Lei Suprema, é o imóvel urbano ou rural, conforme o caso, não cumpridor da sua função social. Patente, então, a configuração dessas duas modalidades como espécies de “desapropriações-sanção”. Necessário se faz agora abrir um parêntese para aludir ao estatuído no art. 243 da Constituição Federal. Prevê esse dispositivo que “as glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios ou medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Pois bem, considerando-se os termos em que balizada a desapropriação no art. 5.º, XXIV, da Constituição Federal, para logo ficar claro que, na hipótese cuidada no artigo 243, não se está diante de uma desapropriação em seu sentido tradicional, mas sim de instituto diverso, cuja natureza é a de *confisco*, isto é, uma *sanctio juris* consistente na perda de um bem em face de um ato criminoso, sem qualquer tipo de indenização. Logo, é de se concluir que o citado art. 243 não encerra mais uma modalidade de desapropriação, porém, sim, um instrumento diverso: a *confiscação*.

Outro requisito insculpido na Constituição acerca do instituto *in examine* é a *indenização*, que deverá ser *prévia, justa e em dinheiro*. Tal, além de contido no preceito básico da desapropriação (art. 5.º, XXIV), foi, no atinente aos imóveis urbanos, iterado no parágrafo terceiro do artigo 182. Trata-se, portanto, de um princípio geral da desapropriação comum, que, todavia, sofre alterações concernentemente às desapropriações

17 SEABRA FAGUNDES, “A desapropriação do Direito Constitucional brasileiro”, *RDA* 14:01.

especiais. Assim é que tanto na desapropriação para “fins de reforma urbana” como naquela para fins de reforma agrária, apesar da indenização também ser justa e prévia, não o será em dinheiro, mas sim em títulos — em títulos da dívida pública na primeira e em títulos da dívida agrária (TDA) na segunda.

O *procedimento expropriatório*, como se sabe, é necessariamente precedido pela declaração expropriatória, que pode se dar por lei ou por decreto, em que conste imprescindivelmente a identificação do bem objetivado, a sua destinação e o preceito normativo que a autoriza. Somente após a declaração de utilidade pública, ou de interesse social, é que se tem o início da desapropriação, que poderá ser amigável ou judicial. No primeiro caso, há acordo sobre o preço no âmbito da própria Administração, enquanto que na via judicial, frustrada a amigável, é o preço fixado, geralmente após avaliação pericial, pelo Poder Judiciário. Paga a indenização, consuma-se a da desapropriação.

São essas as considerações achadas convenientes ao presente estudo, que, mesmo singelas, são suficientes à análise da temática proposta.

6. A desapropriação aplicada ao direito urbanístico

Em primeiro lugar, importa observar que inexistente uma desapropriação urbanística no rigor da palavra, mas sim a desapropriação tradicional que é utilizada para fins urbanísticos pelo Poder Público, para a consecução da atividade urbanística. Aquilo que se denomina costumeiramente por *desapropriação urbanística* ou *para fins urbanísticos*, nada mais é, pois, que a desapropriação comum estabelecida pela “Lei das Desapropriações” (Decreto-Lei n.º 3.365/41), com fundamento em uma das hipóteses de necessidade ou de utilidade pública que guarde pertinência com o urbanismo; isso sem se desconsiderar aqueles casos de interesse social arrolados no artigo segundo da Lei n.º 4.132/62, cuja grande maioria também pode ser aplicada aos fins urbanísticos.

Entretanto, consideradas teleologicamente tais desapropriações, ou seja, relativamente ao fim que se destinam, que nada mais é que a execução do mister urbanístico, recebem elas a categorização de *urbanísticas* ou *para fins urbanísticos*.

A desapropriação enquanto instrumento de atuação urbanística assume inegavelmente grande importância ao urbanismo, uma vez que, por ela, adquire o Estado a propriedade privada; isso quando os outros instrumentos de atuação estatal são inaplicáveis ao caso ou já se demonstraram insuficientes para se atingir o fim desejado, ou seja, a obtenção do fim urbanístico colimado. Nesse sentido são as palavras de SPANTIGATI: “La expropiación es, en el cuadro de la disciplina urbanística, un instrumento

de aplicación prevista para alcanzar la utilización prevista del suelo a través de la sustitución del titular del derecho por otro nuevo”¹⁸.

No Brasil, a desapropriação urbanística, diversamente do verificado no direito estrangeiro, onde possui regime jurídico próprio, apresenta-se regulada pelos textos normativos básicos das desapropriações, razão pela qual se lhe aplica o mesmo regime jurídico destas.

A desapropriação urbanística, conforme lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, se conceitua “como um instrumento de realização da política do solo urbano em função da execução do planejamento urbanístico”¹⁹. A tal conceito aduz-se, ainda, o solo rural, isso com base na já mencionada interdependência entre as áreas urbanas e rurais.

Ainda sobre a definição da desapropriação urbanística, lúcido é o magistério de HELY LOPES MEIRELLES, para quem: “Desapropriação para urbanização é toda aquela que se decreta por necessidade ou por utilidade pública mas visando à formação de um novo núcleo urbano ou a reurbanização de uma cidade ou de um bairro envelhecido ou inadequado para sua nova destinação.”²⁰. No entanto, como aponta com muita propriedade ADILSON ABREU DALLARI, tal definição é restrita à urbanização, não se referindo ao urbanismo como um todo, que é muito mais abrangente. Daí afirmar este último que “a grande dificuldade para se precisar a desapropriação para fins urbanísticos está exatamente na amplitude universal do urbanismo hoje em dia. De certo modo, até mesmo a desapropriação para fins de reforma agrária poderia ser considerada como urbanística, já que se definiu o urbanismo como abrangendo os assentamentos humanos em geral, além do fato de que uma melhoria das condições de vida no campo necessariamente refletiria sobre a cidade”. Prossegue, ainda, o referido jurista afirmando que: “Essa questão foi objeto de análise por parte de Martin Gamero, para quem dificilmente se encontrará uma desapropriação que não tenha entranhada uma finalidade urbanística, pois todas visam a melhoria das condições de vida comunitária”²¹.

O acerto da lição do mestre espanhol, mesmo se referindo ao sistema jurídico de seu país, é inegável, de sorte que é totalmente aplicável em relação ao nosso sistema jurídico. Basta uma rápida leitura nas hipóteses lançadas no Decreto-Lei n.º 3.365/41, para se constatar a inequívoca validade de suas considerações.

Mas, a despeito da desapropriação urbanística carecer de um regime jurídico próprio e valer-se do pertinente às desapropriações comuns, algumas diferenças emergem entre elas, pois, enquanto por estas últimas se

18 FEDERICO SPANTIGATI, *Manual de Derecho Urbanístico*, p. 375.

19 Ob. cit., nota 1, p. 537.

20 *Estudos e pareceres de Direito Público*, p. 426, v. 2.

21 Ob. cit., nota 4, pp. 52-3.

objetivam, de forma casuística, imóveis determinados, naquelas são geralmente visados diversos imóveis; mais ainda, conquanto nas desapropriações tradicionais passa a propriedade a incorporar-se definitivamente ao patrimônio público, nas desapropriações para fins urbanísticos ela passa temporariamente ao domínio público, para, após urbanificados ou reurbanizados os bens expropriados, conforme o previsto no respectivo plano urbanístico, voltarem ao domínio privado²².

Ainda no que toca ao instituto ora em análise, não é demais registrar que na Espanha, cujo sistema relativo às expropriações é havido como dos mais avançados, a preocupação com a disciplina urbanística não é recente, uma vez que a sua "Ley de Urbanismo" remonta a 1942, ao passo que entre nós, como já dito, nada existe, atualmente, sistematizado sobre a matéria.

7. *A desapropriação por zona*

Esse tipo de desapropriação está inserto em nosso sistema jurídico positivo desde 1941, já que previsto na "Lei das Desapropriações" em seu artigo 4.º, com esse rezando que: "A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda".

Logo se percebe que a desapropriação por zona admite duas hipóteses em que é possível se desapropriar área maior que aquela que será efetivamente utilizada na execução do serviço público: 1.ª) para posterior desenvolvimento e ampliação da própria obra; 2.ª) em face da extraordinária valorização das áreas limediras decorrentes da obra executada, para ulterior revenda.

Em tais casos, pois, o legislador exigiu que essas áreas excedentes fossem tão-apenas compreendidas na declaração de utilidade pública, nada mais.

Todavia, como já apontado por ANTÔNIO DE PÁDUA FERRAZ NOGUEIRA, não possui ela grande expressão na realização de obras públicas, mas, mesmo assim, tem ensejado posições contrárias à sua constitucionalidade²³, como adiante se verá.

Quanto a esse caso de desapropriação, é de se notar que não foi ele arrolado dentre os de utilidade pública constantes do artigo quinto da "Lei das Desapropriações", mas sim tratado em dispositivo destacado, ou seja,

22 Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 538.

23 *Desapropriação e urbanismo*, p. 38.

no artigo quarto da mencionada norma. Ora, se assim procedeu o legislador, certo é que quis diferenciá-la dos demais.

Acerca desse fato, percuciente é a análise levada a efeito por ADILSON ABREU DALLARI, que afirma possuir a desapropriação prevista no artigo quarto finalidades distintas dos casos de desapropriação por utilidade pública em sentido estrito, posto que, *contrário fosse, não haveria necessidade de separá-las, já que se submetem ao mesmo regime jurídico.* Daí apontar o referido mestre que a primeira finalidade específica é a imediata aquisição, através da expropriatória, de áreas destinadas à futura ampliação da obra, como consta do próprio texto legal²⁴. No entanto, é de se ter como pressuposto para tal, que ditas áreas excedentes já devam constar efetivamente de plano para a ampliação da futura obra, sem o que a sua necessidade se demonstrará inexistente, de forma a caracterizar um desbordamento do poder de expropriar conferido ao Poder Público. Há, pois, a nosso ver, necessidade de que, além de expressamente discriminadas no ato declaratório de utilidade ou de necessidade pública como legalmente exigido, essas áreas contíguas à obra constem do plano para futuro desenvolvimento da mesma, de modo que reste inequivocamente justificada a sua necessidade. Isso porque é imanente à atividade administrativa o devido planejamento, eis que é impossível, no caso, uma atuação eminentemente empírica. Tal, ante o nosso sistema jurídico, se demonstra inconceptível.

No que se refere à segunda finalidade específica da desapropriação por zona, tem-se que reside ela na "absorção da mais-valia decorrente dada realização de uma obra pública". Assim entende ADILSON ABREU DALLARI, estribado em ARAUJO LIMA, porque a valorização não é abrangida pelo justo preço devido ao expropriado, sendo injusto que, havendo aquela de forma substancial, dela o proprietário se assenhere integralmente²⁵. Tratar-se-ia, pois, de enriquecimento sem causa. Ora, se a própria norma legal permite a *revenda*, parece pacífico que a *mens legis* se encaminhou no sentido de que a Administração absorva o referido lucro oriundo da "plus"-valia, revertendo-o, indireta e indiscriminadamente, a todos os administrados, com o que, pode-se dizer, se estará fazendo justiça social e atendendo ao princípio da isonomia preconizados pela Magna Carta.

Visto isso e considerando-se que a desapropriação por zona tem aplicação, nessa segunda hipótese, tão-somente no caso de valorização extraordinária decorrente da execução do serviço público, em que o Estado obtém o reembolso de parte ou de toda a importância despendida com a mencionada obra através da revenda das áreas atingidas, ou melhor, beneficiadas pela mais-valia e que foram desapropriadas, evidente resta que tal faculdade não está a ensejar uma atuação estatal no mercado imobiliário com intenção especulativa, em concorrência com a iniciativa privada; o que, cite-se.

²⁴ Ob. cit., nota 4, p. 82.

²⁵ Id. *ibid.*, p. 84.

nem seria lícito caso ocorresse, já que se constituiria em evidente desvio da função estatal.

Necessário se faz frisar, com referência à desapropriação por zona, que tem ela recebido severas críticas no que pertine à sua constitucionalidade, relativamente à possibilidade de, mediante expropriação, se adquirir compulsoriamente determinada área que se valorizará extraordinariamente pela execução da obra pública, com a sua posterior revenda.

MARIA GARCIA, por exemplo, conclui que o artigo quarto do Decreto-Lei n.º 3.365/41 não encontrou fundamento de validade no art. 122, n.º 14, da Constituição de 1937, pois esta não cogitou da hipótese da revenda, tal qual também verificado nos textos constitucionais que lhe sucederam²⁶.

Com efeito, se o próprio preceptivo constitucional citado pela autora, que garante o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, é claro ao estabelecer que o seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício, inafastável é que a Carta de 1937 deu ensanchas à possibilidade de revenda prevista pela norma infraconstitucional. Além do mais, se não harmônico com o Texto de 1937 e os demais que lhe sucederam, como explicar a sua plena vigência até os dias de hoje, sem que se declarasse a sua inconstitucionalidade? Na pior das hipóteses, gozaria o dispositivo legal em tela de uma acentuadíssima presunção de constitucionalidade, como já anteriormente afirmado.

Contrariamente ainda à constitucionalidade da desapropriação por zona em casos de extraordinária valorização, manifestaram-se PONTES DE MIRANDA, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e OLIVEIRA FRANCISCO SOBRINHO. Os dois primeiros afirmando ser o instituto inconciliável com as hipóteses constitucionalmente previstas de necessidade ou utilidade pública e de interesse social. Já o último, "pela incompatibilidade da revenda com as origens constitucionais do instituto da desapropriação"²⁷. SEABRA FAGUNDES também se posiciona com esses juristas, visto que entende "inexistente o interesse público qualificado em termos de autorizar o uso do poder expropriatório", além do que a entende ilegítima como fonte de receita decorrente da mais-valia provocada pela obra pública, o que deve ser auferido pela via tributária, mediante contribuição de melhoria²⁸.

Nesse aspecto, oportuna é a assertiva de ADILSON ABREU DALLARI: "É curiosa essa incompatibilidade no direito brasileiro, pois a contribuição de melhoria e a desapropriação por zona convivem na mais completa harmonia em diversos sistemas jurídicos estrangeiros." Logo depois arremata

²⁶ Desapropriação para urbanização e reurbanização: a questão da revenda, p. 23.

²⁷ Citados por SEABRA FAGUNDES, in "Desapropriação para urbanização e reurbanização. Validade da revenda", RDA 128:32.

²⁸ Id. *ibid.*, pp. 33-4.

o jurista que, entre nós, “positivamente, não há qualquer incompatibilidade entre a contribuição de melhoria e a desapropriação por zona.”²⁹

No respeitante à incompatibilidade desses dois institutos, lapidar é a lição de GERALDO ATALIBA, da qual também se vale o mestre anteriormente citado. Assim é que o referido tributarista esclarece que a desapropriação em questão é, pois, instituto afim e “alternativo” da contribuição de melhoria no que pertine a apropriação da mais-valia. Cumpre, então, ao Poder Público optar, perante o caso concreto, pelo instituto mais satisfatório: ou pela contribuição de melhoria, ou pela desapropriação por zona³⁰.

Ora, em sendo assim, não obstante a previsão constitucional da contribuição de melhoria, não está ela, como querem alguns, a elidir a desapropriação por zona. O que não se admite, e corretamente, é a incidência de ambos institutos, concomitantemente, em decorrência de um mesmo fato gerador, uma vez que, se alternativos, a adoção de um impede a utilização de outro.

Reversamente, no sentido da admissibilidade do modal expropriatório em referência, por constitucional, perfilham-se EURICO SODRÉ, VICENTE RAO, CASTRO NUNES, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE, ADILSON ABREU DALLARI e TOSHIO MUKAI³¹.

A corroborar a doutrina que entende constitucional essa espécie expropriatória estão ainda as Cortes de Justiça, que já tiveram oportunidade de se pronunciar sobre o assunto.

A nossa Suprema Corte, em acórdão relatado pelo eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO, assim se manifestou: “É lícito ao Poder Expropriante — não expropriar para satisfazer a interesses de particulares — mas ao interesse público, sem limitações, inclusive para auferir, da renda de terrenos, um proveito que comporte e financie a execução da obra pretendida.”³²

De fora parte a questão da constitucionalidade, que parece atualmente inalterada, com o que se evidencia, pelo exposto, assistir razão à segunda corrente citada, certo é que a desapropriação por zona, em ambas hipóteses, pelos seus próprios fins, pode se constituir em instrumento eficiente para a atuação urbanística, o qual, importa repetir, nem por isso tem sido utilizado pelas Administrações Públicas.

8. A desapropriação para urbanização e reurbanização

A modalidade expropriatória que se convencionou chamar de desapropriação para urbanização, cujos fins urbanísticos se revestem de inequívoca certeza, encontra-se prevista na alínea *i* do artigo 5.º do Decreto-Lei

29 Ob. cit., nota 4, p. 90.

30 Cf. *A natureza jurídica da contribuição de melhoria*, pp. 171 e segs.

31 Citados por TOSHIO MUKAI, ob. cit., nota 15, p. 120.

32 Cf. *RTJSTF* 45:550 e *RDA* 95:105.

n.º 3.365/41. Prevê esse dispositivo legal que: "Consideram-se casos de utilidade pública (...) a abertura, conservação e melhoramentos de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos, edificados ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais".

De imediato se nota que o mencionado preceptivo é de extrema abrangência, ensejando larga atuação estatal no que pertine ao ordenamento urbano. Tanto é assim que CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO já afirmou que: "Se há uma alínea na qual se revela, com clareza, o propósito de abrir portas à satisfação do interesse público, primando sobre o interesse puramente individual, é garantidamente a letra i do artigo 5.º"³³.

Com efeito, dentre o consignado na mencionada letra i, merece realce, para a atuação urbanística, a hipótese de *execução de planos de urbanização*, pois é de indiscutível utilidade à consecução do desiderato urbanístico e, como há pouco considerado, possui enorme abrangência.

Nesse passo, através da citada execução de planos de urbanização, pode a Administração, desde efetuar uma urbanização inicial, até proceder a uma reurbanização em área cuja urbanização seja inadequada, quer por má-formação quer por envelhecimento, além de efetivar "remembramento de áreas mal parceladas, para dar-lhes a conveniente destinação e funcionalidade em face das novas exigências da cidade ou do bairro." Mencionados planos de urbanização, importa dizer, "tanto podem ser globais como setoriais, integrais como específicos; a curto, médio ou a longo prazo. O essencial é que estejam regularmente aprovados pela administração competente que, normalmente, é a municipal, mas poderá ser a metropolitana, a estadual e até mesmo a federal"³⁴; o que continua encontrando guarida na atual Carta Constitucional.

Indiscutivelmente, a abrangência da desapropriação para "execução de planos de urbanização" é de enorme utilidade, eis que raras são as áreas ou cidades, como Brasília, que se originaram de um plano diretor, sendo a maioria fruto de crescimento desordenado e, portanto, possuidoras de todos os inconvenientes dos efeitos do fenômeno da "urbanização". Ora, através desse tipo de desapropriação, tem o Poder Público a oportunidade, calcado em fundamento legal de necessidade ou utilidade pública, de promover, mediante adequado planejamento, a reurbanização dessas áreas deterioradas e desconformes com seu uso social. Ou, ainda, criar e desenvolver centros urbanos, como o acima citado, cujo ordenamento, por alicerçado em efetivo planejamento, persistirá inofismavelmente por longo lapso temporal, resultando, conseqüentemente, num melhor bem-estar da coletividade.

33 Cf. "Desapropriação — Interesse social — Plano de urbanização", RDA 130:355.

34 Cf. HELY LOPES MEIRELLES, "Desapropriação para urbanização", RDA 116:1-15.

Entretanto, a desapropriação para urbanização, ou reurbanização, num sentido lato, não se limita à hipótese da “execução de planejamento urbano”, uma vez que abarca os demais casos previstos na alínea i, como o do “loteamento de terrenos, edificados ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética”, o da “construção ou ampliação de distritos industriais”, bem assim o da “abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos”.

A exemplo do já verificado com a desapropriação por zona, com a qual não se confunde, já que nitidamente distintas entre si quanto a seus fins, a desapropriação para urbanização ou reurbanização também já experimentou críticas no que tange à efetiva possibilidade de revenda das áreas que lhe sobejarem.

Há que se considerar que, nesses casos, a revenda é conseqüência lógica da atividade urbanística, pois inconcebível seria se pretender que, reurbanizadas determinadas áreas, continuasse o Poder Público a deter o domínio das propriedades e edificações objeto dos melhoramentos urbanísticos. Se assim fosse, importaria concluir na estatização da propriedade, o que não se coaduna, por óbvio, com nosso regime constitucional. Doutra feita, no mesmo sentido, impossível seria se lotear terrenos para a sua melhor utilização, bem assim construir ou implantar distritos industriais. Aliás, nesse último caso, a “Lei das Desapropriações” dispõe expressamente acerca da admissibilidade da revenda, o que não poderia ser diferente, já que tal atividade — empresarial — não se adapta com a atividade estatal.

Ora, imanente a tais casos é a revenda, pois inexistente interesse pelo Poder Expropriante em acumular essas áreas objeto de melhoramentos realizados em favor da própria coletividade. Trata-se, pois, de atuação estatal necessária que vem de encontro, inclusive, ao cumprimento do pleno desenvolvimento da função social das cidades e da garantia do bem-estar de seus habitantes, previstos no artigo 182 da atual Constituição. Mais ainda, tal revenda, a nosso ver, ficou, mesmo que de forma implícita, plenamente legitimada pela própria Carta Magna vigente, no caso da desapropriação prevista no inciso III do parágrafo quarto do sobredito dispositivo constitucional, já que admite esse a desapropriação como medida extrema em caso do não-cumprimento da função social da propriedade urbana quando regularmente exigida. Evidente é que, em se verificando essa modalidade expropriatória, não incorporará definitivamente o Poder Público a área expropriada ao seu patrimônio, mas sim, com certeza, a revenderá posteriormente, mediante procedimento próprio, àquele que lhe empregue em consonância com sua vocação constitucional de cumprimento da função social.

Mas, não obstante alguns terem qualificado essa revenda de inconstitucional perante a CF de 1967, com a redação imposta pela EC n.º 1/69, tal foi rechaçado por nossos Tribunais. O mais conhecido julgado nesse sentido é o referente à reurbanização dos bairros de Santana e Jabaquara, cometida pela Municipalidade Paulistana à EMURB, e cujo relator foi o

Desembargador KAZUO WATANABE. Cite-se que esse acórdão, prolatado pela 2.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, e mais outros dois referentes ao mesmo caso e também apreciados por outras Câmaras da mesma Corte, restaram confirmados pelo Supremo Tribunal Federal ³⁵.

Em face do expendido, em especial o pertinente à nova Constituição, tem-se como admissível a licitude da alienação de bens resultantes das chamadas desapropriações para fins de urbanização e reurbanização.

9. *Outras hipóteses previstas no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 3.365/41 com aplicações urbanísticas*

Dentre as hipóteses de desapropriação por utilidade pública elencadas no artigo 5.º da "Lei das Desapropriações", não é somente aquela prevista na letra *i* que se presta à consecução dos fins urbanísticos, porquanto outras há.

Assim é que aptos ao mister urbanístico apresentam-se também os casos de utilidade pública expressados nas alíneas *d*, *e*, *k* e *n*, ou seja, nas hipóteses de "salubridade pública", de "criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência", de "preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos, e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza" e de "criação de estádios, aeródromos ou campos de pousos de aeronaves".

Todos esses casos, então, constituem hipóteses plenamente idôneas à atuação estatal no setor urbanístico. No entanto, acerca dos mesmos não se deterá, eis que se afigura evidente o fim urbanístico neles contido, de sorte a não necessitarem de maiores comentários ³⁶.

10. *A desapropriação por interesse social*

Como faz claro o Texto Constitucional de 1988, em seu artigo 5.º, inciso XXIV, o interesse social é um dos motivos capazes a ensejar a desapropriação.

Interesse social, impende ressaltar, consoante o dizer de HELY LOPES MEIRELLES, "não é interesse da Administração, mas sim da coletividade administrada. Daí porque, os bens expropriados por interesse social, na maioria das vezes, o são para traspasse aos particulares que lhes possam dar melhor aproveitamento ou utilização em prol da comunidade" ³⁷.

35 Vide RTs 459:59, 461:55 e 464:69 acerca dos julgados do TJESP, bem assim, respectivamente, os pertinentes RREE e seus acórdãos prolatados pelo STF nas RTJs 86:155, 90:917 e 90:217.

36 Acerca de tais hipóteses veja-se ADILSON ABREU DALLARI, ob. cit., nota 4, pp. 58 e segs.

37 Ob. cit., nota 10, pp. 505-6.

Ora bem, se interesse social é aquele atinente à “coletividade administrada”, óbvio fica que não é interesse de uma só das pessoas jurídicas de direito público com capacidade política, mas sim de todas, pois a todas cumpre garantir o interesse de seus administrados. Tal é importante desde já evidenciar.

Com efeito, relativamente ao citado requisito autorizador da expropriação, tem-se sobre ele dispor a Lei n.º 4.132/62, que “define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação”, bem assim o estabelecido nos artigos 184 e seguintes da Carta Magna vigente, que tratam da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Desse modo, de pronto se denota que *existem dois tipos de desapropriação por interesse social*, ou seja, um tratado pela norma legal de forma genérica e que descreve os casos considerados de interesse social, e outro tratado pela própria Constituição e que dispõe, de modo específico, de um único tipo de desapropriação por interesse social, que é o para fins de reforma agrária.

No entanto, a Carta Constitucional não se cingiu tão-apenas em firmar mais um caso além daqueles já infraconstitucionalmente estabelecidos, mas sim cuidou de prever um modal nitidamente diferenciado dos demais, quer de interesse social, quer de utilidade pública. Assim é que, o Texto Maior de 1988, a exemplo dos anteriores, lhe outorgou regime jurídico distinto, ao diferenciá-lo quanto à forma de se proceder à indenização, bem como tocantemente ao ente federado com capacidade para promovê-lo, cuja competência é exclusiva, isso além de lhe conferir procedimento judicial próprio.

Deveras, no que pertine à desapropriação para fins de reforma agrária, o legislador constituinte de 1988 houve por bem em tão-só à União atribuir competência para expropriar o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

Acerca da forma de indenização, que também, como as demais, deverá ser prévia e justa, preceituou que se dará mediante “títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão” (cf. art. 184).

Demais disso, de acordo com o já mencionado, incumbiu ao legislador ordinário editar lei complementar estabelecendo “procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação” (art. 184, § 3.º).

Como visto, a *mens constitutionis* se encaminhou no sentido de constituir como objeto da desapropriação para fins de reforma agrária toda propriedade rural que não esteja cumprindo a sua função social. Ocorre que o referido legislador não se limitou a tal assertiva, visto que foi mais

além, elencando os requisitos que, se cumpridos, evidenciam a adequada observância da função social do imóvel rural. Nesse passo, pois, dever-se-á observar, simultaneamente, segundo os critérios a serem estabelecidos em lei: "I — aproveitamento racional e adequado; II — utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III — observância das disposições que regulam as relações do trabalho; IV — exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores" (art. 186). A par disso, convém citar que o artigo 185 consignou insuscetíveis de desapropriação as pequenas e médias propriedades rurais, desde que seus proprietários não possuam outras, bem como todas aquelas que se apresentem produtivas.

Importa aqui abrir um parêntese relativamente à expressa menção, no texto constitucional, dos requisitos que denotam o cumprimento da função social da propriedade rural. Assim se faz uma vez que, dessa forma procedendo o constituinte, ao implicitamente definir e delimitar constitucionalmente a função social da propriedade rural, acaba por indiretamente reduzir a discricionariedade do administrador para tanto, elidindo, destarte, eventuais desvios de poder, além de criar verdadeira trincheira ao proprietário cumpridor da função social de sua propriedade, na defesa do seu direito.

À vista do exposto, indubitosa é a distinção existente entre a desapropriação para fins de reforma agrária e as demais.

No que se refere à desapropriação por interesse social enfocada pela Lei n.º 4.132/62, tem-se que a mesma se destina precipuamente ao condicionamento do uso da propriedade e toca muito mais de perto à atividade urbanística.

Essa segunda modalidade de desapropriação por interesse social, diferentemente daquela para fins de reforma agrária, sujeita-se ao mesmíssimo regime jurídico imposto às desapropriações por necessidade pública, por força do contido no artigo 5.º da Lei n.º 4.132/62, que manda a ela aplicar, no que omissa, as normas do Decreto-Lei n.º 3.365/41, bem assim as pertinentes ao processo e à justa indenização devida ao expropriado.

Resta indubitoso, portanto, que esse tipo de desapropriação se distingue tão-apenas daquela por necessidade pública no respeitante aos casos de interesse social que elenca no artigo 2.º da lei que a disciplina, visto que, até com relação àqueles que podem promovê-la, são idênticas, já que a Lei n.º 4.132/62 nada dispõe sobre tal competência, do que, consoante o seu artigo 5.º, é de se remeter a "Lei das Desapropriações", que, em seu segundo artigo, confere poder para expropriar à União, Estados, Municípios e Territórios. Assim, a essas pessoas de direito público compete promover a desapropriação por interesse social prevista na Lei n.º 4.132/62. Frise-se, todavia, que há posições contrárias relativamente a esta interpretação.

ADILSON ABREU DALLARI diz acertadamente que: "Entre os casos elencados no artigo 2.º dessa lei, somente um tem aplicabilidade especificamente voltada para a atividade rural e todos os demais, com maior ou menor intensidade, se aplicam a situações enquadráveis no campo do direito urbanístico."³⁸ Ato contínuo, declina o eminente mestre essas últimas hipóteses do artigo 2.º; incisos I, III, IV, V, VI e VII.

Assim considerado, é interesse social, com inafastável incidência na seara urbanística, "o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico" (inc. I); "o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola" (inc. III); "a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias" (inc. IV); "a construção de casas populares" (inc. V); "as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras ou serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas" (inc. VI); "a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais" (inc. VII).

Considerando-se que a atividade urbanística, além de se cingir às zonas citadinas, também se ocupa das rurais, em face da interdependência entre elas existentes, quer à vista das constantes migrações verificadas destas para aquelas, que causam sérios problemas habitacionais e sociais, quer relativamente ao abastecimento, etc., manifestamente claros ficam os reflexos no setor urbanístico dessas hipóteses de interesse social que, pela simples leitura, tornam ociosas e desnecessárias maiores ponderações.

Frise-se, porém, que, relativamente à hipótese expressada no inciso VI, que trata da valorização extraordinária de determinadas áreas em função da conclusão de obras ou serviços públicos, cuja alienação ou locação são explicitamente permitidas àqueles que tenham condições de lhes conferir a destinação social prevista pelo artigo 4.º da Lei n.º 4.132/62, válidos são os comentários acerca de sua licitude e constitucionalidade, que aqueles já feitos por ocasião da análise da desapropriação por zona, já que, *mutatis mutandis*, se lhes aplicam integralmente.

11. A desapropriação para "fins de reforma urbana"

Preliminarmente, cumpre observar que se nominou a desapropriação prevista no Capítulo II do Título VII da Constituição de 1988, que cuida da *política urbana*, de desapropriação para "fins de reforma urbana", ante as suas semelhanças com aquela prevista no artigo 184 e seguintes do mesmo texto constitucional e que trata da *expropriação para fins de refor-*

³⁸ Ob. cit., nota 4, p. 96.

ma agrária; isso em face da identidade de causa que as ensejam, que consiste no não-cumprimento da função social da propriedade, além de outras explícita e implicitamente existentes, como a semelhante forma de indenização e a expressa competência a único ente com capacidade política para decretá-las.

É de se observar, ainda, que a modalidade expropriatória "para fins de reforma urbana" está inserida em capítulo por demais expressivo à atividade municipal. Assim, já no artigo 182, primeiro do referido capítulo que versa sobre a política urbana, é cometida às municipalidades a *política de desenvolvimento urbano*, que será, por óbvio, executada pelos respectivos Poderes Públicos, em acatamento à lei de diretrizes gerais. O objetivo de tal norma é o *pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades*, bem assim a *garantia do bem-estar dos seus habitantes*. De acordo com o parágrafo primeiro de aludido dispositivo, o "plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política do desenvolvimento e da expansão urbana."

Ora, incontestável é a abrangência e a importância de que se reveste tal artigo para a atividade urbanística municipal, visto que indubitavelmente é o Município, entre outros aspectos, o aglutinador dos centros habitacionais urbanos.

No entanto, o mérito desse capítulo não se esgota por aí, já que no parágrafo segundo do citado artigo 182 é previsto que a *função social da propriedade urbana* será cumprida quando atendidas as "exigências fundamentais expressas no plano diretor". Aqui, pois, como já dito quando da análise da expropriação para fins de reforma agrária, há expressa referência ao conteúdo da função social da propriedade, o que não ocorria na ordem constitucional anterior, que simplesmente a ela referia sem que fosse definida ou, pelo menos, expressado e delimitado o seu conteúdo, o que acabou gerando algumas conceituações ou concepções diversas pela doutrina e jurisprudência. Agora, todavia, tal certamente não mais se dará em face da clareza da Constituição.

Já no parágrafo terceiro, é ratificado, de modo genérico, que as desapropriações de imóveis urbanos se farão mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Trata-se inofensivamente de princípio de ordem geral das desapropriações, que, sem dúvida, admite exceções, já que, no caso específico da desapropriação tratada no inciso III do parágrafo quarto do preceito constitucional em comento, ela não se dará em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública.

No que tange especificamente à desapropriação "para fins de reforma urbana", vem ela cuidada no parágrafo quarto do artigo 182.

Esse preceptivo, importa apontar, faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, de

acordo com a lei federal, do proprietário do *solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado*, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de, não o fazendo, se dar, sucessivamente: "I — parcelamento ou edificação compulsórios; II — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III — desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais."

De pronto se observa a vinculação desse modal expropriatório a duas leis, uma municipal e outra federal. Quanto a primeira, maiores tormentos inexistirão, eis que de competência do próprio ente expropriante. Já no que pertine a segunda norma, cuja competência legislativa pertence à União, tem-se, à primeira vista, que poderia ela constituir sério entrave enquanto não editada, inviabilizando a utilização pelos Municípios da aludida espécie de desapropriação. Todavia, valendo-se de uma interpretação sistemática do Texto Constitucional, de logo se percebe que a falta dessa norma federal não constitui óbice à aplicação da desapropriação "para fins de reforma urbana", já que, com base no artigo 30, II, combinado com o artigo 24, § 3.º, I, poderá o Município, valendo-se de sua competência *suplementar, regular a matéria, sendo que a eficácia dessa norma persistirá até o momento em que editada a lei federal, quando se dará a derrogação daquela no que incompatível com essa última*³⁹.

Desse modo, para que se dê a mencionada desapropriação, necessário é que, além da sobredita norma federal, a propriedade urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, seja previamente incluída em lei municipal específica que exija, relativamente à área já compreendida no plano diretor, que se lhe promova o adequado aproveitamento sob pena de, sucessivamente, serem aplicadas ao seu proprietário as sanções anteriormente citadas, entre as quais, a última e mais grave, é o despojamento da propriedade mediante desapropriação. Daí, vale lembrar, ter-se a essa modalidade expropriatória (e àquela prevista no artigo 184) categorizado de "desapropriação-sanção".

Demais dessas hipóteses de incidência, tem-se que, conforme o capítulo da Constituição em apreço, somente o Município é competente para promover esse tipo de desapropriação. Todavia, tal competência não se lhe apresenta privativa, pois, por força do artigo 38, § 1.º, da CF, são as suas atribuições estendidas ao Distrito Federal, do que decorre que esse último também poderá se valer dessa forma de intervenção estatal na propriedade privada.

A sua indenização, como já visto, sujeita-se a regime especial, uma vez que não se dá em dinheiro, mas sim através de títulos da dívida pú-

³⁹ Em igual sentido vide CARLOS ARI SUNDFELD, *Desapropriação*, p. 37.

blica de emissão previamente aprovada pelo Senado, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, garantindo-se ao expropriante o valor real da indenização, bem como os juros legais.

A desapropriação aqui nominada "para fins de reforma urbana" constituiu-se, com certeza, como as demais modalidades já vistas, em eficiente instrumento à atuação urbanística, a ser utilizado pelos Municípios, principalmente no que guarda pertinência com o crescimento ordenado das cidades, como também para a imposição do efetivo cumprimento da função social da propriedade urbana, e, ainda, para a solução da carência habitacional atualmente verificada.

Bibliografia

- ATALIBA, Geraldo. *A natureza jurídica da contribuição de melhoria*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1964.
- AZEVEDO, Eurico Andrade. "Desapropriação para fins urbanísticos". *RAM* 125:49-61, jul./ago. 1974.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.
- . "Desapropriação — Interesse Social — Plano de Urbanização". *RD* 130:347-62, out./dez. 1977.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriação para fins urbanísticos*. Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- . "Serviços administrativos". *RDP* 59-60:88-98, jul./dez., 1981.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Licenças urbanísticas". *RDP* 57-58:222-32, jan./jul., 1981.
- GARCIA, Maria. *Desapropriação para urbanização e reurbanização: a questão da revenda*. Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- . *Direito Administrativo Brasileiro*. 11ª ed. atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- . *Estudos e pareceres de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, v. 2.
- . "Desapropriação para urbanização". *RD* 116:1-05, abr./jun., 1974.
- MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1988.
- NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. *Desapropriação e Urbanismo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. "A desapropriação no Direito Constitucional Brasileiro". *RD* 14:1, out./dez., 1984.
- . "Desapropriação para urbanização e reurbanização. Validade da revenda." *RD* 128:37-35, abr./jun., 1977.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- SPANTIGATI, Federico. *Manual de Derecho Urbanístico*. Trad. de Traducciones Diork. Madrid, Editorial Montecorvo, 1973.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

Moderno Dirigismo Econômico e Direito Contratual

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS
Advogado

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Racionalidade jurídica. III — Conceito de contrato. IV — Autonomia da vontade. V — Plano legislativo. VI — Conclusão.

I — Introdução

O direito pressupõe um tipo de racionalidade jurídica. Também o direito contratual pressupõe um tipo de racionalidade jurídica, principalmente por ser tamanha a identidade entre o direito contratual e o direito *lato sensu* considerado. Para se iniciar o estudo da relação entre o Estado e o direito contratual é necessário que seja identificada a racionalidade jurídica em que se insere o direito e, por consequência, determina a forma de atuação do Estado.

Ainda que perfunctoriamente, neste trabalho, propomo-nos a traçar um esboço de que se deveria entender por dirigismo econômico no campo do direito contratual. Sem dúvida, o conceito é dinâmico segundo o paradigma de direito em que ele se encontra.

II — A racionalidade jurídica

A doutrina¹ identifica três tipos de racionalidade jurídica: a formal, a substantiva e a reflexiva. A racionalidade jurídica formal estabelece

¹ GUNTHER TEUBNER, no capítulo *Juridification: concepts, aspects, limits, solutions*, "in" *Juridification of Social Spheres — A Comparative Analysis in the Law*, organizado por GUNTHER TEUBNER, Berlim, Walter de Gruyter, 1987; *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law and Society Review*, Denver, 1983, vol. 17, n° 3; *Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden Baden Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, parte dois: *Unites multiples: corporate governance in group enterprises*.

as esferas das atividades dos atores privados, privilegiando a autonomia da vontade e o individualismo. As funções externas dessa racionalidade são as de estabelecer premissas estruturais para a alocação de recursos em uma sociedade de mercado. As estruturas internas têm orientação normativa: vale dizer, as regras são conceitualmente construídas e aplicadas segundo uma dedução lógica.

A racionalidade jurídica substantiva, por sua vez, é instrumento de regulação coletiva das atividades sócio-econômicas. Ajusta, dessa forma, o mercado via intervenção estatal. A função externa do direito consiste em modificação instrumental do mercado. A estrutura interna do direito apresenta-se com função teleológica, vale dizer, estabelece a ação por meio de regulação de princípios padronizados.

Por fim a racionalidade jurídica reflexiva, também denominada de procedimental, caracteriza-se pela justificação do direito como forma de auto-regulação e autocoordenação dos atores sociais. As funções externas do direito não consistem em produção de sistemas estruturados e estruturadores para o discurso interno e coordenação externa. As estruturas são orientadas de forma relacional.

O estudo do tipo de racionalidade jurídica em que se insere o moderno direito contratual demonstrará que o dirigismo econômico é uma forma de atuação dessa racionalidade e encontra-se em estado de transição. Há mudança também na função dos conceitos, inclusive de contrato.

III — *Conceito de contrato*

É certo que o conceito de contrato sofreu alteração significativa principalmente à vista da intervenção do Estado na economia. A distinção encontra-se entre o conceito do contrato no modelo liberal e o contrato do modelo intervencionista. O contrato segundo a racionalidade jurídica formal e o contrato segundo a racionalidade jurídica substantiva.

Qual é a diferença entre as trocas havidas na antiguidade e as atuais? Entre ambas é válido dizer que são instituições relacionadas ao mercado. O que difere as relações de troca realizadas em nossa sociedade e as sociedades primitivas é que as relações de troca em nossa sociedade são contratuais. Nas sociedades primitivas não se podia falar em relação contratual. Tratava-se de relações estamentais, pois as trocas decorriam do *status* ocupado pelo indivíduo e de sua posição parental dentro de uma hierarquia. A troca estamental não é contrato. A relação de troca estamental tinha possibilidade de modificar a própria qualidade jurídica de quem efetuasse a troca. Assim era em Roma, pois quem trocava cavalos era o chefe da família. O filho só poderia efetuar o negócio quando ascendesse à posição de chefe.

As formas contratuais como conhecemos hoje não existiam nas sociedades primitivas. Sua origem provável, segundo WEBER, está na Idade Média, quando começaram a se tornar mais impessoalizadas as relações obrigacionais, fato este que tem relação também com o surgimento dos títulos de crédito.²

A doutrina civilista conceitua o contrato como um acordo de vontades gerador de efeitos obrigacionais.³ A dogmática jurídica sob o conceito de contrato, no entanto, identifica o instituto pelo qual a determinação do conteúdo ou de alguns elementos deixou de ser livre; uma das partes perdeu a liberdade de escolha de outra; a formação de alguns tipos de contrato prescinde de autorização ou de aprovação da autoridade pública; há tendência de padronização de condições gerais etc. Essas evidências, pois, modificam o conceito de contrato.⁴

É patente a intervenção do Estado na vida do contrato. No que tange à teoria geral do contrato, trata-se de uma nova dogmática jurídica com renovação das matrizes filosóficas do direito privado.⁵

FRANÇOIS EWALD⁶ explica que as relações sociais são reduzidas a formas contratuais que de contrato, no conceito liberal, só têm a denominação; as relações sociais tendem a uma infinidade de necessidades interdependentes entre os atores sociais. O aumento progressivo dessas relações de solidariedade (*solidarity relationships*) outorga aos contratos tamanha flexibilidade que não seria mais apropriado falar-se no termo contrato, mas sim em uma ordem contratual (*contractual order*).

Ainda segundo o autor citado, o marco dessa mudança seria a lei francesa do Trabalho de nove de abril de 1898. Essa lei organizou um sistema de acidentes de trabalho que não estava compreendido no clássico contrato de empreitada que lidava com noção de culpa e compensação de prejuízos.

A lei, diferentemente, pressupunha um pacto (*settlement*) entre empregados e empregadores, em termos das atividades exercidas e assunção de riscos dessa atividade.

2 A referência à gênese do contrato, bem como a referência a WEBER está inserida no artigo de autoria de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR in *O Destino do Contrato*, Revista do Advogado, nº 9, pp. 51 e seguintes, 1982.

3 ORLANDO GOMES in *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª edição, 1988, p. 5, 1988.

4 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 4.

5 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 5.

6 FRANÇOIS EWALD in *Dilemmas of Law in Welfare State*, Capítulo A *CONCEPT OF SOCIAL LAW*, Berlim, Walter de Gruyter, 1986, organizado por GUNTHER TEUBNER, pp. 50 e seguintes.

A mudança leegislativa aludida traduz-se em termos de mudança de racionalidade jurídica. EWALD,⁷ nesse sentido, revela que a moral e a filosofia dos contratos são substituídas por uma doutrina baseada na sociologia, através da distribuição equitativa dos prejuízos e lucros entre os diversos atores sociais.

Nesse sentido, a nova dogmática torna imprestáveis “princípios e construções de conceitos ordenados em função de outro tipo de conduta”. Os antigos juristas “encaram como insuportáveis monstruosidades jurídicas as soluções criadas para atender às exigências da convivência social e tentam reduzir os fatos novos aos conceitos tradicionais a que repugnam”.⁸

A utilização de um conceito para determinar duas figuras jurídicas distintas, entretanto, não é despreziosa, mas, pelo contrário, é nitidamente ideologizada.⁹ Com efeito, o contrato no modelo liberal privilegiava a autonomia da vontade. A mudança de racionalidade operada rompe a estrutura intervindo na vida dos contratos privados e estabelece, sobretudo, uma ordem contratual. O contrato, cujo nome se mantém, não privilegia mais a autonomia da vontade, mas sim a interrelação dos atores sociais através da intervenção do Estado.

Conclui-se, assim, que o busilis do conceito de contrato é a autonomia da vontade. Dirigismo econômico, por sua vez, se contrapõe à autonomia da vontade.

IV — *Autonomia da vontade*

Segundo LUHMANN,¹⁰ as funções básicas do contrato enquanto instituição capitalista são:

- a) modalidade de troca;
- b) institucionaliza a autonomia da vontade e a liberdade contratual;
- c) protege as partes contra os riscos econômicos;
- d) permite a equalização dos contratantes.

Interessa-nos aqui aprofundar que tipo de autonomia da vontade e de liberdade contratual está relacionada com o moderno dirigismo econô-

7 FRANÇOIS EWALD, *op. cit.*, p. 42: nesse sentido o autor cita FLANIOL E RIPERT; MAZEUD e MAZEUD; BOVER; GEROUDE; RABIMOVICS; BOULAN *et alii*.

8 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 5.

9 FRANÇOIS EWALD, *op. cit.*, p. 40.

10 A referência a LUHMANN está inserida no artigo de autoria de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR in “O Destino do Contrato”, *Revista do Advogado*, nº 9, pp. 51 e seguintes, 1982.

mico. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR¹¹ distingue liberdade no sentido positivo e liberdade no sentido negativo. A equalização dos contratantes é a chamada de liberdade no sentido negativo e implica generalização mútua. A autonomia da vontade é a liberdade no sentido positivo. O contrato harmoniza esses dois tipos de liberdade, posto que a autonomia da vontade está inserida no contexto de uma sociedade de massas. Nesse tipo de sociedade, as igualdades suplantam as diferenças. O dirigismo econômico confronta-se com o direito contratual.

ARNOLDO WALD¹² estabelece distinção quanto aos termos: liberdade de contratar e liberdade contratual. Aquele seria a "faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto que este, liberdade contratual, seria a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira refere-se à possibilidade de realizar ou não um contrato, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de uma realização".

Quanto à possibilidade de se estabelecer o conteúdo do contrato, vale lembrar os métodos de PIERRE DE HARVEN:¹³ A amputação e o enxerto. A amputação consiste em retirar do contrato uma de suas cláusulas tendo-a por não escrita, ou substituindo-se imperativamente por outra. O enxerto consiste em introdução no conteúdo de um contrato de uma obrigação como se fora convencional.

Quanto à liberdade de contratar LEHMANN¹⁴ ressalta: a) a autorização de um órgão para a realização de contratos; b) a disciplina da conclusão de certos contratos mediante proibições que limitam a escolha do contratante; c) a imposição a determinadas empresas da obrigação de contratar. Quanto à liberdade contratual, ou liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, o autor cita: a) a regulamentação coativa do conteúdo mediante imposição de obrigações determinadas; b) a limitação de estruturação do conteúdo do contrato através das condições gerais de estipulação estabelecidas unilateralmente.¹⁵

Além desses métodos para se modificar o contrato, há também o surgimento de novas figuras contratuais. Nas palavras de ORLANDO GOMES,¹⁶ "dispensa-se a essa relação jurídica o tratamento dado às relações contratuais como se proviesse de um genuíno contrato. Assim são aplicá-

11 TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, in "O Destino do Contrato", *Revista do Advogado*, nº 9, 1982, p. 51.

12 ARNOLDO WALD, in *Obrigações e Contratos*, 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 109.

13 A referência a PIERRE DE HARVEN é feita por ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 24.

14 A referência a LEHMANN é feita por ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 16.

15 ORLANDO GOMES não distingue em sua obra entre liberdade contratual e liberdade de contratar.

16 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 23.

veis o princípio de interdependência de obrigações, inclusive a *exceptio non adimpleti contractus*, a *periculum interactus*, como o *periculum deteriorationis*, a mora, a responsabilidade contratual etc.". São esses contratos: a) normativo; b) coativo; c) tipo; d) adesão; e) necessário. Não se pode pensar na sociedade contemporânea sem esses tipos de contrato, como endossa RIPERT, citado por ORLANDO GOMES.

Não se cogita, nessas figuras contratuais, de autonomia da vontade — é inexistente, mas mantém-se a ideologia do contrato no modelo liberal, nos termos preconizados por FRANÇOIS EWALD.

Doutrinadores pátrios não se atinham a esse tipo de questão ao tratar da intervenção do estado nos contratos. ARTUR ROCHA in *Da Intervenção do Estado nos Contratos Concluídos* (revisão dos negócios privados e o direito civil), Ed. Irmãos Pogetti, 1932, analisava a intervenção estatal como forma de proteção do juridicamente mais fraco. Essa explicação para o surgimento das novas figuras contratuais, no entanto, não convence, pois muitas vezes os contratos asseguram exatamente o contrário ao prever monopólios etc.

As novas figuras contratuais são exemplos de uma nova realidade contratual existente. Ajustam instrumentalmente o mercado, estabelecem padrões, regulamentam as atividades sócio-econômicas. Privilegiam, enfim, a atuação do Estado na economia.

V — Plano legislativo

No plano legislativo brasileiro é nítida a evolução da racionalidade jurídica formal para a racionalidade jurídica substantiva. O código de defesa do consumidor abre margem à racionalidade jurídica procedimental.

O Código Civil Brasileiro é um exemplo clássico de diploma legal elaborado sob a égide do modelo liberal. Privilegia a autonomia da vontade e o individualismo. Não trata de dirigismo econômico nos contratos, mas estabelece limites de ordem relativa ao interesse público. Exemplos disso são as disposições nos arts. 145, 1089, 1132 e 920, as quais limitam a autonomia da vontade.

O Projeto do Código Civil n.º 634-B apresenta algumas mudanças sensíveis ao regular o contrato de adesão, nos arts. 422, 423, 424, bem como ao introduzir a preocupação de que o contrato deve cumprir sua função social.

Talvez a primeira intervenção econômica nos contratos poderia ter sido observada, na verdade, na legislação que estabeleceu proibição da cláusula-ouro e estabeleceu o curso forçado da moeda. Cuidava, sem dúvida, de medida visando a implementar a política monetária, ao arbítrio da já crescente desvalorização da moeda.

Em pleno Estado Novo, o Decreto n.º 22.626, de 1933, dispunha sobre a proibição de cobrança de juros acima do permitido. A limitação

ficou restrita a particulares, posto que foi revogada pela lei de mercado de capitais, a qual institucionalizou a política monetária dentro de padrões internacionais do mercado financeiro.

Atualmente a intervenção econômica nos contratos tem sido sentida em todos os momentos, principalmente por efeito de mudança de política monetária. Planos econômicos sobrepõem-se a outras tantas medidas todas com o efeito de regular a política monetária, e, por consequência, estabelecem novas regras e cláusulas nos contratos, tornando sem efeito outras tantas.

A Constituição Federal de 1988 estabelece bases programáticas para a atividade econômica. Funda-se na valorização do trabalho, na livre iniciativa, observada a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais etc. (arts. 170 e seguintes da Constituição Federal).

Merece relevo a garantia do Estado em defesa do consumidor, inculpada como direito individual nos termos do art. 5.º, inciso XXXII, regulamentada pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu taxativamente as cláusulas contratuais nulas de pleno direito, relativas ao fornecimento de bens ou produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem responsabilidade do fornecedor, subtraíam ao consumidor a possibilidade de reembolso, transfiram responsabilidades a terceiros, estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, bem como outras tantas vedações inseridas no art. 51 e respectivos incisos. A lei recondiciona e reeduca as relações de consumo.

Além disso, dá tratamento coletivo às questões de consumo, denotando-se ainda mais a presença de uma ordem contratual interligada em uma sociedade de massas, ao invés de violação de um interesse individual.

Aponta, por fim, além da nítida racionalidade jurídica substantiva, passos à regulação coletiva por parte da sociedade das relações de consumo, afasta o Estado ostensivamente atuante, dando margem possível a uma nova mentalidade inserida na racionalidade jurídica procedimental ou reflexiva.

Com efeito, o art. 107 dispõe sobre a convenção coletiva de consumo, segundo a qual as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica poderiam regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenha por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. Nesse caso a convenção tornaria obrigatória apenas aos filiados e às entidades signatárias, a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

VI — Conclusão

O tema DIRIGISMO ECONÓMICO E DIREITO CONTRATUAL oferece uma gama enorme de abordagens e indagações. Não analiso neste modesto trabalho o conceito de ordem pública e o conceito de interesse público, para o que me reporto aos trabalhos de GIORGIO GIORGI e LUIGI FERRI.^{17 18} Tampouco a dissertação abarca o tema da compatibilidade entre o fim social da doutrina intervencionista e o carácter privatístico, exposto por PIETRO BARCELONA.¹⁹

O presente trabalho visou a esboçar uma mudança de racionalidade e de leis que atuavam sobre o modelo clássico liberal e o modelo intervencionista, tentando demonstrar, a princípio, o rumo do modelo procedimental. O código de defesa do consumidor é uma mudança. Trata-se, na linguagem de EWALD, de um pacto entre consumidores e fornecedores de uma nova relação de consumo. O contrato clássico é tido como a relação imediata entre a supremacia e a autonomia individual, do qual emerge o Estado com poderes limitados a garantir os contratos. O que muda entre o velho sistema e o novo é a forma de pensar o relacionamento do todo com as suas partes, ou seja, como o contrato social é concebido. No direito social (*social law*) preconizado por EWALD as partes não pactuam cláusulas diretamente sem antes passar pela mediação do todo, ou seja, da vontade social, ou ainda, para se utilizar os termos de nossas legislações, da função social do contrato.

Muitas críticas podem ser feitas ao código de defesa do consumidor, inclusive a de que não seria um modelo legal aplicável à realidade brasileira, posto que importado do ordenamento jurídico de outros países mais desenvolvidos. Há quem argumente que a questão é cultural, e o Brasil não tem tradição para enfrentar o mesmo tipo de problema que países superindustrializados. Coloca-se em cheque, ainda, dentro do contexto, a compreensão da sociedade brasileira, e não só do Estado, no conceito de *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar, dada as desigualdades sociais enfrentadas por nós.

As ponderações são pertinentes na medida em que o discurso neoliberal, antes de regular relações entre atores sociais homogêneos, fragmenta conquistas sociais, sob o pretexto de retirada do Estado da economia. Assim acontece principalmente nas relações trabalhistas, quando a ordem é a ausência do Estado e um dos lados é visivelmente mais organizado e forte que outro.

A conclusão deste trabalho, antes de uma resposta, é uma indagação. Nos países desenvolvidos a mudança legal está ligada a uma superação do Estado do Bem-Estar, a racionalidade jurídica substantiva é superada pela racionalidade jurídica reflexiva. O que dizer no Brasil?

17 GIORGIO GIORGIO, in *Teoria Delle Obbligazione nel Diritto Moderno Italiano*, vol. III, Firenze, 1985, p. 468.

18 LUIGI FERRI, in *L'Autonomia Privada*, Giuffrè, 1969.

19 PIETRO BARCELONA, in *Intervento Statale e Autonomia Privada nella Disciplina dei Rapporti Economici*, Giuffrè, 1969.

Os Contratos de Adesão e a Defesa do Consumidor

CARLOS ALBERTO BITTAR

Professor Adjunto no Departamento de
Direito Civil da Faculdade de Direito da
USP — Advogado em São Paulo

SUMÁRIO

1. *A contratação privada na economia de nosso tempo.*
2. *O extenso universo contratual existente.*
3. *A predominância de contratos por adesão.*
4. *A inserção de cláusulas abusivas nesses contratos.*
5. *Reflexos no mundo jurídico.*
6. *A defesa do aderente.*

1. A contratação privada na economia de nosso tempo

Dominada por ação intervencionista do Estado há algumas décadas, a economia de nosso tempo tem-se caracterizado por mudanças cíclicas, à luz de exigências do momento, em países do mundo ocidental, em que cada vez mais se tem distanciado do ideal de justiça e de equilíbrio com que se deveria conduzir.¹

As crises provocadas por surtos inflacionários e as soluções nem sempre compatíveis com as reais necessidades dos países envolvidos e de

1 Dentre inúmeros outros autores, v. ABEL ANDRADE: *A vida do Direito Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898, em que invocava a denominada "questão social" e as transformações pelas quais passava o Direito Civil; JOSEPH CHARMONT: *Les transformations du Droit Civil*, Paris, Armand Colin, 1912; LOUIS JOSSERAND: "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", em *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1937, t. 36, pp. 1 e ss.; RENÉ SAVATIER: *Les métamorphoses du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, Lib. Générale, 1952; MARCO AURELIO RISOLIA: *Soberanía y crises del contrato*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958; CAMILLO CAVAGNARI: *Nuovi orizzonti del Diritto Civile*, Milano, Dumolard, 1891; ENRICO CIMBALI: *A nova fase do Direito Civil*, trad., Porto e Rio Chardon e F. Alves, 1900.

suas populações têm evidenciado a debilidade das concepções postas em prática pelos governantes para a condução da economia, exatamente pela inobservância do equilíbrio necessário, em sua formulação, entre os interesses em jogo.

Ora, atuam nesse universo, de um lado, grandes conglomerados empresariais, multinacionais e nacionais, e empresas estatais de vulto, e, de outro, pequenas e médias empresas e os particulares em geral, estes especialmente na condição de consumidores anônimos da massa de bens e de serviços, postos à sua disposição, e a que se vêem atraídos em face de necessidades criadas pela complexidade da vida em sociedade nos dias presentes.

Avulta anotar, nesse contexto, o papel impulsionador da publicidade que, aliada aos meios de comunicação, em sistema de interdependência recíproca, cria, sedimenta e impõe hábitos, costumes, e necessidades, levando as pessoas à ampliação de seu circuito negocial.

A visão macroeconômica da problemática negocial é responsável pelos desajustes que se notam no plano social, em que camadas inteiras de população não têm acesso a bens de consumo normais, nem podem satisfazer necessidades primárias da vida, tais como habitação, vestuário e alimentação.

Nesse panorama, assume especial relevo a questão da análise do sistema contratual vigente, sob o crivo dos princípios e das normas de defesa de direitos pessoais e personalíssimos envolvidos no plano negocial, em especial quanto a contratos celebrados para a satisfação de interesses dos particulares, em que prosperam os denominados "contratos por adesão", ou "contratos de adesão", como apontamos em trabalho publicado em 1978, denominado "O dirigismo econômico e o Direito Contratual" (RT 526/20).²

A regra na contratação atual é a da submissão da pessoa a modelos, a fórmulas, a condições e a cláusulas pré-determinadas, impressas ou não, mas aceitas globalmente e sem discussão, para que possa obter o bem, ou o serviço almejado. A predisposição advém do próprio ofertante, ou de normas regulamentares ou legais, não se propiciando, pois, normalmente,

2 Especificamente quanto à problemática dos contratos de adesão, v. JACQUES GHESTIN: *Les obligations — Le contrat*, Paris, Librairie Générale, 1960, pp. 32 e ss.; JAIME SANTOS BRIZ: *La contratación privada*, Madrid, Montecorvo, 1966; VITTORIO TEDESCHI e GUIDO ALPA: *Il contratto nel diritto nord-americano*, Milano, Giuffrè, 1980; ALESSANDRO GIORDANO: *I contratti per adesione*, Milano, Giuffrè, 1961; COSIMO MARCO MAZZONI: *Contratti di massa e controlli nel Diritto Privado*, Napoli, Jovene, 1975; ORLANDO GOMES: *Transformações gerais do Direito das Obrigações*, S. Paulo, Ed. RT, 1967 e *Contrato de adesão*, S. Paulo, Ed. RT, 162; WALDIRIO BULGARELLI: *Contratos mercantis*, S. Paulo, Atlas, 1979, pp. 87 e ss.; FRAN MARTINS: *Contratos e obrigações comerciais*, Rio, Forense, 1961, pp. 106 e ss. e MARIA HELENA DINIZ: *Curso de Direito Civil Brasileiro*, SP, Saraiva, 1980, v. 3, p. 71 e ss., dentre outros escritores.

ao interessado qualquer ingerência, seja na forma, seja no conteúdo do contrato. Considerando-se que, na prefixação pelo ofertante, reveste-se este do caráter de grande empresa multinacional, ou nacional — que concentra, portanto, soma de poderes apta a ditar, nesses contratos, condições tendentes à preservação e à prevalência de seus interesses — tem-se reduzida a posição do contratante (pessoa comum ou empresa de menor porte) a mero aderente às disposições de vontade negocial do ofertante. Submete-se, portanto, à vontade do ofertante o circuito negocial correspondente, sob certas regras básicas, mas muitas vezes sem disposições legais compatíveis para o resguardo das posições dos contratantes em geral, que com ele realizam negócios.

Assim, com normas de ordem pública incidentes, de um lado, mas sem qualquer disciplinação específica, de outro, esses contratos ganham espaços cada vez mais amplos no cenário fático, diante ao dinamismo de certas atividades básicas e a necessidade de ante a massificação da colocação do bem ou do serviço, adotar-se expedientes lépidos de contratação, e que acabam por elidir, previamente, qualquer possibilidade de discussão pelo adquirente ou pelo usuário, conforme o caso, de suas cláusulas.

Tem-se, então, submetida a vontade individual, nas relações contratuais com os fornecedores e os prestadores de serviço, a ditames de cunho normativo, regulamentar, ou fático, em especial às cláusulas e às condições por eles pré-estipuladas, quebrando-se, assim, as noções de igualdade e de equilíbrio no âmbito contratual. Fica sempre o adquirente (ou o utente) de bens e de serviços jungidos a fórmulas, modelos e contextos definidos, nos diferentes contratos utilizados para a respectiva colocação no mercado, não se lhe permitindo interferir, concretamente, com sua vontade, na delimitação do negócio realizado, pois grande parte do universo contratual está sob a influência dos disponentes, ou dos ofertantes, ou do Estado, em contratos, em leis ou em regulamentos manifestada.

2. *O extenso universo contratual existente*

No atual universo contratual, espécies diversas de figuras negociais existem, em função da expansão alcançada no plano comercial e do extraordinário avanço tecnológico de nosso século, introduzindo-se no cenário econômico inúmeros novos bens e serviços à disposição dos interessados. Alinham-se: os serviços de telecomunicações, com os diferentes sistemas possíveis de reprodução e de representação de imagens e de sons; o complexo aparato computacional, com múltiplos usos empresariais e domésticos; os mecanismos vários de publicidade, de financiamentos, de investimentos, de seguros, de conjugação de empresas e de negócios, dentre inúmeras outras modalidades.

Para a regulação das relações jurídicas daí decorrentes, inúmeras fórmulas contratuais têm sido adicionadas ao elenco tradicional, de que merecem destaque as do contrato necessário; do contrato autorizado; do

contrato coletivo e do contrato complexo, que, a par de suas peculiaridades, têm posto em crise a própria noção de contrato. Mas, não obstante as diferentes e singulares teorias e explicações existentes — algumas até negatórias do próprio conceito —, a verdade é que subsiste o contrato como mecanismo de conjugação de interesses para a realização de objetivos pessoais e patrimoniais no âmbito jurídico.³

Com efeito, a contínua inserção de condições gerais em certos contratos; a pré-definição de cláusulas em outros; a combinação de negócios, ou de cláusulas de contratos tradicionais; a inserção de normas legais ou regulamentares no contexto de outros contratos, ou mesmo a própria definição normativa de seu conteúdo, se bem que representem fenômenos que imprimem feições particulares ao instituto, deixam intacto, no entanto, o conceito básico, que segue sendo a fórmula jurídica precípua para a conjugação de declarações negociais de vontade, destinadas à circulação de bens, de direitos e de serviços no mundo fático.

Definindo-se as novas espécies — como o fizemos no citado trabalho —, tem-se que contrato necessário (imposto, forçado, ou ainda imperativo) é aquele a que a parte se não pode recusar, pois decorrente de norma cogente (como, por exemplo, o contrato de seguro acoplado ao de transporte; o contrato de concessão e de fruição de serviços públicos e o derivado de profissões regulamentadas).

Contrato regulado (regulamentado) é aquele cujo contexto se encontra disciplinado por meio de lei ou por meio de regulamento (como: contratos bancários; de transferência de tecnologia; de “leasing”; de comercialização de “software” e outros).

Contrato autorizado é o que depende de manifestação de autoridade da administração pública para a sua execução (como os de: aquisição pública de ações; aquisição de controle da empresa; de “underwriting”; de comércio exterior; de transferência de tecnologia; de constituição de certas sociedades anônimas, ou de certas associações, etc.).

Contrato coletivo e o celebrado por determinada categoria profissional, em relações derivadas do trabalho, com as empresas do setor correspondente (como o acordo coletivo para reajuste de salário, ou para definição de condições de trabalho).

Contrato complexo (misto) é o que advém da reunião de elementos componentes de tipos diversos, ou da combinação de contratos típicos (como os de “leasing”, ou arrendamento mercantil, em que se conjugam locação de bem e opção de compra; alienação fiduciária, em que se combinam elementos de negócio fiduciário, de venda e de financiamento, e assim por diante).

³ Análise percutiente da matéria é desenvolvida por FRANCESCO MESSI-NEO: *Il contratto in genere*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 415 e ss., depois de completo estudo do conceito técnico-jurídico de contrato, a pp. 67 e ss. Entre nós, v. ORLANDO GOMES: *Contratos*, Rio, Forense, 1961, pp. 123 e ss.

Essas figuras — a par de outras — apresentam, pois, conotações especiais, que as distanciam dos contornos tradicionais do contrato, tanto quanto à visão, como quanto à concepção de cunho liberal, com que foi cunhado, à época das codificações. De fato, vislumbrado como o acordo de vontades tendente à criação, à modificação e à extinção de relações jurídicas, em razão dos interesses dos contratantes e à luz de declarações negociais próprias, viu-se o contrato cercado de novos elementos, que lhe imprimem conformações diversas, propiciam-lhe traços novos, enfim, cercam-no de características de índole eminentemente social, em que a participação do Estado e de coletividades lhe propicia novo dimensionamento. Mas o núcleo central persiste, mesmo preso a fatores ou a condicionantes novos, a identificar — como desde o início — a fórmula jurídica própria engendrada e desenvolvida para a regulamentação de interesses privados de cunho econômico e patrimonial.⁴

3. A predominância de contratos por adesão

Não obstante a diversidade de figuras e de negócios possíveis no cenário econômico presente, prospera a idéia de contrato por adesão, ou de adesão, no mundo negocial, como anotamos. Com isso, seja para a aquisição, ou o uso, ou a fruição de bens e de serviços, encontra ora o contratante ordem predisposta de cláusulas e de condições, dítadas por lei ou por força de regulamentos, ou ainda por vontade do disponente (ou do ofertante), cabendo-lhe quase sempre aceitá-las, sem discussões, ou modificações, se efetivamente quiser relacionar-se contratualmente, na consecução de seus objetivos (uso, obtenção ou disposição dos bens e dos serviços oferecidos). Daí as preocupações com o equilíbrio contratual, decorrentes de dogmas e de posturas introduzidas pela evolução do pensamento social e jurídico.

Submete-se, assim, a órbita contratual a novas concepções, de marcada influência social, que atingem, não só a contratação privada em si, como também os próprios princípios com que se edificou a teoria dos contratos, embora permaneçam no comando da respectiva textura jurídica.

Com efeito, não só os princípios fundamentais, como também as normas gerais editadas para a disciplinação das figuras centrais de contrato permanecem na regência da matéria, graças ao grau de universalidade de que se revestem, na linha da influência romana.

Mas a base teórica passou — e passa — por sensíveis modificações, dítadas pela evolução social, política e filosófica, com que se inseriram novos valores à temática do relacionamento contratual, ora impregnada de elemen-

4 É a doutrina imperante, embora diferentes formulações tenham sido edificadas ao longo dos tempos (decisiva é a observação de que persiste sendo ajuste de vontades, aderindo uma parte às linhas básicas traçadas pela outra).

Anote-se, outrossim, quanto à especificação de figuras, a existência de contrato-tipo, modalidade de contrato de adesão, com fórmulas prontas, em impressos próprios.

tos de cunho social, em que interesses coletivos vêm superando os de índole individual.

Desse modo, tem o relacionamento contratual perdido o sentido individualista e liberal com que se introduziu nas codificações inspiradas na francesa, para assumir caráter eminentemente social, com função e finalidades assim definidas expressamente no ordenamento jurídico.⁵

Com efeito, não se pode mais partir da idéia de igualdade das partes no mundo negocial, pois as transformações operadas desde a chamada Revolução Industrial à Revolução Tecnológica imprimiram, no universo respectivo, um tal sentido de diversidade, que os diferentes pólos podem, de há muito, ser identificados pela correspondente posição econômica no cenário fático.

Com isso, tem a ordem jurídica recebido o influxo das teorias que se caracterizam por u'a marcada preocupação social, como ocorreu na materialização de nossa Carta de 1988, entrecortada por posições e por posturas em que se evidencia a defesa de interesses coletivos, nascendo daí a exigência de reformas legislativas tendentes a ajustar o ordenamento vigente às novas necessidades. Um desses pontos é, exatamente, o da defesa do consumidor, em que se recomendou a edição de código próprio, no qual se deverá traçar sistema normativo compatível com a preservação e a sustentação de direitos fundamentais da população consumidora. Ora, a noção básica é a de consecução de equilíbrio nas relações de consumo, por força da disparidade de poder entre os produtores, ofertantes e distribuidores de bens e de serviços e a grande massa utente, e ainda em razão da existência de ações tendentes a obter aproveitamento indevido, por parte daqueles, de situações de necessidade e de insuficiência do mercado em geral.⁶

Nessa ordem de idéias, cuida-se de conferir à textura contratual, nas relações de consumo de massa, dimensionamento próprio, com a edificação de sistema protetivo compatível com as necessidades da população e com mecanismos de sanção eficazes, nos planos administrativo, civil e penal.

Mas a preocupação persiste — mesmo em níveis mais diretos, ou individuais, de vinculação negocial — exigindo os ditames da ordem pública, da moral e de bons costumes, a definição de parâmetros, no plano jurídico, que possibilitem a defesa de interesses dos contratantes, em todas as situações

5 A sensível evolução processada na matéria está demonstrada na extensa e especial legislação que vem sendo editada, sob princípios e regras próprias, em diferentes áreas, antes compreendidas nas codificações (seguros, direitos autorais, venda de imóveis, relações de direito agrário, financiamentos e inúmeras outras), que discutimos no artigo citado.

6 A Constituição de 1988 reflete a preocupação humanística de nossos dias e, na linha das Declarações Universais de Direitos, consagra sistema de enunciação e de proteção de direitos individuais e coletivos, que a coloca como marco importante da reforma jurídica do País. Dentre os direitos assegurados estão os dos consumidores, inseridos como limites naturais do desenvolvimento da ordem econômica, na busca do equilíbrio do setor. V., nesse sentido, nosso livro *Os direitos da personalidade*, Rio, Forense Universitária, 1989.

em que exista disparidade de posições entre as partes, seja antes, seja na formação do ajuste, seja depois da contratação, ou mesmo quando haja inobservância, por qualquer dos contratantes ou por ambos, de normas cogentes incidentes no curso do relacionamento. Daí a definição em lei, ou na doutrina, ou na jurisprudência, de mecanismos jurídicos de proteção a interesses individuais em contratos, ou mesmo em relações extracontratuais. Assim é que, periodicamente, ganham vulto as teorias do abuso de direito, da lesão, da imprevisão (ou da cláusula *rebus sic stantibus*), do enriquecimento sem causa, da responsabilidade objetiva do lesante e outras, que, sob forte coloração moral, procuram conferir, manter ou devolver justiça ou ainda reparar injustiças no relacionamento negocial privado.

Ingressam, nesse passo, os princípios maiores da convivência humana e que o Direito Natural põe à disposição do intérprete, do julgador e do legislador para o cumprimento de sua tarefa básica de ministração de justiça, como fim último do Direito, a saber: *honeste vivere, neminem laedere e suum cuique tribuere*.

Com essas noções, busca-se o equilíbrio perdido no mundo das relações negociais, cumprindo a doutrina e a jurisprudência papel de realce no plano jurídico, à falta de normas próprias de defesa dos interesses dos menos favorecidos.

4. A inserção de cláusulas abusivas nesses contratos

Com efeito, é pela ação dos doutrinadores e dos magistrados que se tem conseguido justiça no contrato, à míngua de um sistema legislativo adequado, que ora se procura obviar, em nosso País, com a edição de um Código de Defesa do Consumidor, para cuja concretização vários projetos estão em tramitação no Congresso Nacional.

Inobstante a importância da iniciativa, deve-se buscar ação mais consentânea com a realidade social por parte dos poderes constituídos, cuja atuação não tem alcançado o nível desejável de justiça, na órbita negocial, mas, ao revés, vem contribuindo para a exacerbação das disparidades existentes.

De fato, tem-se o poder central limitado a intervenções globais na economia, com a definição de planos emergenciais — com tabelamentos, congelamentos e controles de preços — mas sem uma correspondência à realidade do mercado e às diferenças sensíveis entre as classes sociais, de sorte que se esvaem, na prática, exatamente por não se ajustarem a um senso de equilíbrio entre os vários interesses em jogo. As diferentes formulações teóricas têm imposto sacrifícios a certos setores da população, em particular os trabalhadores assalariados, não se concentrando no fator principal que causa a inflação, ou seja, o déficit do setor público.

Além disso, deve-se acentuar, no plano jurídico, o direcionamento da ação governamental apenas para o controle de valores, ou de percentuais

de reflexo, não atingindo, pois, o cerne das desigualdades contratuais, que reside na inserção de cláusulas abusivas nos contratos de adesão (e que os projetos de Código de Defesa do Consumidor têm procurado obviar).

Com efeito, a par da edição de normas proibitivas de certos contratos, ou de cláusulas em contratos, em setores específicos (como no da informática, do comércio exterior, etc.), a constante intromissão do governo na economia tem-se pautado por ação tendente a coibir certas e determinadas práticas lesivas aos contratantes de menor poder aquisitivo, ou então a limitar reajustamentos de valores em certos contratos, em especial, de venda ao público (venda em massa), de fornecimento e de locação. Por vezes, essa submissão a cláusulas de reajuste pré-estabelecidas pelo governo estende-se a outros contratos, como os de prestação de serviços, de administração, de locação comercial, etc., alcançando, em períodos de congelamento, ou de tabelamento de preços, grau de generalidade maior, mas sempre sob mecanismos de controle deficientes, dada a insuficiência operacional da máquina administrativa.⁷

Em verdade, a par de não permitir a extensão de suas soluções a todos os níveis de contratação privada possíveis, tem a ação governamental se baseado em fórmulas e em cálculos gerais, apartados da realidade de cada setor do mercado, e que, no final, acaba por agravar as disparidades observadas no mundo negocial de nossos dias, entre os disponentes ou ofertantes de bens, ou de serviços, e o público contratante, sem falar-se, é claro, naquele expressivo contingente populacional alheado, em definitivo, da fruição de muitos bens e serviços existentes.

Como decorrência dessa contínua injunção do Estado em negócios particulares e da soma de poderes que os grandes conglomerados econômicos vêm concentrando, ficam as pessoas submetidas a condições pré-fixadas, nos ajustes com eles celebrados, muitas vezes, sob formas e fórmulas imperceptíveis, e até ininteligíveis, com sacrifícios injustos e injurídicos de direitos próprios assegurados no ordenamento vigente.

Realmente, dada a dominação dos contratos por adesão, em todos os diferentes setores de negociação privada, aliada a mecanismos, nem sempre condizentes com a ética, de defesa de interesses de grupos, de empresas, ou de pessoas que oferecem bens ou serviços à contratação, é comum a inclusão de cláusulas abusivas nesses contratos, ou seja, cláusulas despidas do equilíbrio necessário, ou contrárias, à ordem jurídica, ou à ordem pública, ou à própria moral, freqüentemente, de difícil análise, ou compreensão imediata, em função das próprias condições de realização dos negócios.

7 A ação estatal anterior à Carta marcou-se pelo cunho protetivo a nível individual, exigindo ao interessado o ingresso em Juízo, a par de acesso a órgãos de defesa no plano administrativo, com exceção da legislação sobre amparo a interesses difusos. Mas, a Constituição de 1988 instituiu mecanismos de proteção de interesses coletivos e legitimou a ação de entidades públicas e privadas para atuação em defesa de categorias, ou de grupos de pessoas na sociedade.

Condenáveis dentro de um sentido de justiça no contrato, campeiam, no entanto, em várias direções, em contratos padrões existentes nas áreas financeira, bancária, industrial, comercial, de serviços, de hotelaria, de licenciamentos, de usos de bens alheios (estacionamentos, postos, etc.); de consertos de bens (oficinas mecânicas, de reparos em aparelhos eletrônicos, etc.).⁸

Ora, como os contratantes não dispõem, seja de tempo, seja de oportunidade, seja de condições materiais de análise, ou mesmo de entendimento de seu teor, essas cláusulas acabam por integrar o contrato assinado globalmente, com a própria aquiescência dos interessados, consciente ou inconscientemente outorgada. Aceitas, pois, pelos contratantes, ingressam no universo negocial privado, submetendo os contratantes à vontade dos disponentes e com sacrifícios injurídicos de seus direitos.

Havendo posterior constatação, inconformismo, ou mesmo dissensão, somente à luz do ingresso individual a Juízo é que se podem corrigir as distorções, assim mesmo após a longa e tormentosa tramitação do processo correspondente, uma vez que somente há poucos anos se tem tomado consciência, entre nós, do relevo de mecanismos coletivos de defesa de interesses privados, consagrados, em definitivo, na Carta de 1988. Mas seu uso é bastante modesto, dada a ineficiência de entidades privadas de defesa, pois, até por questão cultural, não encontram disseminação adequada em nosso País.

Nesse sentido é que se cogita, nos projetos referidos, da inserção e da ampliação da ação de órgãos públicos na defesa de direitos dos consumidores, e sob forma sistemática, compondo estruturação suscetível de, sob a égide do Conselho, de âmbito nacional, permitir atuação, a níveis estaduais e municipais, para a concretização dos respectivos direitos, quando lesados por fornecedores de bens ou de serviços ao público.⁹

Mas, na regulamentação projetada, é na prescrição e no sancionamento às práticas abusivas que se concentra o regime, identificando-se algumas dessas ações, para a respectiva condenação. As cláusulas mais comuns são

8 A inserção de cláusulas abusivas é que tem provocado a reação, no âmbito contratual, contra as técnicas atuais de colocação de produtos e de serviços no mercado. Impondo-se a consumidores necessitados e despreparados, acabam trazendo vantagens indevidas aos disponentes, com prejuízos sensíveis àqueles. Daí, a preocupação que ora se manifesta em países nos quais se cogita de edificar, ou de instituir, legislação protetiva ao consumidor, quanto a mecanismos eficazes de repressão, aliados, ademais, à necessidade de melhoria da qualidade dos produtos e dos serviços. A exacerbação do valor da indenização, na ação de reparação, tem sido propugnada, pela doutrina, como fórmula jurídica inibidora dessas práticas e de outras que ferem direitos dos utentes. É que, ao atingir componentes da personalidade humana, assume a indenização o caráter reparatório ou sancionatório, como salientamos em nosso livro *Responsabilidade civil, teoria & prática*, Rio, Forense Universitária, 1989.

9 Permite o sistema, de um lado, pela união de forças, posições mais compatíveis em ações judiciais. De outro, a integração de entidades públicas e privadas na defesa dos interesses.

as de: inversão do ônus da prova em eventuais litígios entre os contratantes; de exclusão de responsabilidade por vícios ou defeitos de produtos ou de serviços; a de outorga de mandato ao disponente para agir em nome do consumidor; a de eleição de foro mais favorável ao disponente; a de excesso (superposição) de garantias (como a de cumulação de hipoteca com emissão de título de crédito e com aval pessoal do responsável, quando pessoa jurídica o utente). Outras, consubstanciadas em vantagens, exacerbação de preço, estipulação de correção monetária por índices mais expressivos, elisão de efeitos favoráveis ao utente, completam o elenco, com que muitos disponentes ou fornecedores se sobrepõem aos contratantes, pessoas físicas, ou jurídicas de menor porte.

5. *Reflexos no mundo jurídico*

Em conseqüência dos fenômenos apontados, vê-se o mundo jurídico povoado de leis de intervenção e de planejamento, decretos-leis, decretos e medidas provisórias de caráter unicamente emergencial, com normas de efeito transitório ou periódico; de leis proibitivas de certos ajustes, ou de certas cláusulas no plano negocial; de normas impositivas de contexto ou de forma de contratos, enfim, de disposições tendentes a equacionar conflitos entre os interesses referidos, com os limites expostos.

Com isso, são vedadas certas práticas; são impostas outras, que ganham o cunho de contratos obrigatórios, ou de cláusulas obrigatórias em contratos (como o seguro obrigatório, as cláusulas de garantia e de assistência técnica obrigatória e outras); são submetidos certos contratos à aprovação governamental (como os de transferência de tecnologia). De outro lado, limitações são trazidas, à vontade individual, cuja manifestação, no plano negocial, se sujeita a condições e a fórmulas predefinidas; aceita-se a intervenção de autoridade administrativa em negócios privados, a condicioná-lhe a validade; admite-se a intervenção do juiz no contexto do contrato, reduzindo-lhe, por exemplo, os ônus e as condições do pagamento, para permitir a sua execução, a par de efeitos outros que alinhavamos no citado trabalho.

Com esse quadro, tem-se complexa — e nem sempre coerente — normatização do universo negocial privado, comprimido ora por certas normas de ordem pública e por fórmulas e por cláusulas predispostas pelos grandes produtores e fornecedores de bens e de serviços a que se curvam os particulares em geral na satisfação de suas necessidades de ordem econômica. Isolada ou conjuntamente, essas disposições compõem o contexto contratual em uso, impossibilitando, na prática, ao adquirente, ou utente, a discussão, seja da forma, seja do conteúdo da avença, de modo que sua atuação se resume no citado acolhimento global do teor proposto pelo produtor, ou pelo fornecedor dos bens, ou dos serviços.

Ora, organizados empresarialmente, nas várias áreas (produção, intermediação, industrialização, comercialização e distribuição), os detentores

dos bens ou dos serviços impõe sua vontade aos demais contratantes, alcançando-se vulto expressivo em nossos dias, ante à dimensão por eles assumida no âmbito negocial, que praticamente afasta, ou reduz drasticamente, o plano de relações diretas entre pessoas físicas no campo de realização de interesses econômicos.¹⁰

Com efeito, de um lado, a tendência de comercialização do mundo negocial vem diminuindo o espaço das atividades propriamente civis e, de outro, a constituição de empresas para prestação dos serviços vários possíveis vem substituindo a atuação pessoal (de pessoas físicas) na sua realização. São as empresas, comerciais ou civis, que atuam com mais frequência no âmbito negocial, restringindo-se as pessoas físicas a poucas atividades e, normalmente, profissionais ou especializadas. Assim, empresas de administração ocupam o lugar de mandatárias, e de administradores de bens e de gestores de negócios; empresas de prestação de serviços realizam as tarefas de empreiteiros e construtores e outras; empresas de locação atuam por proprietários, e assim por diante.

Com isso, em conclusão, o universo contratual encontra-se integrado por pessoas jurídicas, de um lado, e pessoas físicas, de outro, ou seja, produtores e fornecedores de bens e de serviços — muitas vezes entrelaçados em grandes complexos empresariais, nacionais ou internacionais — e o grande público em geral (ou a massa consumidora), com os desníveis apontados, que tendem a alargar-se, ampliando o fosso existente, a menos que se tomem providências legais e administrativas coerentes, na defesa dos economicamente mais fracos.

Esses fatores todos imprimem ênfase especial ao estudo da teoria dos contratos de adesão, que realizamos à luz de pesquisas e de reflexões sobre a problemática atual do mundo dos negócios privados, intentando contribuir para o assentamento das noções básicas admitidas atualmente na matéria, para o equacionamento das questões que tem suscitado e para a definição dos principais mecanismos de proteção ao contratante, em função da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial havidas, desde a identificação, a nível internacional, de parâmetros seguros para a estruturação de um regime jurídico adequado, em que se possa chegar ao equilíbrio almejado.

Formulações teóricas têm sido, ao longo dos tempos, apresentadas na doutrina desde que se detectou essa problemática, mas a matéria continua ainda a desafiar os interessados, em praticamente todos os países civilizados, tendo-se engendrado soluções legislativas e jurisprudenciais que, no máximo, têm procurado atenuar, em concreto, o impacto das diferenças econômicas e financeiras entre as partes, carecendo ainda, portanto, de ordenação legislativa própria, que no Brasil os projetos mencionados intentam conferir.

10 Com a expansão apontada, vem imperando a adoção de organização empresarial em todos os níveis de atuação negocial.

6. *A defesa do aderente*

Com efeito, não é nova, nem atual, a problemática em questão, embora assuma presentemente proporções mais graves, ante aos desníveis existentes no cenário econômico, com concentração maior de riquezas em certas áreas e em certas pessoas, em particular no nosso País, que sofre os efeitos de fracassos acumulados em intervenções estatais mal postas.

O fenômeno é, em verdade, fruto da reação de pessoas e de grupos econômicos a ações intervencionistas, como defesa dos respectivos interesses nos relacionamentos negociais, preso, no entanto, à concepção e à disciplinação contratual. Vale dizer: não obstante a influência marcante de uma vontade — de associação, de grupo, de empresa ou do próprio Poder Público — a verdade é que, para o perfazimento da relação, mister se faz a manifestação de outra vontade, a do aderente, ganhando daí essa figura a denominação “contrato por adesão”.

Desse modo, enquanto formulação simplesmente unilateral, defensiva de interesses, a predefinição de cláusulas e de condições contratuais ingressa no mundo jurídico como proposta para negociação, a que o acolhimento dos interessados imprime o feitiço de contrato. Resulta daí a necessidade de fixação de mecanismos tendentes a equilibrar os interesses em causa, sempre que se firmam os contratos e sob as balizas da ordem pública, da moral e dos bons costumes, e que leis esparsas vêm, periodicamente, tentando realizar.

Mas é na possibilidade de inserção de cláusulas abusivas — em que se rompe a comutatividade contratual — que a problemática do contrato por adesão assume a gravidade de que se reveste em nossos dias, quando a consumidores incautos, ou indefesos, frente a circunstâncias de premência e de necessidade, são impingidos sacrifícios ilegítimos, como, por exemplo, a perda de vantagens naturais, a dispensa de ônus ínsitos na negociação, a exacerbação da prestação a seu cargo e outras tantas práticas lesivas que, infelizmente, povoam o cenário atual.

Desde o suprimento de seu lar ao atendimento de interesses da vida comum diária (em restaurantes, lanchonetes, lavanderias, lojas, hotéis, etc.), sofrem os consumidores o influxo da ação de pessoas, de empresas ou de grupos econômicos que lhes impõem sua vontade e à custa de ônus nem sempre juridicamente legítimos, sem que se possa defender de modo condigno, ante a deficiências do sistema vigente, cuja legislação ainda se encontra fundada na idéia de equilíbrio negocial, rompido, no entanto, de há muito, na prática.

De fato, desde o início do século — e, mais remotamente, de fins do século anterior, sob as influências advindas da Revolução Industrial — a doutrina vem apontando o fenômeno, profligando a ação desses grupos e tentando a adoção de mecanismos de defesa do consumidor, à luz do espírito de justiça, na contratação, traduzindo-se, no entanto, essa ação, de regra, em poucas e tímidas leis e normas de proteção. Amparadas, em

outros países, por associações privadas de defesa, têm, outrossim, obtido maior êxito os consumidores em suas lutas e reivindicações por condições de negociações compatíveis com o respeito e a dignidade de que se devem cercar.

Já SALEILLES, em 1901, considerado precursor na matéria, invocando a necessidade de proteção ao aderente, apontava o fenômeno, salientando o declínio da autonomia da vontade no domínio contratual ante às desigualdades existentes em concreto.

Ao longo dos tempos, inúmeras vezes vêm-se somando contra esse estado de coisas, levantando-se, em diversos países, na defesa do economicamente mais fraco, e pugnando pela instituição de regime protetivo adequado no âmbito contratual, com sancionamentos próprios. Podem ser lembrados, dentre outros, DEREUX, DOLLAT, DE SAINT-RÉMY, DOMERGUE, BERLIOZ, DÉMOGUE, JOSSERAND, POPOVICI, BAUDOIN, CHARMONT, CIMBALI, GIORDANO, MAZZONI, SANTOS BRIZ, RISOLIA, ABEL ANDRADE e MOTA PINTO.

No Brasil, onde existe legislação esparsa sobre defesa do consumidor, deve-se assinalar a iniciativa de codificação do Instituto dos Advogados de São Paulo, em 1976, de que resultou a redação de esboço de lei, de autoria de J. M. OTHON SIDOU. Realcem-se, ainda, os trabalhos doutrinários de ORLANDO GOMES, em especial, no livro *Contrato de adesão*, e as referências em manuais de nossos civilistas. De nossa parte, apontamos e discutimos a situação dos contratos ante o dirigismo econômico no trabalho referido.

Na discussão da matéria, em que diferentes aspectos são enfocados — em especial, a definição dos atores no mundo do consumo, incluindo-se os que adquirem para uso próprio e os que o fazem profissionalmente; a definição de responsabilidades de produtores e de intermediários; o envolvimento da publicidade e outros termos de relêvo — deve-se destacar a constante preocupação com a edificação de sistema eficaz de controle das atividades negociais na defesa dos interesses dos consumidores.

Isso demonstra que o debate sobre contrato de adesão é indissociável da problemática da proteção do consumidor, desde que a colocação de bens e de serviços na sociedade se tem efetivado em massa. Com efeito, a standardização dos contratos e a proliferação de contratos por adesão — e não negociados — são verdadeiras imposições do regime econômico moderno de produção e de distribuição em massa, envolvendo as áreas comerciais e, ora, mesmo, as civis, antes apenas reservadas a pessoas físicas.¹¹

Mas, como não têm sido suficientes as normas e os mecanismos atuais de controle é que se pensa na edição de um Código no Brasil, possibilitando

11 A proteção ao consumidor é, indiscutivelmente, o tema do momento, dada a conscientização universal quanto à necessidade de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

a introdução de regras e de instrumentos de proteção ao consumidor compatíveis com um regime equilibrado de mercado, compensando-se, assim, as debilidades naturais e fáticas da posição de que desfruta no cenário atual.

Ora, o sistema projetado prevê a instituição de um regime protetivo integrado, com a participação de entidades administrativas públicas e associações privadas, no qual mecanismos jurídicos próprios são introduzidos para equilibrar-se as relações de consumo, em particular com a proscrição de cláusulas abusivas em contratos de adesão.

Reconhecem-se, oficialmente, as desigualdades existentes no regime de consumo de massa — exacerbadas pelas posições vantajosas ocupadas pelos detentores de tecnologia, de capital e de conhecimentos profissionais especializados — suscitando-se, em consequência, a sagração de novos meios de atuação do Estado na defesa de interesses privados, a par dos ora existentes.¹²

De fato, somam-se aos modos atuais de intervenção do Estado, seja na formação — com o objetivo de possibilitar a obtenção de acordo de vontades mais efetivo —, seja no conteúdo do contrato — para ajustá-lo, prévia ou concretamente, aos ditames de justiça — outros tantos, em que de decisivo relevo se mostram a ação do Ministério Público e os instrumentos coletivos de reação previstos, na trilha da proteção de interesses difusos, ou supra-individuais, de um modo geral.

Assim, à intervenção legislativa prévia, à estimulação da prática de negociação coletiva e à definição de contratos-tipos — outros tantos instrumentos de reforço à posição dos economicamente mais fracos — vêm juntar-se a ação administrativa de órgãos estatais, com diferentes espectros, e a atuação da Justiça em ações coletivas.

Diga-se, desde logo, que a insuficiência dos esquemas iniciais — embora com a ressalva da legislação defensiva de interesses individuais — nem na formulação de contratos-tipos permitiu melhor êxito à efetivação de um sistema adequado de proteção aos consumidores. De fato, esses contratos comportam, mesmo quando predispostos teoricamente em termos eqüitativos, distorções na aplicação prática, dadas as desigualdades apontadas, que fazem preponderar ao utente os detentores dos bens ou dos serviços, bem como os seus distribuidores, ou intermediários, como vimos salientando, graças aos aparatos econômicos, administrativo e técnico de que dispõem.

A ordenação administrativa protetiva, voltada para uma política de cunho global em defesa da massa consumidora, bem como a introdução de mecanismos judiciais correspondentes a essa postura — e nos campos civil e penal — vêm, no entanto, mudar a feição jurídico-institucional da

12 Pode-se, assim, cogitar de um novo Direito, que se poderia denominar "Direito do Consumidor", como um complexo de princípios e de regras específicas para a proteção da pessoa no mundo do consumo, a partir de atos internacionais específicos e leis e regulamentos internos. Sobre o assunto v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA: *Direitos dos Consumidores*, Coimbra, Almedina, 1982.

matéria. De sua parte, a observância rígida e consciente, da lei, na prática, pode tornar realidade a desejada preservação dos direitos fundamentais dos consumidores, resgatando-se, assim, débito antigo da sociedade para com as pessoas e as entidades economicamente mais fracas no atendimento de necessidades que no mercado de consumo devem buscar.

Cumpra, pois, estabelecer-se regime protetivo adequado, em que, *sopesados os fatores expostos, se alcance o equilíbrio perdido no plano negocial* de massa, dentro de um espírito próprio, ou seja, de definição de sistema compensatório para os consumidores, em que se elidam os efeitos das desigualdades apontadas.

Nessa ordem de idéias, o direito projetado — que se inspira na experiência estrangeira, em particular nas regulamentações obtidas nos Estados Unidos (em diferentes atos), na Alemanha (em leis de 1976 e 1977), em Portugal (1981), no México (1976), na Suécia (1988), na Dinamarca (1974), na Espanha (1984), na Austrália (1986) e em outros países, bem como em atos de cunho internacional, como os da Resolução 39/248, de 9-4-85, da Assembléia Geral da ONU, a Resolução 543 do Conselho da Europa e as Diretivas 84/450 e 85/374 — institui regulamentação compatível com a evolução processada na matéria, com inovações de vulto na defesa dos consumidores.

Assim, direitos fundamentais são assentados; normas de proteção à saúde, à segurança, à personalidade em geral e ao patrimônio do consumidor são traçadas; mecanismos administrativos e judiciais de prevenção e de repressão a violações são enunciados, em um verdadeiro sistema próprio de tutela jurídica aos interesses dos economicamente mais fracos.

Destacamos, desse regime, as disposições sobre relações contratuais, assinalando, no entanto, que nele se incluem responsabilidades próprias a fabricantes, a produtores e a prestadores de serviços; normas de controle da publicidade; normas coibidoras de práticas vexatórias na cobrança de dívidas; normas desestimuladoras de revelação de dados em bancos e em cadastros; e regras elisivas e sancionatórias de práticas comerciais lesivas, dentre outras.

A propósito dos contratos, o direito projetado — que se preocupa, prioritariamente, com os aspectos preventivos ou preparatórios de defesa do consumidor — delimita o alcance dos de adesão e proíbe a inserção de certas cláusulas, que considera abusivas, declarando-as não escritas e, portanto, de nenhum efeito vinculatorio, a saber: as limitivas ou elisivas de responsabilidade do disponente; as de transferência de responsabilidade a terceiro; as contemplativas de obrigações iníquas ou abusivas; as de inversão do ônus da prova; as de indicação prévia de árbitros; as de representação para conclusão de negócio ou tomada de providências nesse sentido; e, enfim, as contrárias ao sistema protetivo codificado.

Ingressa-se, assim, na área de limitação da autotutela em matéria contratual, de vez que, enquanto defesa de interesses legítimos de seus titulares,

ajusta-se a predefinição de cláusulas contratuais à ordem jurídica, mas na medida em que consagra desvios, ou abusos, em detrimento dos mais fracos economicamente, não pode prosperar, sob pena de sagração de iniquidades, que ao Direito repugna.

Assim, a preservação de um tal regime é de suma importância para o saneamento do mercado de consumo, na defesa de valores fundamentais da pessoa em nossa sociedade e em conclusão, a par da proscrição dessas cláusulas — e de outras já apontadas, ou que venham a incompatibilizar-se com o espírito da lei — cumpre que os entes da administração, as associações de defesa e os Tribunais atuem com rigor, em seus respectivos campos de ação, para evitar-se lesões a direitos que, por seu relevo, se sobrepoem a todos os demais no complexo jurídico reconhecido.

Sobrepor, ao revés, interesses econômicos a valores ético-naturais é condenar a sociedade a tornar-se, não o instrumento de realização dos desígnios de cada homem (sua função essencial), mas sim o meio de sua própria aniquilação e da de seus nacionais.

Nesse sentido, o próprio direcionamento da ação dos disponentes deve visar sobretudo ao efetivo alcance das metas postas como balizas no sistema projetado, ou seja, devem as empresas produtoras, os distribuidores e os demais agentes fornecedores ou intermediários no mercado de consumo de bens ou de serviços pautar sua atuação por uma conduta ética digna, em que a busca natural de resultados passe, necessariamente, pelo respeito e pela observância dos princípios e das regras norteadoras de toda a filosofia da defesa do consumidor.

Cumprido, assim, que se devolva a justiça à contratação; que se apague definitivamente de nossa sociedade a nódoa da obtenção de vantagem sobre o outro — que infeliz publicidade veiculou — e que os proveitos resultantes dos negócios jurídicos firmados em todos os níveis e tipos possíveis se baseiem nos princípios inspiradores da teoria contratual, ou seja, os do respeito à ordem pública, à boa-fé e aos bons costumes, imperando, em consequência, a comutatividade na formação dos contratos, nele incluídos os alcançados mediante adesão (elementos esses que desenvolvemos em nosso livro *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*).¹³

De fato, a integração de todos os agentes do mercado, respeitadas as diferenças naturais de perspectivas e de objetivos, é fator decisivo para o sucesso de uma política de defesa do consumidor, complementando-se, desse modo, no plano fático, o trabalho que, no âmbito jurídico, a codificação projetada inicia, à luz da nova ordem constitucional instaurada em 1988 e guiada, fundamentalmente, por um sentido de prevalência dos direitos básicos da pessoa humana, como naturais e anteriores às estruturas de poder, públicas e privadas, nacionais e supranacionais.

¹³ A par do referido texto e com ênfase para a influência do elemento moral no plano obrigacional, v. nosso livro *Direito das Obrigações*.

Protección del Consumidor en el Derecho Internacional Privado Argentino

Dr. DANIEL E. MOEREMANS

SUMARIO

1. Introducción. 2. Sistema de los contratos internacionales en Argentina. 3. Norma de Colisión Subjetiva. 4. Normas de Colisión Objetivas. 5. Contratos que tienen un punto de contacto con Argentina. 6. Contratos que no tienen un punto de contacto con Argentina. 7. Contratos entre ausentes. 8. Contratos de consumo.

1. Introducción

El derecho internacional privado argentino no contiene ninguna norma indirecta que contemple expresamente la situación del consumidor, como *parte débil en la contratación internacional*.¹ Esta situación se debe principalmente a tres circunstancias: a) El reinado del principio de la autonomía de la voluntad,² principio que en campo del derecho internacional privado permite a las partes pactar libremente el derecho aplicable a sus contratos internacionales, como así también la jurisdicción internacional; b) En el argumento que en las relaciones internacionales no existen partes débiles: "Aquellos que se lanzan a realizar grandes negocios pueden defender ellos

1 Esta situación es similar en otros países. La protección del consumidor en el campo del derecho internacional privado siguió tardíamente el desarrollo de las legislaciones nacionales en aras de la protección de la parte débil en los contratos. Véase al respecto KREN, Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVglRWiss 88 (1989) 48-70. Esta autora comenta que en año 1973 Zweigert se quejaba de que el derecho internacional privado, en contraposición a otras disciplinas jurídicas, tenía una débil dimensión social.

2 Véase Schröder, *Internationales Vertragsrecht*, publicado por Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Köln 1984, pp. 1 y ss.

mismos sus intereses; no existe necesidad que una ley intervenga”³ y c) al carácter predominantemente nacional que asumen las contrataciones en donde participan los consumidores, como categoría negocial. Sin embargo, al igual que prestigiosa doctrina, creemos que el Estado no puede desentenderse de la protección de los consumidores a nivel del derecho internacional privado, es decir es necesario proteger no sólo a los consumidores en sus negociaciones nacionales, sino también cuando contrata internacionalmente, a los efectos de impregnar a esta rama del derecho de valores sociales.

Para ello, se ha sostenido que el legislador concreto tendría dos caminos:⁴

a) En los casos en que una parte contratante sea un consumidor se podría evitar establecer una norma de colisión fija, sino solucionar el caso a través del derecho que mejor proteja la parte débil en la negociación.⁵ Esta solución ha sido criticada por la doctrina en forma mayoritaria, porque si bien es la que más tiene en cuenta el interés de la parte débil, deja de lado valores tales como el de seguridad jurídica y el de previsibilidad de las decisiones internacionales. Falta además criterios objetivos para determinar “el mejor derecho”, pues las diferencias en los sistemas pueden responder a distintos valores. También se sostuvo⁶ que este sistema llevaría a la injusticia de contemplar exclusivamente el interés de la parte débil en total detrimento de los intereses de la otra parte. Sin embargo, la crítica más certera es aquella que sostiene que esta forma de establecer el derecho aplicable es contrario a la naturaleza del derecho internacional privado, cuya labor es justamente determinar en una relación jurídica determinada cuál será el derecho, que por encontrarse más unido a la relación, será el aplicable, independiente de su contenido concreto, o en palabras de KEGEL,⁷ “cuál es el mejor derecho que en general (sin tener en consideración su contenido) debe aplicarse”.

b) La segunda forma de protección sería a través del establecimiento de una norma de colisión fija. Aquí se abren nuevamente dos posibilidades: 1.º Establecer normas de colisión unilaterales, cuya tarea sería determinar el ámbito de aplicación espacio-personal del propio derecho nacional. De esta manera se persigue el objetivo de asegurar una protección social a las

3 Argumento citado por Batiffol, *Les Contrats en Droit International Privé Comparé*, publicado por: Institut de droit comparé, McGill University, Canadá 1981, pg. 78, quien afirma a continuación que esta idea se vé apoyada por las legislaciones que distinguen entre contrato civil y comercial, distinción que reposa en la consideración que en comercio, la gente es más apta para los negocios, tienen la costumbre de pactar, saben defenderse mejor. Ellos no tienen entonces necesidad de leyes protectoras del mismo grado que los no-comerciantes, quienes pueden estar perdidos en un contrato, porque ellos no tienen la costumbre. Es así que extrapolando se sostiene que en los negocios internacionales la necesidad de protección no es todavía necesaria.

4 KREN, ob. cit. pp. 50 y ss.

5 KREN, ob. cit., pp. 50 y ss.

6 KREN, ob. cit., pp. 50 y ss.

7 KEGEL, ob. cit., p. 82.

personas que tienen su domicilio o residencia permanente en un país a través de la aplicación del derecho nacional.⁸ De esta manera se tendría en consideración el derecho y la soberanía de los demás Estados, pues en los demás casos sólo se aplicaría el derecho nacional en los supuestos en que estuviese involucrado el orden público. La contra de este sistema es que no sería aplicable en el caso en que la *lex fori* no fuera aplicable. Esta laguna sería solucionable construyendo normas de colisión bilaterales para, a través de ellas, determinar en general bajo qué requisitos se aplicaría derecho extranjero. Para ello no hay que tener en consideración cuáles son las normas que en el derecho extranjero protegen a la parte débil o inexperta en la contratación. Ello porque por un lado en casi todos los derechos existen normas que protegen al consumidor, y por el otro no se puede construir normas con carácter general y abstracto. Además a través de este procedimiento se caería en el error de buscar el derecho más favorable al consumidor, con los problemas que ello trae aparejado y que ya fueron mencionados. 2.º Es por ello que se propuso que para encontrar la norma de colisión que mejor proteja a la parte débil teniendo en consideración todos los valores e intereses en juego, hay que aplicar el derecho al cual el consumidor está acostumbrado o confía, es decir el derecho de la esfera contractual de la parte débil (*Recht der Vertragssphäre des Schwächeren*).⁹ Este derecho será en la mayoría de los casos el derecho del domicilio o de la residencia habitual del consumidor. Esta norma de colisión posibilita no sólo el reconocimiento de las decisiones judiciales en el extranjero, sino que tiene en consideración la legítima confianza de la parte débil sobre el derecho aplicable, es decir su expectativa de protección en el campo del derecho internacional privado, porque él normalmente confía en la aplicación del derecho de su medio ambiente, cuyo contenido es por él conocido, mientras que normalmente desconocerá el contenido de otro derecho. Esta norma de colisión llevaría que la concretización de la aplicación de la norma con mayor relación con el negocio se concretizaría de forma distinta a la de la prestación característica y en ello en virtud a la necesidad de protección. Uno puede decir en general que la prestación característica en la Regla constituye la conexión más estrecha, pero que las expectativas de protección constituyen una más estrecha relación que la anterior, que constituiría una limitación a la regla básica.¹⁰

A continuación analizaremos cómo se puede de lege lata proteger en el derecho argentino a los consumidores en sus contrataciones internacionales. Por otro lado de lege ferenda se impone un aggiornamento de las normas de conflicto en nuestro país, acorde con la nueva función que se le impone a todo estado social. También haremos una breve referencia a dos sistemas jurídicos que han introducido en sus normas de derecho

8 Dentro de este tipo pertenecería, según un sector de la doctrina, el § 12 de la ley de Condiciones Generales de Contratación alemana de 1976.

9 KREN, ob. cit., p. 52.

10 KREN, ob. cit., p. 53.

internacional privado reglas especiales tendientes a proteger a esta categoría negocial.

2. Sistema de los contratos internacionales en Argentina

Es Argentina el Forum de una disputa sobre un contrato internacional, decide el derecho internacional privado argentino cuál es el derecho aplicable. El derecho internacional privado de los contratos se encuentra parcialmente regulado en el Código Civil en los arts. 1.205 al 1.214. También existen una multiplicidad de tratados internacionales de los cuales Argentina es parte. Dentro de ellos cabe nombrar, por su relevancia, a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, que no solamente contiene normas obligatorias para los Estados que ratificaron el mismo, sino también son utilizados como fuentes subsidiarios del derecho internacional privado en general.¹¹ A los efectos de determinar en el caso concreto qué derecho será de aplicación podemos distinguir las normas indirectas subjetivas, es decir, el caso en que las partes determinaron qué derecho será aplicable al contrato y las normas indirectas objetivas, cuando falta dicha elección. De manera que hay que analizar cómo se puede proteger al consumidor a través de la determinación del derecho aplicable, según el tipo de norma indirecta a aplicar, sea subjetiva, sea objetiva.

3. Norma de Colisión Subjetiva

Los contratos internacionales en Argentina se rigen en primer lugar por la ley elegida por las partes para regular la relación jurídica¹² (*Kollisionsrechtliche Parteiautonomie*). Es decir, se reconoce en nuestro país el principio de la autonomía privada. La doctrina discute si este principio deriva de una aplicación a los contratos internacionales de lo establecido en el art. 1197 del C. C.¹³ o si se trata de una norma consuetudinaria del Derecho internacional privado argentino,¹⁴ que encontraría también una base en el art. 1212 del C. C., pues al elegir el lugar de cumplimiento, esta elección produciría el efecto de someter el contrato a una ley determinada.

La elección puede realizarse al celebrarse el contrato o acordarse con posterioridad a la celebración del mismo. La elección puede ser expresa

11 BOGGIANO, *International Contracts in Argentina*, *RabelsZ* 1983 (47), pp. 431 y ss.

12 Véase GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires 1970, pp. 406 y ss. El principio de la autonomía de la voluntad es reconocida en la mayoría de los países. Véase al respecto REITHMANN, *Internationales Vertragsrecht*, 3. Aufl. Köln 1980, Rds. 90; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, München 1987, p. 426; SCHRODER, ob. cit., p. 1 y ss. En Alemania y Suiza el mismo se encuentra expresamente previsto en la legislación vigente (Art. 116, 1º Párrafo de la IPRG-Suiza y Art. 27, I, 1 EGBGB-Alemana).

13 Tal es la opinión de KALLER DE ORCHANSKY, *Régimen de los Contratos en Derecho Internacional Privado Argentino*, *Revista Española de Derecho Internacional* 1966, pp. 523 y ss.

14 Tal como lo sostienen BOGGIANO, *Oferta y Aceptación en los Contratos Internacionales*, J. A. 14, Buenos Aires 1972; p. 420; WIENBERG, *Contratos Internacionales*, *La Ley* 21/7/84, pp. 2 y ss.

o por actos concluyentes. Determinar esta última dependerá de una interpretación integradora. Sin embargo, la elección debe ser resultado de la voluntad de las partes y no del juez.¹⁵ Como un caso de elección tácita se considera aquella en que ambas partes contratantes al presentarse un litigio invocan como derecho aplicable un derecho material de un determinado país.¹⁶ Puede referirse la elección a varios derechos pero deben estar vigentes. Puede elegirse la aplicación del Derecho Internacional Público o de usos y prácticas del comercio internacional. El principio de la autonomía de la voluntad presenta indudables ventajas a las partes contratantes. A través de él las relaciones jurídicas internacionales adquieren claridad, y por lo tanto refuerza la seguridad jurídica. Además, en virtud de este principio, las partes pueden elegir, en la regla, el derecho que mejor responde a sus intereses.¹⁷ Sin embargo, igual que en el derecho interno, este principio pierde su sentido cuando él se transforma en un instrumento para imponer el señorío de la parte fuerte sobre la parte débil en la contratación. En este supuesto, al igual que en el derecho interno, pierde este principio su justificación en el derecho privado internacional, pues existe el peligro que la parte fuerte en la contratación utilice este principio para elegir el derecho aplicable que más convenga a sus intereses, al no contener suficientes normas de protección a la parte débil en la contratación. Por otro lado existe el peligro de que sea utilizado para tornar inaplicable normas imperativas que protegen al consumidor. A raíz de esta situación el principio de autonomía de la voluntad debe ser limitado en aras de una adecuada protección al consumidor. Para ello cuenta el legislador abstracto con tres mecanismos:

- a. Determinar que no es posible elegir en determinados casos el derecho aplicable para toda la relación contractual.
- b. Limitar la libertad de elección, en el sentido de limitar la posibilidad de elección entre determinados órdenes jurídicos.
- c. Permitir la elección del derecho aplicable en general pero con la introducción de correcciones, en el caso de que la solución final menoscabe los intereses del consumidor.

15 Conf. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires 1978, p. 461; GOLDSCHMIDT, ob. cit. p. 203, quien manifiesta que no debe confundirse la voluntad tácita con la voluntad hipotética. "La voluntad llamada voluntad hipotética se confunde en realidad con la ley interna del contrato, en el sentido de "proper law of the contract". Un dato importante en este sentido puede ser el idioma utilizado, la moneda pactada, la cita de disposiciones legales de un determinado ordenamiento jurídico, etc. Conf. Von Bar, *Das Deutsche IPR vor, in und nach der Reform: Rechtsprechung zum Kollisionsrecht seit 1984, seit 1984* — Teil 2, en: JZ 1987, p. 815; Schröder, ob. cit. p. 44.

16 Véase al respecto casos *Expreso Mercurio S.A. vs. Maupe S.A.*, C. Nac., Sala E, Mayo 7-884, en: *Rev. de Doctrina Judicial*, Buenos Aires 1985-I, p. 287; *Deutsches Reisebüro* vs. *Speter Armando s/ Cobro Ordinario* en: *E.D. diario 12/4/84*; *Arrebillaga Arturo E. y Otra vs. Banco de la Provincia de Santa Cruz* en: *E.D. diario 13/4/84*.

17 GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 202; KREN, ob. cit., p. 54.

En el derecho suizo el legislador eligió las dos primeras soluciones. A la par de la posibilidad de elección del derecho aplicable como principio general (Art. 116, Párrafo 1.º, Ley de Derecho Internacional Privado (IPRG) formuló dos excepciones a este principio: 1.º en el caso de contratos con consumidores (Art. 120, párrafo 2.º IPRG), como así también en el caso de contratos de trabajo (Art. 212, Párrafo 3.º IPRG). La prohibición absoluta de elección del derecho aplicable en los contratos de consumo es sólo aplicable cuando se perfeccionó el contrato bajo ciertas condiciones (Art. 120, párrafo 1.º, a-c IPRG). Esta solución si bien fué considerada positiva por la doctrina, se le critica el hecho de no contemplar todos los casos posibles, pues en los casos en la que la elección está prohibida, puede ser que la misma haya sido hecho por considerarse positiva para ambas partes. Además no se define cuándo hay que considerar a la otra parte como parte débil en la negociación (se pone el ejemplo de un director de banco que adquiere un auto de lujo en cuotas). Y por último se manifestó que si bien el derecho internacional privado no debe regirse por la mejor solución, dejar de contemplar la misma es también un error. En este sentido puede ocurrir que el derecho elegido no cause ningún perjuicio a la parte débil por garantizar en la misma medida su protección o aún por protegerlo mejor que el derecho que sería aplicable en caso de ausencia de elección.

En este sentido la solución en el Derecho Internacional Alemán (que se basa en la tercera alternativa) se considera más justa. Según el Art. 29, Párrafo 1.º de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán (EGBGB) la elección del derecho aplicable no debe llevar que el consumidor se vea privado de la protección que tendría en virtud de normas imperativas del Estado en donde él tiene su domicilio o su residencia habitual. El derecho alemán posibilita, en principio, la elección del derecho aplicable en contratos de consumo. Se limita, sin embargo, el derecho aplicable cuando el derecho que se aplicaría de no existir un acuerdo sobre este punto, garantiza una mejor protección que la que dispensa el derecho elegido por las partes.¹⁸ A través de este principio se asegura al consumidor que se le aplicará el derecho que se hubiera aplicado si no se hubiese elegido un derecho, a no ser que el derecho elegido garantice en idéntica medida o en forma más ventajosa sus derechos como consumidor.¹⁹

18 Véase KEGEL, ob. cit., p. 482 y ss.

19 Para que este principio sea aplicable deben presentarse los siguientes requisitos: a) cuando una oferta impresa o una propaganda ha preexistido en ese Estado antes de la conclusión del contrato; o cuando el consumidor ha emprendido en ese Estado los actos tendientes a la conclusión del contrato. b) cuando la contraparte del consumidor o su representante ha tomado el pedido del consumidor en ese Estado. c) cuando el contrato se refiere a la compra de mercancías y el consumidor ha viajado desde ese Estado a otro Estado y ha realizado su pedido, siempre y cuando ese viaje haya motivado por el hecho de concluir el contrato por el consumidor. En los demás casos la elección es válida en virtud del principio del Art. 27 de la EGBGB.

En nuestro derecho rige de lege lata el principio de que la elección del derecho aplicable es posible en todos los casos, siempre que la misma sea razonable y sería,²⁰ circunstancias éstas que dependen de las circunstancias de cada caso concreto. Consideramos igualmente que una protección al consumidor sólo es posible en el Estado actual de las cosas a través del principio del *ordre public*,²¹ que llevaría en el caso concreto a la aplicación del derecho nacional.²² Esta solución no es sin embargo óptima pues por un lado el orden público es un instrumento que debe utilizarse sólo como *última ratio*,²³ pues deja sin efecto cualquier solución privatista. Por otro lado puede ocurrir que el derecho elegido por las partes sea en el caso concreto más favorable al consumidor que el derecho nacional. Es por ello que de lege ferenda proponemos que cuando se *aggiornice* el derecho internacional privado se introduzca una norma similar al art. 29 de la ley de Introducción del Código Civil Alemana que establezca como principio que la elección del derecho aplicable es válida, siempre y cuando el consumidor tenga similares o mejores derechos que él que le garastiza el derecho que sería aplicable en ausencia de elección (*Günstigkeitsgrundsatz*).

4. Normas de Colisión Objetivas

En caso en que no exista elección de derecho aplicable, se debe distinguir si el caso concreto tiene o no puntos de contacto con Argentina.

5. Contratos que tienen un punto de contacto con Argentina

Son aquellos contratos que son celebrados en nuestro país y tienen su lugar de cumplimiento en uno distinto, o a la inversa. En tal supuesto debe considerarse, según el art. 1209 y 1210 del C.C., como derecho aplicable el del lugar de cumplimiento del contrato. Según el art. 1209 "Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el Territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros". El art. 1210 C.C. establece a su turno que "Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obli-

20 LLAMBIAS/ALTERINI, *Código Civil Comentado*, Buenos Aires 1982, pp. 210 y ss.

21 Art. 14 inc. 2 del C.C.; Conf. BOGGIANO, DIP, ob. cit., p. 734, quien afirma que algunos de los principios establecidos en el art. mencionado se verían afectados si la cláusula es abusiva (ex art. 1.071 C.C.), lesiva (ex art. 954 C.C.) o contraria a la buena fé (ex art. 1.198, I párrafo) o la moral (ex arts. 953 y 1.167 C.C.). A su juicio es posible formular la siguiente directiva general: "...la facultad de los jueces argentinos para expurgar a los contratos internacionales de cláusulas lesivas o excesivamente onerosas".

22 Véase BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires 1987, pp. 699 y ss.

23 GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires 1974, pp. 147 y ss.

gaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros". Si se discute si un contrato fue o no celebrado, se aplica igualmente como punto de conexión el que hubiera tenido si el contrato se hubiera perfeccionado, es decir, el del su cumplimiento. Para determinar el lugar de cumplimiento tenemos que analizar si las partes lo previeron expresamente, en cuyo caso el lugar designado será el determinado por ellas. En su defecto, debemos recurrir a los arts. 1212 y 1213 del C.C. El art. 1212 establece: "El lugar de cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere. A continuación el art. 1213 reza: "Si el contrato fue hecho fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenía en la época en que el contrato fue hecho, será el lugar en que debe cumplirse". Tratándose de contratos bilaterales, se presenta el problema de determinar cuál es el lugar de cumplimiento, atento a que ambas partes son deudoras. En principio se afirma que el lugar de cumplimiento es el de la prestación más característica.²⁴

6. *Contratos que no tienen un punto de contacto con Argentina*

En caso de que el contrato no tenga en nuestro país ni su lugar de cumplimiento ni su lugar de celebración, se trata de un contrato sin punto de contacto en nuestro país (ex art. 1.209 C.C.). En tal supuesto se debe aplicar el art. 1.205 del C.C. Este artículo establece que: "Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados". Sin embargo, "Exceptúanse del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes".

7. *Contratos entre ausentes*

Tratándose de contratos entre ausentes, en los cuales no puede determinarse el lugar de celebración y que no tuvieran determinado un lugar

²⁴ Igual solución contienen los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Como prestación característica debe entenderse, en principio, la prestación que consiste en la cosa o el servicio, si bien esta concepción ha sido criticada entre otros por BOGGIANO (ob. cit., p. 442, el mismo: *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 719 y 720). Este punto de contacto se remonta a las enseñanzas de ADOLF F. SCHNITZER (*Handbuch des Internationalen Privatrecht*, Ginebra 1936) y fue aplicado por primera vez por la Corte Suprema Suiza en un fallo del 21 de Noviembre de 1945 (publicado en: *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Rechts* V (1949), pp. 113 y ss). Luego se difundió en el extranjero y en los Tratados Internacionales como el art. 4, párrafo 2º del Tratado sobre el derecho aplicable a los contratos creditorios de la Comunidad Europea del 19-6-1980.

de cumplimiento, el art. 1.214 C.C. establece: "Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, . . . serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio". Es decir, cuando no existe designación expresa del lugar de cumplimiento se produce una *coupure* del contrato, juzgándose respecto de cada una de las partes por sus leyes domiciliarias.

8. *Contratos de consumo*

La prestación característica como punto de conexión es indiferente a los intereses de los consumidores, parte débil de la contratación, pues normalmente éstos deben realizar la llamada prestación no característica. Por lo tanto el derecho aplicable será normalmente el de la parte fuerte en el negocio. Es por ello que se propuso encontrar para estos casos otro punto de contacto.²⁵ Es así que se sostuvo que más estrecha relación que el de la prestación característica, tratándose de contratos con consumidores, es el del domicilio del consumidor o el de su residencia habitual. En el derecho internacional privado suizo se estableció este criterio, a fin de proteger a la parte débil en la contratación pero no carácter general sino como excepción al principio de la prestación característica. Según el art. 120 IPRG los contratos con consumidores se rigen por la ley de la residencia habitual del consumidor, siempre y cuando en forma alternativa se presenten los siguientes requisitos:

— El oferente obtuvo el pedido en ese Estado.

— En ese Estado se hizo la oferta o la publicidad sobre la conclusión del contrato y el consumidor ha realizado en dicho Estado los actos necesarios para la conclusión del contrato.

— El oferente ha provocado que el consumidor se traslade al Extranjero para que se perfeccione allí el contrato.

La ley suiza parte entonces del "derecho del medio ambiente" (*Umweltrecht*) del consumidor. Este derecho tiene en consideración los intereses de las partes. Así el consumidor debe poder confiar en el derecho al cual él está acostumbrado, cuando él es inducido a contratar por un extranjero que se traslada al país del consumidor y celebra allí el contrato. Y al contrario: la parte que realiza la prestación característica no puede confiar en la aplicación de su derecho, cuando es él el que se traslada hacia otro Estado para realizar sus negocios. Él debe correr con el riesgo de que las normas de protección al consumidor en el país extranjero sean más severas que las del país donde tiene la sede de sus negocios. Es por este motivo que no se aplica este punto de conexión cuando el consumidor

²⁵ KREN, *ob. cit.*, p. 60.

voluntariamente se traslada al país del vendedor o prestador de servicios, para celebrar allí el negocio.

En el derecho alemán el art. 29 del EGBGB establece que a falta de elección de las partes del derecho aplicable, se aplica a los contratos de consumo (*Verbraucherverträge*) el derecho de su lugar de residencia habitual del consumidor. Por contratos de consumo entiende la ley los contratos sobre entrega de mercaderías o prestación de servicios con una finalidad que no puede imputársele a la profesión o actividad del legitimado (Consumidor), como así también los negocios para financiar dichos contratos. Según el mencionado artículo en su cuarto párrafo no se aplican las disposiciones sobre contratos de consumo cuando se trata de contratos de transportes²⁶ o contratos de prestación de servicios, cuando la prestación debida al consumidor deba prestarse exclusivamente en otro país, al del de residencia habitual del consumidor. Sin embargo, la norma se aplica para los contratos de Viaje, en los cuales se pacta un precio global para el traslado y la prestación de ciertos servicios.

En nuestro país la legislación vigente, como sostuvimos, no contiene normas expresas sobre la protección al consumidor en el campo del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, tampoco establece en forma expresa que por lugar de cumplimiento debe entenderse en todos los supuestos el del cumplimiento de la prestación más característica, sino que este principio es una concretización de la doctrina y de la jurisprudencia. Es por ello que consideramos que no se viola ningún dispositivo legal si sostenemos que por lugar de cumplimiento debe entenderse, en los casos de contratos de consumo, el lugar del cumplimiento de la obligación por parte del consumidor, lugar que en la mayoría de los casos será el de su domicilio o residencia habitual. Este punto de contacto contempla con mayor equidad los intereses de las partes, pues el consumidor debe poder confiar que será su derecho el que se aplicará a la relación internacional. Por otro lado la parte fuerte debe soportar el riesgo que significa comerciar con consumidores en otras jurisdicciones, que pueden proteger con mayor intensidad los intereses de la parte débil. También se puede recurrir en algunos casos a las disposiciones sobre el fraude a la ley, cuando el contrato se haya celebrado en país extranjero para violar las leyes de la República (art. 1.207 C.C.), en cuyo caso "son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado" o a la inversa, conforme lo establece el art. 1.208 C. C. De lege ferenda, proponemos que se incorpore al Derecho Internacional Privado Argentino una norma expresa que determine que en caso de contratos de consumo, el derecho aplicable será el de domicilio o residencia habitual del consumidor, tal como lo hace el art. 29 de la EGBGB, que hemos analizado, debiéndose igualmente determinar cuáles casos quedarían subsumidos en la norma.

²⁶ VON BAR, ob. cit., p. 815.

Teoria da Imprevisão: Sentido Atual

CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO
Advogado em São Paulo

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Histórico.* 2.1. *Noção introdutória.* 2.2. *Babilônia.* 2.3. *Direito Romano.* 2.4. *Santo Agostinho e Idade Média.* 2.5. *Idade Moderna.* 2.6. *Idade Contemporânea.* 3. *Direito Comparado.* 3.1. *Visão geral.* 3.2. *Principais regimes do mundo ocidental.* 3.2.1. *Regime francês.* 3.2.2. *Regime alemão.* 3.2.3. *Regime italiano.* 3.2.4. *Regime português.* 4. *Direito Internacional.* 5. *Direito Brasileiro.* 5.1. *Doutrina.* 5.2. *Legislação.* 5.3. *Jurisprudência.* 6. *Conclusões.* *Bibliografia.*

1. *Introdução*

Um dos campos mais vastos e fecundos do Direito Civil é, nos tempos atuais, o Direito Contratual. Baseia-se este, em sua estruturação, em princípios inspiradores que lhe dão os contornos gerais, assim resumidos pela melhor doutrina: o princípio da autonomia da vontade, o do consensualismo, o da boa-fé e o da obrigatoriedade da convenção.

Conforme o primeiro, têm as partes liberdade para estipular o que lhes convier, ou seja, suscitar, por meio de declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Encontra tal liberdade limites na ordem pública e nos bons costumes.

De acordo com o segundo, basta o consentimento (*solo consensu*) para a perfeição do contrato. Contudo, exceções há a esta regra, representadas pelos contratos formais, cuja validade depende de solenidades, e pelos reais, cujo aperfeiçoamento está na dependência da entrega de uma certa coisa (*res*).

Pelo terceiro se quer dizer que o sentido literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade. Outro entendimento ainda se pode atribuir a este princípio: as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas.

O último, por fim, é o que mais especificamente mantém relações com o tema deste estudo. Consoante tal princípio, em sua pureza, aquilo que as partes consertam, deve ser cumprido fielmente (*pacta sunt servanda*): caso contrário, recorre-se à execução do patrimônio do devedor inadimplente. Atualmente, todavia, o princípio em questão não é mais aceito no sentido absoluto. Assim, em casos raros, admite-se hoje a revisão do contrato pelo juiz. Esta modificação do pensamento jurídico se deveu a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça, então, da intangibilidade contratual absoluta. Ora, após a Primeira Guerra Mundial, ocorreram, em alguns países beligerantes, situações contratuais que se tornaram insustentáveis, por acarretarem onerosidade excessiva para uma das partes. Dessa maneira, surgiu a lei Failliot, de 21 de maio de 1918, que consagrou o princípio da revisão, dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1.º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude da guerra, o cumprimento das obrigações por qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo total excedesse muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, quando de sua celebração.

A doutrina, para justificar as exceções ao princípio da força obrigatória, recorreu a antiga construção idealizada pelos canonistas, a cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula latina "contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur", atribuída a Bartolo de Sassoferrato, jurista pós-glosador do século XIV. Considerava-se esta cláusula inserta nos contratos de duração e nos de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Ademais, o estado de fato no momento da formação do contrato não deveria alterar-se para que este se conservasse.

Mostrou-se, todavia, rudimentar tal concepção, pois não considerava a impossibilidade de se prever a mudança do estado de fato, a qual, anteriormente, passou a ser julgada fundamental. Surgiu, dessa forma, a "teoria da imprevisão", que rompeu com o princípio *pacta sunt servanda*, permitindo a revisão do contrato pelo juiz.

2. Histórico

2.1. Noção introdutória

Sem dúvida alguma, o acompanhamento da história do pensamento jurídico humano em matéria de revisionismo é fulcral para que se tenha em mente a evolução ocorrida neste campo.

2.2. Babilônia

Há cerca de 2300 anos, a lei dos babilônios, o importante Código de Hamurábi, estabeleceu, segundo a reconstituição de Bonfante, o seguinte: "Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devastou o campo ou destruiu a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano". Nota-se que o homem já condicionava, aí, seus ajustes a eventos futuros capazes de modificá-los.

2.3. Direito Romano

O sistema romano, quanto à questão de ter sido o berço da cláusula *rebus sic stantibus*, suscita dissenso doutrinário, havendo quem afirme e quem negue tal fato. Contudo, centrar-se-á a preocupação deste estudo apenas em uma visão do princípio *pacta sunt servanda* no direito romano.

No plano do pensamento, Cícero, em longo trecho do *De officiis*, con-signa expressa e formalmente haver promessas que, por vezes, não podem ser cumpridas e pactos que não podem ser executados. Prosseguindo, afirma que nem sempre é contrário à justiça não restituir o depósito, ou descumprir a promessa, e que isto não importa em desconhecer a verdade e a fé empenhada. Acrescenta exemplos a estas afirmações, entre os quais o de um advogado que descumpra a promessa de patrocínio de uma causa devido ao adoecimento do filho. Sêneca, por sua vez, no *De beneficiis*, condiciona a obrigação à permanência das coisas no estado em que se deu a promessa.

Quanto às fontes jurídicas, textos de Africano, Neratio e Paulo (respectivamente, no D., 46, 3, 38; 12, 4, 8; 28, 6, 43) e uma constituição de Antonino Pio (Cód. justiniano 4,45) abrem margem à vulneração do contrato. Tenha-se presente que Justiniano afirma, no prefácio de sua obra codificadora máxima, não haver textos livres no Digesto. No período clássico do Direito Romano, o princípio de fidelidade ao contrato não era invulnerável, porque se deixava submeter à base objetiva do negócio concluído, o que se prova, "e.g.", com a *conditio causa data non secuta*. A *conditio* prevalecia em todos os casos de enriquecimento sem justa causa, entre eles a *non secuta*. Nos contratos *do ut facias, facio ut des e facio ut facias*, que consistiam na transferência de uma coisa sob a condição de um encargo do *accipiens*, a *conditio* era aberta se tal encargo futuro não se concretizasse. É a lição de Pompônio (D., 50, 17, 206), segundo a qual a ninguém é lícito aumentar seu patrimônio em detrimento de outrem.

2.4. Santo Agostinho e Idade Média

Santo Agostinho, por seu turno, pregava que não haveria infidelidade pelo descumprimento de uma promessa, desde que ocorresse alguma coisa

que impedisse a execução fiel da promessa. Mais tarde, Santo Tomás de Aquino, retomando o mesmo raciocínio e evocando Sêneca, doutrinava que, para se estar obrigado a fazer o que se prometeu, seria necessário que todas as circunstâncias permanecessem as mesmas. Finalmente, a concepção da promessa projetada no futuro e na dependência do *status quo* transpôs as barreiras do campo moral para aportar no cais do mundo jurídico. Isso ocorreu quando Graciano, monge e professor de Direito da Escola de Bolonha, vulgarizou sua coleção de leis, as Decretais, ou *Decretus Gratiani* (1141 a 1155), em que a cláusula foi reservada a devida atenção. Vem daí a fórmula de Bartolo, já transcrita.

Como se pode notar, proveio dos canonistas da Idade Média, em nítido teor doutrinário, a formulação definitiva da cláusula *rebus sic stantibus*. Esta foi concebida como implícita nos contratos, a cujo cumprimento as partes se obrigavam desde que as condições econômicas da época da contratação se mantivessem íntegras e imutáveis. A divulgação da cláusula coube aos pós-glosadores (Escola Bartolista), surgidos no século XIII e inspirados no direito canônico.

2.5. Idade Moderna

A primeira tentativa divulgada de construção teórica da cláusula se deve a Cocceio (1699), através de uma dissertação monográfica. Contudo, é ao grande jurista Andrea Alciato que cabe o mérito de ter imprimido sentido concreto à cláusula, ampliando-lhe os horizontes doutrinários. Alciato admitiu, quanto aos atos unilaterais, ser a mudança de vontade sempre lícita, e, quanto aos bilaterais, não ser lícita, a menos que: a) a primitiva vontade promanasse de erro; b) o próprio contrato assim o dispusesse; c) a lei ou ambas as partes consentissem a rescisão ou a revogação; d) sobreviesse alguma causa que não fosse considerada na conclusão do ajuste, ou, se o fosse por pelo menos um dos contratantes, este não teria concordado com o obrigar-se. Neste último ponto, encontra-se o princípio *rebus sic stantibus*.

No período da Reforma, o subsídio dos portugueses, embora limitado a poucos autores antigos, como Mascardo, Mantica, Menochio e Agostinho Barbosa, fez-se sentir na doutrina e prática dos países latinos, cuja contribuição, aliás, foi muito escassa após Alciato.

As Ordenações Filipinas (1603), que sucederam às Afonsinas e Manuelinas e vigoraram em Portugal até ser aprovado o Código Civil pela Carta de 1-7-1867, do rei D. Luís, estatuíram, por sua vez, certas regras respeitantes à mudança das condições dos contratos em razão de fatos circunstanciais. Do Livro 4 citem-se, *v. g.*, os Títulos 21, 24, 27 e 65. Destes, pode-se ressaltar o penúltimo, que exonerava o arrendatário do pagamento da renda a que se obrigara, "destruindo-se ou perdendo-se os frutos de alguma herdade ou vinha ou outra semelhante propriedade, por caso, que não fosse muito acostumado de vir".

No limiar da segunda metade do século XVIII, começaram a aparecer codificações que absorveram e consagraram a cláusula, convertendo-a de princípio doutrinário em cânone legal. Citem-se, como exemplos, o Código Bávaro (1756), o Código Prussiano (1774) e o Código Austríaco (1811). O primeiro deles, o *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (Tit. IV, Cap. 15, parágrafo 12), fez a aplicação da cláusula depender de três requisitos: a) que a alteração das circunstâncias não proviesse de mora nem de culpa *aut facto debitoris*; b) que não fosse fácil prevê-la; c) que ela fosse de tal monta que, se o devedor dela tivesse sabido antes, segundo a opinião desinteressada e honesta de uma pessoa inteligente, não se teria obrigado; todavia, mesmo em tais circunstâncias, restaria apurar, segundo a conveniência jurídica, se a obrigação devia ser completamente extinta ou reduzida na proporção da mudança superveniente.

2.6. Idade Contemporânea

O advento do século XIX desfechou, entretanto, golpe assaz rude à teoria da cláusula *rebus sic stantibus*. Esta, após ter florescido e atingido o cume, com as codificações, nos fins do século XVIII e mesmo no início do século XIX, passou por um período de crise e enfraquecimento. Estava para trás a Idade Moderna; os tempos contemporâneos, contudo, começavam a impor seus vigorosos princípios. Sopravam os ventos de duas revoluções: a inglesa, econômica, e a francesa, política. Grassava o individualismo, enfim, cujos reflexos no mundo jurídico foram novas concepções assentadas na autonomia da vontade e na irreversibilidade dos ajustes. Assim, passou a preponderar a idéia de, no início, imperar a vontade e, concluído o negócio, dominar a necessidade (*ab initio sunt voluntatis ex posto facto sunt necessitatis*). Exalçaram-se, por conseguinte, as noções de segurança, equilíbrio e estabilidade, que reconduziram à rigidez contratual. Esta tendência foi abraçada expressamente pelo Código Napoleônico (art. 1.134), nestes termos: "As convenções legalmente formadas equivalem a lei para aqueles que a fizeram." Por extensão, o mesmo ocorreu onde tal Código exerceu influência. Cristalizou-se, portanto, o princípio *pacta sunt servanda*, de tal sorte que as guerras napoleônicas, o bloqueio continental e a guerra franco-prussiana não motivaram qualquer lei que recorresse à cláusula *rebus sic stantibus*.

O obscurecimento, todavia, não levou ao fim. Foi relegada ao abandono a cláusula, mas muito não tardou a voltar. Com o advento do século XX, passou o homem a preocupar-se mais com a solidariedade. Assim, não pôde o contrato ficar indiferente aos anseios da justiça comutativa, que busca a distribuição harmônica de bens na sociedade. A teoria da cláusula *rebus sic stantibus* foi reavivada, saindo das sombras do esquecimento e ocupando posição iluminada na doutrina jurídica. Ora, dois fenômenos ocorreram para, de maneira direta, permitir o retorno da cláusula à pauta das discussões doutrinárias: a recessão causada pela Primeira Guerra Mun-

dial (1914-1918), já citada, e a indenização securitária dos incêndios provocados por terremotos que, em 1906, arrasaram parcialmente Messina e Régio (antes, portanto, da própria guerra e da Lei Failliot).

Consoante o já anteriormente ventilado, foi à cláusula *rebus sic stantibus* conferida roupagem nova, apesar de não ter havido, propriamente, radical reformulação. Os requisitos da cláusula tenderam a ampliar-se; surgiu, assim, a “teoria da imprevisão”. Há quem defenda, também, a manutenção do nome “teoria da cláusula *rebus sic stantibus*”. Esta teoria é sintetizada pela idéia de que, quando acontecimentos extraordinários provocam radical modificação no estado de fato contemporâneo à formação do contrato, acarretando efeitos imprevisíveis, dos quais decorre onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido, ou, a pedido da parte prejudicada, alterado pelo juiz para a restauração do equilíbrio desfeito.

Assim, a onerosidade que é resultante de acontecimentos razoavelmente previsíveis não afasta o princípio da força obrigatória dos contratos. Ademais, exige-se que a modificação quantitativa da prestação seja tão grande que, para seu adimplemento, haja sacrifício econômico do devedor. Isto, entretanto, não implica em impossibilidade superveniente, mas em dificuldade, a despeito de excessiva.

Quanto ao fundamento da imprevisão, verifica-se que a doutrina não é pacífica. Entendem alguns autores que a alteração do estado de fato leva ao desaparecimento da vontade contratual: se as partes pudessem prever os acontecimentos, outra seria a declaração de vontade. Outros explicam que a resolução ou o reajustamento são justificados por falta parcial de causa do contrato, em seu aspecto funcional. Ainda outros encontram o fundamento na teoria do abuso do direito. Finalmente, há os que sustentam que o suporte da imprevisão se encontra na equidade, na boa-fé, no amparo do fraco contra o forte e em outras noções gerais.

3. Direito comparado

3.1 Visão geral

Para que se tenha uma visão panorâmica da situação do revisionismo em termos mundiais, deve-se proceder a uma triagem genérica de vários sistemas jurídicos. Podem-se ver, daí, os países que não acolhem a teoria exoneratória implícita e os que abrigam o revisionismo sem o ônus indenizatório, divididos estes últimos em dois grupos: o daqueles em que a revisão é prevista por lei e o daqueles que a admitem por meio de interpretação jurisprudencial dispositiva, sem o concurso de lei expressa. Então, dentre os primeiros, a França e países do chamado “sistema francês”: a Bélgica, a Holanda, o Japão, o Líbano, a Romênia e a Síria. Dentre os segundos, a Polônia, a Grécia, a Itália, o Egito, a Hungria e Portugal. Dentre os terceiros, a Alemanha, a Espanha, a Noruega e a Suíça.

No próximo item, discorrer-se-á sobre o revisionismo nos principais regimes jurídicos do mundo ocidental: o francês, o alemão, o italiano e o português.

3.2. Principais regimes do mundo ocidental

3.2.1. Regime francês

A França mostra-se contrária à teoria revisionista, posição coerente com a de dois de seus mais ilustres juristas, Pothier e Domat, que pregavam suas teses nos fins do século VIII, quando a cláusula *rebus sic stantibus* merecia plena acolhida por outros povos, pelo direito canônico e pelo direito internacional. A cláusula soou, em direito civil, como um perigo para a ordem estável; assim, o Código de Napoleão (1804) não lhe fez nenhuma concessão.

Dessarte, o dever de prestar tem sua única, excludente no fortuito: não se pode alegar a imprevisão como causa exoneratória. Lembre-se, ademais, o artigo 1.134 do Código de Napoleão, em que se assenta que o contrato faz lei entre as partes. A própria jurisprudência francesa jamais abraçou a tese da imprevisão como subentendida nos contratos, tendo sido coerente, pelo menos na primeira metade deste século.

Foram, todavia, editadas várias leis esparsas que abraçaram a tese revisionista. Entre elas, citem-se: a Lei Failliot (1918, já mencionada), as leis de 1919 sobre seguros, a de 1924 sobre arrendamento, a de 1925 sobre a revisão dos preços de aluguel, a de 1935 sobre a redução judicial dos preços de venda de certos fundos de comércio, a de 1938 sobre a revisão salarial e as elaboradas em virtude da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Estas leis, contudo, inseriram-se coerentemente no sistema francês, pois foram todas de emergência, ditadas por circunstâncias transitórias.

O curioso na França é que o princípio *pacta sunt servanda* afasta, de certo modo, o direito civil do direito público, máxime do administrativo. Este último dá pleno abrigo à imprevisão, enquanto que o direito civil continua preso à forte tradição da intangibilidade contratual.

3.2.2. Regime alemão

Na Alemanha, surgiu o Código Bávaro, que assimilou a cláusula *rebus sic stantibus*. O Código Civil Alemão (o BGB, de 1896), contudo, não agasalhou o princípio revisionista de modo expresso. A despeito disso, a jurisprudência germânica tem aceito tal princípio a partir da interpretação de vários dispositivos do BGB. Por exemplo, o parágrafo 306 reza que um contrato "que esteja dirigido a uma prestação impossível é nulo", podendo-se, por meio de interpretação flexível, entender que esta regra se aplica a todas as causas impeditivas da execução obrigacional. O parágrafo 315, por outro lado, em seu *caput*, estatui que, "se a prestação tiver de ser deter-

minada por um dos contratantes”, admitir-se-á, “na dúvida, que a determinação deve ter lugar de conformidade com um critério equitativo, cuja determinação será efetuada por sentença”, abrindo outra brecha para a revisão pelo juiz. Outras duas fendas também se observam no parágrafo 343, que prevê a redução de multa exorbitante, por meio de sentença, e no parágrafo 275, segunda parte, que dispõe que “a uma impossibilidade que se apresentar depois do nascimento da obrigação” se equipara “a impossibilidade do devedor à prestação sobrevida posteriormente.” Os tribunais, pois, têm procurado abandonar a concepção estática do Código, substituindo-a por uma dinâmica, segundo a qual as relações jurídicas são analisadas sob o prisma de seu desenvolvimento futuro.

3.2.3. *Regime italiano*

Até a unificação, completada em 1871, a Itália era regida por legislações distintas. Contudo, em 1865, ou seja, em pleno processo unificador, na cidade de Florença promulgou-se o primeiro Código Civil, cujo artigo 1.123 era vazado nos seguintes termos:

“I contratti legalmente formati hanno forza de legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere rivocati che per mutuo consenso opercause autorizzate della legge.”

A rigidez deste preceito não impediu que as cortes italianas, no começo do século, eximissem do pagamento do prêmio as empresas seguradoras no famoso caso judicial dos incêndios das cidades de Messena e Regio Calabrio, provocados pelo terremoto que em parte as destruiu. Era o ressurgimento da cláusula implícita *rebus sic stantibus* nos contratos de prestação futura, o qual ensejou outros análogos arestos ainda antes da guerra, como o da Corte de Apelação de Florença.

Ademais, diante da abertura concedida pelo artigo 1.123 do Código, a Itália editou o Decreto-Lei n.º 739, de 27 de maio de 1915, que dispôs o seguinte em seu artigo 1.º: “Para todos os efeitos do artigo 1.226 do Código Civil, a guerra é considerada como caso de força maior, para exonerar o devedor das responsabilidades decorrentes dos contratos celebrados antes da data do decreto de mobilização geral, não só quando torne impossível a prestação, mas também quando acarrete excessiva onerosidade”. Referia-se o artigo 1.226, evocado por este decreto-lei, ao ressarcimento do dano. Consagrava-se, pois, a revisão contratual ditada por motivo superveniente, antes mesmo da decantada Lei Failliot.

Com o novo Código Civil, de 1942, repetiu-se o velho princípio *pacta sunt servanda* (art. 1.372). O artigo 1.467, todavia, temperou o antecedente, adotando expressamente a revisão:

“Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou de execução futura, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa

em consequência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no artigo 1.458:"

"A resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente entra no risco normal do contrato."

3.2.4. *Regime português*

Em Portugal, não havia norma prevendo a revisão contratual por causa de fato superveniente até o Decreto 19.126, de 1930, que representou o primeiro passo neste sentido, incorporando um parágrafo único ao artigo 1.401 do Código Civil:

"Se esse aumento (do preço do material e da jornada dos operários) exceder 20% e resultar da desvalorização da moeda, o empreiteiro terá o direito de rescindir o contrato, desde que o dono da obra se não queira sujeitar a indenizá-lo por esse excesso; no caso inverso, o mesmo direito assiste ao dono da obra."

Tendia a jurisprudência lusa a não acatar o revisionismo, em termos gerais, com supedâneo no artigo 702 do Código Civil de 1867.

Mas o novo Código, de 1966, deixou o sistema francês, abraçando a revisão contratual. Reza, com efeito, seu artigo 437: "Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízo de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato." Merecem ser citados, outrossim, os artigos 439 e 1.215 do mesmo diploma legal.

4. *Direito Internacional*

Em direito internacional, devido à cláusula *rebus sic stantibus*, a mudança fundamental das circunstâncias que determinam uma certa disposição de um tratado pode causar a extinção desta. Mais especificamente, consoante, a Convenção de Viena (1969), a mudança radical de circunstâncias, desde que não prevista pelas partes, poderá ser invocada como causa para a extinção (ou retirada) do tratado. Além disso, tal circunstância deve configurar-se como condição essencial do consentimento das partes, ou ter por efeito a transformação radical da natureza das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado (art. 62, 1).

Jamais se poderá invocar a cláusula como causa para a extinção (ou retirada) do tratado se este for dispositivo (de fronteiras ou limites), ou se resultar de violação pela parte que a invoca, seja de tratado, seja de qualquer outra obrigação internacional, em relação às outras partes no tra-

tado (art. 62, 2). A parte contratante também pode invocar a mudança fundamental de circunstâncias para suspender a execução do tratado (art. 62, 3).

Antes de 1969, segundo a doutrina, considerava-se a cláusula subentendida em todos os tratados, conclusão discutível juridicamente.

5. *Direito Brasileiro*

5.1. *Doutrina*

Podem-se detectar três correntes de opinião na doutrina brasileira: a dos anti-revisionistas, a dos revisionistas e a dos moderados. Cada uma delas será objeto de análise neste estudo.

A primeira é fruto da posição doutrinária de juristas como Castro Magalhães, Pereira de Cordis, Murilo de Barros Guimarães, Orozimbo Nonato e Carvalho Santos. Segundo a colocação deste último, "e. g.", a lei não exige o consentimento senão para a formação do contrato, e a anormalidade de circunstâncias no momento da execução não pode influir na validade do *consensus*. Enfim, por razões idênticas ou diferentes raciocínios, esses juristas acabaram por reforçar o pensamento de Ripert, conforme o qual todo contrato encerra uma idéia de seguro; assim sendo, admitir sua revisão ou resolução quando da superveniência de circunstância imprevista seria tirar ao contrato a sua própria utilidade, que consiste na salvaguarda do credor para o futuro.

A despeito das opiniões já registradas, vários autores já se posicionaram favoravelmente à tese revisionista em nosso direito. Por exemplo, na importante monografia "Da intervenção do Estado nos contratos concluídos" (1932), Artur Rocha distinguiu "imprevisão" de "superveniência", sustentando atuar a cláusula *rebus sic stantibus* mesmo havendo previsão. Por sua vez, Abgar Spriano de Oliveira (in *Da cláusula rebus sic stantibus*, 1940) defendeu ter a cláusula fundamento não só jurídico, mas também moral.

No que tange à corrente moderada, desponta Arnaldo Medeiros da Fonseca como seu grande representante. Este insigne jurista revelou-se, em seu livro "Caso fortuito e teoria da imprevisão", lançado em 1932, partidário da teoria revisionista, mas apenas quando as circunstâncias resultem de caso fortuito, ou de um evento genérico que abranja, em sua condição exógena, todas as relações analogamente formadas.

5.2. *Legislação*

O Código Civil Brasileiro (Lei 3.071, de 1.º-1-1916) não assimilou, *ipsis verbis*, o princípio por força do qual o contrato é lei entre as partes. Estatui o artigo 928, apenas, que a obrigação opera entre as partes, "i. e.",

que ela tem efeito entre os contratantes, sujeitando-os reciprocamente. Contudo, isto, por si só, não libera o contrato do princípio *pacta sunt servanda*. Além disso, numerosos dispositivos do Código atuam no sentido ortodoxo de só *haver desate obrigacional pela vontade recíproca*: é o caso dos artigos 762, 954, 1.060, 1.091, 1.092, 1.131, 1.190, 1.205 e 1.399. Mas, por outro lado, não há qualquer regra no Código que vede expressamente o revisionismo.

A doutrina, a partir de tais dados, cedo entendeu que, se o Código nada diz em favor da tese revisionista, nada lhe opõe expressamente. Houve até quem visse, em certos preceitos da lei civil, casos insulados idôneos de aplicação do revisionismo. Especificamente, trata-se de Carneiro Maia, que ilustrou sua colocação citando os artigos 401 e 1.246 do Código, referentes, respectivamente, aos alimentos e à empreitada.

Relativamente à legislação extravagante, tem ela acolhido expressamente, várias vezes, o revisionismo. Exemplificativamente, cite-se a Lei 4.403, de 1921, sobre locação de prédios urbanos, revogada em 1928, mas retomada em 1931 pelo Decreto 19.573.

Por outro lado, o intervencionismo do Estado na área contratual paulatinamente se foi dilatando no país. Campos em que tal fenômeno caracteristicamente se manifestou e se vem manifestando: o empregatício, o de acidentes do trabalho, o da previdência social, o da agricultura e pecuária, o habitacional, o do comércio de crédito, o de valores e o de transportes, entre outros. O objetivo primordial do Estado, neste passo, foi impedir cláusulas leoninas, enriquecimento ilícito e práticas onzenárias.

O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, elaborado por três preclaros juristas, Orozimbo Nonato, Philadelfo Azevedo e Hannenann Guimarães, assim dispunha em seu art. 322:

“Quando, por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exato desta dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contrentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, ou reduzindo-lhe a importância.”

Em 1963, coube a Caio Mário da Silva Pereira a tarefa de elaborar novo Anteprojeto de Código de Obrigações, que também não entrou em vigência, mas que assim se pronunciava a respeito do revisionismo:

“Art. 358. Nos contratos de execução diferida ou sucessiva, quando, por força de acontecimento excepcional e imprevisto ao tempo de sua celebração, a prestação de uma das partes venha a tornar-se excessivamente onerosa, capaz de gerar para ela gran-

de prejuízo e para outra parte lucro exagerado, pode o juiz, a requerimento do interessado, declarar a resolução do contrato.

A sentença, então proferida, retrotrairá os seus efeitos à data da citação da outra parte.

Art. 359. A resolução do contrato poderá ser evitada, oferecendo-se o réu, dentro do prazo de contestação, a modificar com equanimidade o esquema de cumprimento do contrato.

Art. 360. Aos contratos aleatórios não tem aplicação a facultade de resolução por onerosidade excessiva.

Art. 361. Não se dará, igualmente, esta resolução nos contratos em que uma só das partes tenha assumido obrigação, limitando-se o juiz, nesse caso, a reduzir-lhe a prestação."

Por sua vez, o Projeto de Código Civil (1975) assim trata da matéria em questão:

"Art. 477. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Os efeitos da sentença, que a decretar, retroagirão à data da citação.

Art. 478. A resolução poderá ser evitada oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 479. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva."

A própria CLT tratou da incidência da cláusula *rebus sic stantibus* no âmbito de ação própria, denominada ação coletiva secundária de revisão, autorizando o juiz a utilizar-se de juízos de equidade.

5.3. *Jurisprudência*

O batismo judiciário do revisionismo no Brasil se deveu ao então Juiz Nelson Hungria, que proferiu, em 1930, uma sentença que reconheceu e admitiu a interrupção contratual por motivo superveniente. O caso consistira na pretensão de um promissário-comprador de obrigar o promitente-vendedor, certa Ordem Terceira, da qual havia locado, por prazo de vinte e cinco anos, um prédio, com opção de compra ao final deste prazo, pela quantia certa de 25 contos de réis. Com o arrasamento do Morro do Caste-

lo e a urbanização da atual esplanada do mesmo nome, os terrenos dessa área experimentaram extraordinária valorização, de sorte que os ajustados 25 contos se elevaram, em sensata avaliação, a 800.

O insigne magistrado julgou improcedente a ação do promissário-comprador, nos seguintes termos:

“É certo que quem assume uma obrigação a ser cumprida em tempo futuro sujeita-se à alta dos valores, que podem variar em seu proveito ou prejuízo; mas, no caso de uma profunda e inopinada mutação, subversiva do equilíbrio econômico das partes, a razão jurídica não pode ater-se ao rigor literal do contrato, e o juiz deve pronunciar a rescisão deste. A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* tem sido mesmo admitida como um corolário da teoria do erro contratual.

Considera-se como já viciada, ao tempo em que o vínculo se contrair, a representação mental que só um evento posterior vem a demonstrar-se falsa. Se o evento, não previsto e imprevisível, modificativo da situação de fato na qual ocorreu a convergência das vontades no contrato, é de molde a quebrar inteiramente a equivalência entre as prestações recíprocas, não padece dúvida que se a parte prejudicada tivesse o dom da pré-ciência, não se teria obrigado, ou ter-se-ia obrigado sob condições diferentes.”

Em 1938, o Supremo Tribunal Federal já entendia que “o Tribunal que acolhe (a cláusula) não viola expressa disposição de lei. A construção de doutrinas jurídicas não reguladas na lei positiva jamais poderá ferir a letra da lei, para dar lugar ao recurso extraordinário. A admissão daquele recurso, por diversidade de interpretação da lei, pressupõe espécies que se ajustem perfeitamente. A regra *rebus sic stantibus* não é contrária ao texto expressivo” (in *Revista Forense*, v. 77, págs. 79 e ss.).

Desta forma, parece correto afirmar que, a partir de então, a jurisprudência brasileira se vem orientando no sentido do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, tomado em 4-9-1950 e registrado pela *Revista dos Tribunais* (vol. 191, p. 177):

“A teoria da revisão, aos poucos, vai sendo acolhida pela jurisprudência, porque em face da injustiça do convencionado, do desequilíbrio evidente, da ruína talvez a alguma das partes, não é possível que o juiz cruze os braços.”

A título de ilustração e complemento, acrescentem-se mais julgados de grande interesse, dos quais se pode extrair o alcance do revisionismo:

1. “Fato superveniente com efeito de desobrigar o devedor — Conceito — Inocorrência na espécie — Voto vencido (TJRJ)”. (RT 479/194).

2. "Contrato — Assinatura de jornal — Caráter permanente — Pretendido descumprimento do ajuste, pelo devedor, com apoio na mencionada cláusula — Ato celebrado, porém, em plena espiral inflacionária — Pretensão inadmissível — Cominatória proposta pelo assinante — Procedência". (RT 388/134).

3. "Contrato — Fornecimento de jornal, de modo permanente, por força de contratos celebrados com assinantes, que pagaram um determinado *quantum* para a finalidade — Pretendida rescisão do mesmo contrato, por parte da fornecedora sob a invocação da condição *rebus sic stantibus* — Ajuste levado a efeito, contudo, em plena época de inflação — Pretensão repelida". (RT 382/258).

4. "Elevação dos preços de mão-de-obra e de materiais de construção — Fatos que não autorizam a aplicação dessa cláusula (TACivSP)". (RT 391/256).

5. "Contrato para fornecimento de energia elétrica — Preço ajustado em 1915 — Ação pedindo a revisão da tarifa contratual — Procedência — Apelação não provida". (RT 355/193).

6. "Contrato de construção — Quando a mesma poderá ser aplicada (TJGB)". (RT 414/380).

7. "Compromisso de compra e venda de apartamento em edifício de condomínio — Cláusulas consideradas leoninas — Cobrança de multas no próprio valor das prestações — Cômputo de pagamentos sucessivos apenas como multas — Inadmissibilidade — Aplicação da Teoria da Imprevisão — Ação de consignação julgada procedente — Sentença do Juiz Luiz Corrêa Fragozo". (RT 308/811).

8. "Compra e venda mercantil — Café — Inadimplemento do contrato pelo vendedor — Pretendida existência de força maior decorrente de geadas e instruções da SUMOC — Defesa repelida — Falta, outrossim, de razão para aplicação da teoria da imprevisão e para se invocar aquela cláusula — Ação procedente — Decisão confirmada". (RT 257/254).

9. "Contrato — Interpretação — Invocação daquela cláusula e da moderna teoria da imprevisão como subsídio — Admissibilidade". (RT 254/213).

10. "Reconhecimento — Serviço público — Execução de contrato de concessão — Alteração do preço dos materiais — Revisão do contrato (T.F. de Recursos)". (RT 228/554).

11. "Compromisso de compra e venda — Apartamento — Preço pago integralmente — Recusa do empreiteiro de entregá-lo — Exigência de reajuste de preços — Descabimento — Rescisão inadmissível (TACivSP)". (RT 399/225).

12. "Condomínio — Edifício de apartamentos — Incorporação por preço fixo — Pretensão de reajuste de preços com base na teoria da imprevisão — Ação improcedente (TACivSP)". (RT 399/247).

13. "Contrato de empreitada — Custo de vida e salário-mínimo — Majoração — Fatos que não justificam revisão de preço (TACivSP)". (RT 406/180).

14. "Empreitada — Construção — Inaplicabilidade na espécie, salvo prova de fatores imprevisíveis e anormais (TACivSP)". (RT 399/233).

15. "Pretendida aplicação do princípio às convenções penais — Inadmissibilidade (TJRS)". (RT 407/340).

16. "Reajustamento do preço pretendido — Contrato celebrado em época de plena inflação — Descabimento (TJGB)". (RT 409/421).

17. "Sua admissão, em princípio, pelo Direito brasileiro — Aplicabilidade da regra, contudo, porque, equitativa, com a positiva equânime cautela". (RT 404/145).

18. "Obrigação temporária ou permanente — Validade manda cumprir o contrato ou indenizar — Impugnação a litis-consórcio facultativo tida como irrelevante, porque processado e julgado o feito sem qualquer prejuízo para a ré — Recursos extraordinários não conhecidos (STF)". (RT 478/212).

19. "Fato superveniente com efeito de desobrigar o devedor — Conceito — Inocorrência na espécie — Voto vencido (TJRJ)". (RT 479/194).

20. "Imprevisão — Cláusula *rebus sic stantibus* — Inaplicação — Pagamento total e prévio (STF)". (RT 473/233).

21. "É certo que a jurisprudência dos tribunais já tem admitido a regra *rebus sic stantibus* em contratos de prazos longos e pagamentos periódicos sucessivos no curso do tempo, presumindo-se imprevisível o colapso da moeda por circunstâncias supervenientes — Mas isso não é aplicável à empreitada a prazo breve, com pagamento imediato e realizado, tudo numa época em que o Estado determina cada ano a extensão da perda

do poder aquisitivo. Nesse caso, o empreiteiro deve queixar-se da sua imprevidência ou da sua imperícia em calcular a projeção da curva inflacionária.” (RF 247/129).

22. “Teoria da imprevisão — Inaplicabilidade — Ajuste — Tipo com cláusula de reajuste automático pela variação das OTN — Imprevisão, portanto, já embutida na conversão do *quantum* em aberto — Substituição por outro índice inadmissível — Falta de justa causa para a recusa ao recebimento — Consignação em pagamento precedente.” (RT 631/121).

23. “Teoria da imprevisão — Aplicabilidade — Venda a futuro de produto destinado ao consumo humano — Ajuste não aleatório — Excessiva oneração de uma das partes em razão de o preço contratado se ter tornado inferior ao mínimo oficial por força da inflação e da aplicação da tabela defladora cruzeiro/cruzado — Revisão judicial da condição “preço”, ao invés de resolução ou anulação da avença, elevando-o à igualdade com o preço mínimo de garantia, por se tratar de regra de ordem pública — Decisão mantida (TJRS).” (RT 630/176).

24. “Sistema Financeiro da Habitação — Rescisão pretendida sob invocação da teoria da imprevisão — Inadmissibilidade — Quadro econômico e financeiro do País que não se mostra como fenômeno novo e imprevisível — Problemas profissionais do mutuário impeditivo da satisfação obrigacional pactuada — Impossibilidade de caracterização como desequilíbrio contratual provocado por fato excepcional extraordinário (TJSP).” (RT 619/87).”

25. “Fornecimento de mercadoria — Prazo determinado — Comprador vinculado a contrato administrativo — Execução continuada — Submissão à teoria da imprevisão — Alteração na legislação federal — Repercussão nas relações negociais das partes — Necessidade de adequação destas, com redução do preço — Acordo inexistente — Suspensão dos fornecimentos — Cumprimento exigido pelo vendedor — Recusa do comprador em receber os produtos — Inexecução que se resolveria em pedido de perdas e danos — Falta de legítimo interesse para propositura de ação de cobrança — Carência (I TACIV SP).” (RT 616/89).

26. “A regra *rebus sic stantibus*, implícita ou explicitamente contida no contrato de compra e venda de apartamento e fração de terreno em construção, rende ensejo a que os contratantes postulem a alteração do preço, mas com o ônus de provar judicialmente qual o novo preço justo — A cláusula de

arrependimento nos contratos tolera a resolução pela perda do sinal em dobro somente quando o pagamento integral é efetuado em dois tempos: sinal e restante do preço de uma só vez, quando feita a tradição simbólica ou não da coisa — Não é de se invocar o princípio *pacta sunt servanda* para imposição de ilegal cláusula de arrependimento, lesiva ao comprador, com meio econômico de constrangê-lo a aceitar aplicação extrajudicial da cláusula *rebus sic stantibus*, sem a prova do novo preço justo.” (RF 229/52).

27. “A cláusula *rebus sic stantibus* só aproveita parte diligente, empenhada no cumprimento das obrigações assumidas no contrato, mas surpreendida durante a sua execução por acontecimentos excepcionais e imprevistos, que provocam seu empobrecimento e o enriquecimento injusto de outrem, no caso de mantido o pactuado, assim, não ocorrendo com o contratante que, já em mora, é atingido pelos efeitos do seu procedimento culposo.” (RF 233/130).

28. “A cláusula *rebus sic stantibus* somente é de ser aplicada quando o fato anormalmente for imprevisível, e não de rotina, como constitui entre nós a ascensão do custo de vida.” (RF 218/187).

29. “Improcede a ação movida por empresa incorporadora de edifício de apartamentos, cuja construção foi ajustada mediante preço fixo, contra os respectivos promitentes-compradores, a fim de rescindir os contratos com estes firmados ou a reajustar o preço avençado, sob invocação da cláusula *rebus sic stantibus*, se ausentes os pressupostos justificadores da aplicação desta.” (RF 220/235).

30. “Não é suficiente a existência de prejuízo na execução de obra para obter reajustamento do contrato de construção impondo-se que tal prejuízo seja intolerável e ruinoso principalmente se irrajustável o preço contratado.” (RF 230/198).

31. “Uma vez excluído, de modo expresso no contrato de construção, o direito a reajuste, a essa consequência não se poderia chegar sob invocada proteção da cláusula *rebus sic stantibus*.” (RF 233/153).

32. CIVIL. “Teoria da imprevisão — Aplicabilidade, mesmo à míngua de texto expresso, posto que exigência da equidade. Necessidade, entretanto, de que se apresentem todos os seus pressupostos. Entre eles, o de que os fatores imprevisíveis alterem a equivalência das prestações, tal como avaliadas pelas partes, daí resultando empobrecimento sensível para uma delas

com enriquecimento indevido de outra. Inexiste razão para invocar essa doutrina quando, em contrato de mútuo, tenha o mutuário dificuldade em cumprir aquilo a que se obrigou, em virtude de prejuízos que sofreu. Não há que falar em desequilíbrio das prestações nem em enriquecimento injustificável do mutuante." (RE 5.723 — MG — DJU de 19-8-91, p. 10.991).

33. "*Rebus sic stantibus* — Pagamento total prévio. 1 — A cláusula *rebus sic stantibus* tem sido admitida como implica somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda e inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. 2 — Não há margem de apelo à teoria da imprevisão, feito em 1964, para reajuste de preço fixado em 1963, com pagamento total e prévio." (RTJ 68/95).

34. Embargos de declaração para suprir omissão de acórdão. Se neste foi transcrito trecho da sentença como razão de decidir, entende-se que adotou o entendimento nela firmado, segundo o qual, não cabe a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* quando não há injusto enriquecimento de uma parte em razão do prejuízo da outra, nem cabe a sua invocação, se o valor avençado no contrato é expresso em Unidades-Padrão de Capital." (RTJ 117/323).

6. Conclusões

A cláusula *rebus sic stantibus* não teve, ao longo dos tempos, traçado histórico, regular. Atingiu o cume com as codificações dos fins do século XVIII e do início do XIX, após período de florescimento; porém, com a divulgação e com o ulterior fortalecimento das idéias liberais, foi relegada ao esquecimento.

Contudo, com a Primeira Guerra Mundial, situações contratuais insuportáveis mostraram a injustiça da aplicação do princípio *pacta sunt servanda* em sua pureza absoluta: ressurgiu, então, qual Fênix, a cláusula *rebus sic stantibus*.

No início, ela foi só uma construção. Depois, elaborou-se toda uma teoria genérica, a "teoria da imprevisão", sustentada por alicerces próprios, que se podem resumir na seguinte idéia: radical modificação do estado de fato do momento da contratação determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, dos quais decorra onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação e, assim, a possibilidade de revisão contratual. É ao juiz que cabe, aqui, resolver o contrato ou aliviar a prestação da parte onerada. Como se observa, tal orientação representa um rompimento no caráter liberal de que se revestia a matéria, admitindo nela o dirigismo estatal, pois o juiz representa o próprio Estado.

Em linhas bem gerais, existem, no mundo atual, sistemas que adotam e que não adotam o revisionismo. A despeito da divisão atual, verifica-se visível tendência que consagra a revisão contratual em normas de caráter geral. Vários países, ademais, sem concurso de norma expressa, perfilham o revisionismo a partir de construção jurisprudencial, e outros muitos contam com leis esparsas que o adotaram. Mesmo no campo do direito internacional, a mudança profunda de circunstâncias que não foi prevista pelas partes encontra guarida, autorizando a extinção de tratados.

Na doutrina brasileira, três correntes de opinião podem ser encontradas: a dos anti-revisionistas, a dos revisionistas e a dos moderados. Apesar de o nosso Código também ser sido alvo de dissenso doutrinário a respeito da questão dele aceitar, ou não, o revisionismo, a doutrina cedo entendeu que, se o Código nada diz a favor da tese revisionista, nada também lhe opõe expressamente. Houve até quem percebesse, em regras esparsas do Código, aplicações idôneas do revisionismo. Por outro lado, desde a década de 1920, a legislação brasileira extravagante tem acolhido diversos diplomas legais consagradores da revisão, e o próprio direito projetado, por sua vez, se mostrou favorável à adoção da mesma. Quanto à jurisprudência, vem ela também abraçando a teoria da imprevisão.

Registre-se, por fim, a importância do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que permite ao julgador, em caso de lacuna ou omissão legal, o recurso à jurisprudência, o que abre espaço a uma aplicação maior de decisões consagradoras da tese revisionista, absolutamente atual e palpitante na realidade de nosso País, que tanto tem sofrido com os golpes desfechados pelos planos econômicos do governo.

Bibliografia

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, Rio, Editora Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto: "O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual", separata da *Revista de Direito e Estudos Sociais* (ano XXVI), Coimbra, 1982.

———. *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*, Rio, Forense Universitária, 1990.

BRIZ, Jaime Santos. *La contratación privada*, Madrid, Montecorvo, 1966.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*, Paris, PUF, 1979.

DE CUPIS, Adriano. *Teoria e prática del Diritto Civile*, Milano, Giuffrè, 1967.

- DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruxelles, Bruyant, 1962.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1972.
- FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico*, Napoli, Morano, s.d.
- GHESTIN, Jaques. *Traité de Droit Civil*, Paris, Librairie Générale 1880.
- LOPES, Miguel Maria de Separ. *Curso de Direito Civil*, Rio, Freitas Bastos, 1966.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, Ed. Forense, Rio, 1981.
- . *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo, Ed. RT, 1967.
- MAIA, Paulo Carneiro. "Cláusula 'Rebus Sic Stantibus'", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, Saraiva, vol. 15, 1977.
- . *Da Cláusula "Rebus Sic Stantibus"*, São Paulo, Saraiva, 1939.
- . "Imprevisão", in *Enciclopédia...*, cit., vol. 42.
- . "Rebus Sic Stantibus", in *Enciclopédia...*, cit., vol. 63.
- MATTOS, Adherbal Meira. "Cláusula 'Rebus Sic Stantibus' (Direito Internacional Público)", in *Enciclopédia...*, cit., vol. 15.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. "Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão", *Jornal do Commercio*, Rio, 1932.
- MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 1947, v. 1.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 5.
- RIPERT, Louis Marie Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie Générale, 1949.
- RODRIGUES, Silvio. *Curso de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 1.
- SAVATIER, René. *Les métamorphoses du Droit Civil d'aujourd'hui*, Paris, Dalloz, 1964.
- SIDOU, J. M. Othon. *A Revisão dos Contratos e Outras Figuras Jurídicas*, Rio, Forense, 1978.
- . "Rebus Sic Stantibus' (Cláusula)", in *Enciclopédia...*, cit., v. 15.
- TRABUCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 1977.
- WALD, Arnaldo. "A recente evolução jurisprudencial e doutrinária da teoria da imprevisão", in *Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, São Paulo, Saraiva, 1989.

A Complementaridade dos Sistemas Jurídicos Estatais e de Comerciantes em Matéria de Contratos Internacionais

JORGE BARRIENTOS PARRA

Professor de Instituições de Direito Público e Privado da Universidade Estadual Paulista

SUMÁRIO

I — Introdução. II — Características dos contratos internacionais. III — Outros elementos caracterizadores. IV — A regulação dos contratos internacionais. V — O estabelecimento de leis uniformes. VI — A nova Lex Mercatoria. VII — Conclusão. VIII — Bibliografia.

I — Introdução

Ninguém duvida da importância do comércio internacional como via idônea para a aproximação entre os Estados e ainda como alavanca do desenvolvimento econômico e social dos povos.

Assim foi no passado, as nações que fizeram do comércio sua principal atividade enriqueceram tanto cultural como materialmente. Da mesma forma os povos que por ocuparem uma posição geográfica privilegiada em relação aos fluxos mundiais do comércio, também foram favorecidos pelos seus inúmeros efeitos benéficos.

Nesses dias alguns Estados do Oriente, cognominados de tigres asiáticos pela sua agressividade industrial e comercial (Taiwan, Coréia do Sul, Cingapura e Hong Kong), ocupam páginas de jornais e revistas e espaços na mídia devido a seu crescimento econômico e social impressionante baseados numa vocação comercial que tem levado seus produtos a ganhar competitividade nos principais mercados do mundo, a despeito de seus inexpressivos territórios e mercados internos.

Já na Europa Oriental a abertura política surpreende os analistas pela sua celeridade, trazendo (entre outras coisas) a oxigenação de suas estruturas, através da multiplicação de seu comércio internacional com países de economia de mercado.

Nesse contexto o Brasil também se abre para o mundo reduzindo as alíquotas do imposto de importação para certos produtos estrangeiros e excluindo (a partir de 1.º de janeiro de 1991) inúmeros produtos da reserva de mercado da informática.

Ora, o instrumento de ação do comércio internacional é o contrato internacional que como assinala PAES DE BARROS LEÃES¹ tem evoluído com fulgurante vitalidade, praticamente confundindo-se com o emergente Direito Comercial Internacional, que seria um sistema fundado na operacionalidade dos negócios, isto é, nos costumes dos operadores do comércio internacional, práticas essas que iriam sendo consagradas nos contratos, daí sua evolução tão dinâmica.

Pretendemos neste artigo discorrer brevemente sobre alguns elementos dos contratos internacionais, especialmente sobre o papel dos Estados e das associações de comerciantes na sua regulação, visando contribuir para o debate e melhor conhecimento deste negócio jurídico, vital para o nosso bem-estar e desenvolvimento.

II — Características dos contratos internacionais

Para introduzirmos o tema é oportuno perguntar-se sobre os elementos caracterizadores de um contrato internacional. Já dissemos que se trata do instrumento de ação do comércio internacional, isto é, abrangem as transações comerciais relativas ao fornecimento ou troca de mercadorias ou de serviços, acordos de distribuição, representação comercial, *factoring*, locação financeira, *engineering*, contratos de licenças, investimentos, financiamentos, transações bancárias, seguros, acordos de exploração ou de concessão, *joint ventures*, transporte de mercadorias por via aérea, marítima, ferroviária ou rodoviária, compra e venda de mercadorias, contratos *clé en main*, *produit en main* e de assistência técnica numa relação apenas exemplificativa.

Com muita razão STRENGER assinala que uma das características dos contratos internacionais é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, centro de principais atividades, e até a própria conceituação legal².

Esses elementos devem ser analisados global e dinamicamente conforme seja o desenvolvimento contratual. Assim um contrato de fornecimento entre

1 No prefácio ao livro do Prof. IRINEU STRENGER, *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 10.

2 IRINEU STRENGER, obra citada, p. 7.

partes da mesma nacionalidade pode ser qualificado como internacional, tendo em vista o local da assinatura, o lugar de embarque das mercadorias, ou o lugar de entrega das mesmas ³.

Ensina BATIFFOL que o contrato é internacional quando, pelos atos concernentes a sua conclusão ou execução, ou a situação das partes, quanto a sua nacionalidade ou seu domicílio ou à localização de seu objeto, há vínculos com mais de um sistema jurídico ⁴.

De sorte que quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverá surtir seus efeitos) se originam e se realizam dentro dos limites geográfico-políticos de um único país, estamos situados no âmbito interno das obrigações. Inversamente, quando as partes contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílio em países distintos, quando a mercadoria ou o serviço objeto da obrigação seja entregue ou seja prestado além-fronteiras, ou quando os lugares de celebração e execução das obrigações contratuais tampouco coincidam, estaremos no âmbito dos contratos internacionais ⁵.

III — Outros elementos caracterizadores

Analisando comparativamente os contratos internos e internacionais observa-se imediatamente que estes envolvem interesses cuja complexidade pode ser medida por vários elementos complicadores dentre os quais podemos citar a escolha da lei aplicável, a existência de sistemas jurídicos diferentes, bem como idioma e costumes diversos.

Referindo-se à importância da cláusula de eleição da lei aplicável nos contratos internacionais de financiamento, MARCELO HUCK é esclarecedor quando afirma:

“Não é tarefa árdua imaginar-se um contrato dessa natureza, em que o tomador seja brasileiro, o credor um sindicato de bancos de várias nacionalidades (americanos, alemães, canadenses, japoneses, árabes, etc.) liderados por um grande banco inglês, em que a moeda seja o dólar norte-americano e a taxa de juros calculada em função da praça de Londres ou Nova Iorque. Para evitar-se

3 Laudo arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Paris, ditado no assunto de nº 3.130 em 1960.

4 HENRY BATIFFOL, “Encyclopedie Dalloz — DIP”, verbete “Contrats et convention”, apud JOSÉ CARLOS MAGALHÃES, *Contratos Internacionais*, in *Revista Forense*, vol. 294, p. 72.

5 JOSÉ LUIS SIQUEIROS, “La contratación internacional — La posible armonización en su regulación jurídica”, apud IRINEU STRENGER, obra citada, p. 6.

um flagrante conflito de leis, há que se definir a lei aplicável quando do momento da discussão do contrato ⁶.

Quanto à diversidade de sistemas jurídicos e à possibilidade de conflitos HUCK ensina que é particularmente presente esse tipo de conflito quando se verifica que existem pelo menos quatro grandes sistemas jurídicos e cita:

a) o Código Civil seguido na Europa Continental, América Latina, Japão e países africanos de ascendência colonial francesa;

b) o da *Common Law*, praticado pela Comunidade Britânica, Estados Unidos (exclusive Louisiânia), Canadá (exclusive Quebec), bem como pelos países africanos de ascendência colonial inglesa;

c) o dos países socialistas, ainda que influenciados pelo sistema do Código Civil;

d) o do Direito Islâmico.

Acrescentando que cada um desses sistemas, e dentro deles os direitos nacionais que os compõem, apresenta características próprias encarando de forma diferente e às vezes contraditoriamente os vários aspectos das relações comerciais ⁷.

Dessas considerações deflui que os contratos internacionais são potencialmente conflitivos e com maior facilidade podem ser fonte de equívocos e mal-entendidos, recomendando-se por isso esforço e diligência redobrados na verificação desses dados com o intuito de eliminar quaisquer incertezas.

Por outro lado os contratos internos realizam seu ciclo vital presos ao formalismo legal, isto é, aos comandos imperativos dos sistemas jurídicos nacionais. Já os contratos internacionais desenvolvem-se no universo ora maior ou menor da autonomia da vontade, tendo em vista as estipulações da ordem pública internacional e nacional, seguindo muitas vezes usos e costumes peculiares ao ramo de comércio envolvido, o que permite desdobramentos singulares e soluções desconhecidas nos moldes dos sistemas jurídicos internos.

IV — A regulação dos contratos internacionais

Uma questão que suscita controvérsia e ao mesmo tempo motivação para os estudiosos é o papel do Estado em relação ao contrato internacional, tanto quando atua como parte, como na sua atuação soberana reguladora dos atos jurídicos de qualquer natureza.

⁶ Contratos Internacionais de Financiamento: A Lei Aplicável. *Apostila*. Biblioteca do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP.

⁷ HERMES MARCELO HUCK, obra citada, p. 3.

Em relação a este último aspecto, o poder legiferante e fiscalizador do Estado em matéria de contratos internacionais não pode ser negado, nem tampouco olvidado porque em última instância seu maior compromisso é com o bem comum devido ao seu povo. De sorte que a *todo* momento questões de ordem pública podem mover o Estado a agir no campo do comércio internacional, limitando a autonomia da vontade das partes contratantes, assim por exemplo o Banco Central não permitirá a compra de divisas para pagamento de juros ou resgate de empréstimos, se estes estiverem sujeitos a condições inaceitáveis diante da lei nacional e da mesma forma não permitiria a compra de divisas para pagamento de empréstimo, se o contrato não se conformasse com a legislação⁸.

Quando o Estado atua como parte, mesmo tratando-se de um Estado subdesenvolvido frente a uma poderosa companhia multinacional como nos contratos de exploração de cobre entre o Estado do Chile e a Anaconda Copper Mining Company e a Kennecott Copper Corporation (companhias cujas instalações foram nacionalizadas no Governo Allende), “deve-se ter sempre presente que, tal como na sua assinatura, também na renegociação, uma das partes envolvidas é, e continua a ser, o Estado. Mesmo disposto a negociar e renegociar, o Estado não abre mão de sua soberania e, a qualquer momento, pode dar por encerrado o processo de revisão e valer-se de seu direito unilateral de rescindir o contrato, por força de um processo de nacionalização, ou mesmo de alteração unilateral”⁹.

Por outro lado, o papel dos comerciantes com seus usos e costumes baseados em práticas seculares no dinamismo do comércio internacional, também não pode ser esquecido.

Serão inconciliáveis interesses tão opostos como a vocação autonomista dos comerciantes e a função controladora do Estado?

Se de um lado os comerciantes regulam suas transações patrocinados pelas suas associações tais como a “Chambre de Commerce International de Paris”, a “London Corn Trade Association Limited”, a “Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd.” ou a “Grain and Feed Trade Association Ltd., de outro o Estado liberaliza ou cria reservas de mercado, homologa ou deixa de homologar decisões arbitrais estrangeiras à procura de força executiva.

Parece ser que essa antinomia é histórica com etapas de predomínio ora das regras estatais, ora das normas emanadas das organizações de comerciantes.

⁸ Vide LUIZ OLAVO BAPTISTA, *Empresa Transnacional e Direito*, p. 132.

⁹ HERMES MARCELO HUCK, *Contratos com o Estado — Aspectos de Direito Internacional*, p. 160.

Em Roma, segundo MAC LEAN¹⁰, para resolver os inúmeros problemas suscitados pelo comércio externo, foi criado dentro do Direito Romano um sistema de normas especiais para solucionar todos esses conflitos, a saber, o *jus gentium*, que como é sabido regulava todo o relacionado com os estrangeiros.

No direito contemporâneo essa mesma técnica foi utilizada pela ex-República Democrática Alemã através da Lei sobre Contratos Econômicos Internacionais de 22 de janeiro de 1976 e pela Tchecoslovaquia através da Lei n.º 101, de 18 de dezembro de 1963, que regulavam todo o comércio internacional desses Estados.

Na Idade Média após o controle do Mediterrâneo pelo Islamismo, desapareceram as formas idealizadas pelos romanos para regular o tráfico comercial internacional. Nesse contexto de enfraquecimento do Estado surge a "Lex Mercatoria", um direito de natureza costumeira, autônomo em relação aos direitos nacionais, localizado originariamente nas cidades do Norte da Itália, que, depois com incontável força expansiva, assumiu caráter universal¹¹.

Posteriormente, em virtude do fortalecimento do Estado durante o Renascimento a *Lex Mercatoria* foi cedendo lugar à teoria dos Estatutários aperfeiçoada, como é sabido por SAVIGNY, STORY e MANCINI no século XIX. Esses autores, estudando separadamente a teoria dos efeitos extraterritoriais das leis nacionais, chegaram a formular a técnica do Direito Internacional Privado, que defronte a um problema jurídico com elemento estrangeiro pergunta-se qual é a lei aplicável e qual é o tribunal competente, que sempre serão os de um Estado determinado.

De acordo com MAC LEAN atualmente a conduta internacional é regulada em 90% pelo sistema de Direito internacional privado, entretanto já não é satisfatório em virtude de uma série de problemas novos trazidos pelo gigantesco desenvolvimento do comércio internacional, como por exemplo a transferência de capitais pela via do investimento, os problemas cambiários, o tempo e lugar da formação dos contratos no caso de negociações tidas via telex, telefone ou fax, etc.

Assim, conforme o referido autor, estaríamos no limiar de um novo direito que objetiva o estabelecimento de leis uniformes internacionais para regularem a conduta dos operadores do comércio internacional sem limitar-se a assinalar o tribunal competente e a lei aplicável de um Estado

10 ROBERTO MAC LEAN, *Derecho del Comercio Internacional (Nuevas Tendencias)*, p. 15.

11 JOSÉ MARIA GONDRA ROMERO, "La moderna *Lex Mercatoria*", in *Revista de Derecho Mercantil*, p. 17.

determinado¹², mas fixando normas materiais para reger os aspectos fundamentais dos contratos internacionais.

V — O estabelecimento de leis uniformes

A regulação do comércio internacional através de normas uniformes criadas pelos Estados e entidades representativas dos comerciantes é uma tendência que em nosso século encontra antecedentes nos trabalhos do UNIDROIT, (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), entidade intergovernamental criada em 1930 e que hoje está empenhada na elaboração de um Código do Direito do Comércio Internacional de âmbito universal.

Com o objetivo de harmonizar e unificar progressivamente o Direito do Comércio Internacional, as Nações Unidas estabeleceram em 1966 uma comissão especial para perseguir esses fins, conhecida pela sigla CNUDCI (ou UNCITRAL em inglês). Essa comissão trabalhou arduamente juntamente com o UNIDROIT para elaborar a Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias e atualmente prepara regras uniformes nas seguintes áreas: compra internacional de mercadorias, pagamentos internacionais, arbitragem comercial internacional e transporte marítimo internacional.

As leis uniformes objetivam estabelecer normas de conduta internacional para os operadores do comércio, uma vez que a regulamentação atual rege relações jurídicas internacionais através de normas de caráter nacional ou interno o que cria freqüentes conflitos.

Para TUDOR R. POPESCU¹³ a unificação do Direito Internacional Privado não garante a certeza jurídica da qual o comércio internacional tem tanta necessidade, pelo fato de que mesmo unificado, este sistema sempre determina que a lei aplicável a uma relação jurídica internacional (ou com elemento de estraneidade) seja uma lei nacional (Direito Interno). A regulamentação do comércio internacional por códigos nacionais também não é conveniente porque essa tendência pode gerar conflitos de lei entre os diversos códigos.

Por outro lado, a uniformização do Direito a nível regional, que hoje tem tanta força, poderia constituir no futuro um sério obstáculo a uma uniformização em escala mundial, segundo POPESCU, pois os Estados das diferentes regiões dificilmente renunciariam a um regime jurídico já solidamente estabelecido, a menos que, no momento da elaboração de seu

12 ROBERTO MAC LEAN, obra citada, p. 17.

13 O Direito do Comércio Internacional: uma nova tarefa para os Legisladores nacionais ou uma nova 'Lex Mercatoria', *Apostila*, Biblioteca do Departamento de Direito Internacional da FADUSEP.

direito uniforme, esses países já tivessem um modelo ou projeto de código uniforme contendo os princípios fundamentais do Direito Comercial Internacional.

Talvez o problema maior que a uniformização do direito coloca é o nível de primazia das regras uniformes em relação à autonomia da vontade no desenvolvimento negocial, porque se a lei uniforme não dispõe sobre a sua aplicação facultativa, dificilmente os países desenvolvidos a aprovarão e menos ainda a ratificarão. E se a sua aplicação não é obrigatória, os comerciantes mais poderosos e as grandes companhias multinacionais sempre acabarão impondo suas condições gerais ou contratos-tipo.

Nas palavras de LABANCA:

“Superando o problema da fundamentação filosófica e jurídica da autonomia da vontade e ainda prescindindo do problema técnico da relação entre uma legislação uniforme e a liberdade de contratação, a questão vincula-se diretamente com o interesse de organizações industriais ou financeiras que querem subtrair-se ao império de normas necessárias de direito interno e ficar vinculadas nos contratos que celebram às cláusulas dos acordos que elas mesmas impõem em razão de seu imenso poder econômico. É lógico então que elas vejam desfavoravelmente toda limitação à autonomia da vontade como também é compreensível a posição dos economicamente mais fracos que procuram a sanção de normas imperativas que limitem aquela vontade.”

“Essas tendências se refletem nos governos dos Estados na hora de aprovar textos legais uniformes. Por um lado os países que são grandes potências industriais concordarão com regras internacionais que, favorecendo a autonomia da vontade, sirvam, ainda que indiretamente, ao predomínio da sua indústria e comércio. Já os países detentores de pouco desenvolvimento industrial esforçar-se-ão para aprovar normas uniformes que limitem, a autonomia da vontade, semelhantemente ao direito interno.”¹⁴

VI — *A nova Lex Mercatoria*

De maneira muito sucinta podemos dizer que a nova *Lex Mercatoria* é uma doutrina cujas idéias básicas são a existência de um direito que governa as relações econômicas internacionais criado pelos próprios comerciantes e aplicado por árbitros que são designados de forma contratual para a solução de seus litígios, semelhante ao corpo de regras costumeiras que regia a comunidade internacional de comerciantes na Idade Média.

14 JORGE LABANCA, *La Venta Internacional*, pp. 53 e 54.

Assim a doutrina assenta-se sobre duas bases, a saber: a normativa e a jurisdicional. A base normativa compreende as condições gerais, a tipificação contratual e os usos e princípios do comércio internacional. A base jurisdicional abrange a arbitragem comercial internacional.

Os autores falam de New Law Merchant, Direito Anacional, Direito Transnacional, ou ainda Direito Comercial Costumeiro Internacional para referir-se ao fenômeno.

Discute-se sobre a autonomia pretendida por este sistema, isolando-se de todo direito nacional. Dado os limites deste artigo não passaremos revista ao variado leque de pontos de vista ofertados pelos autores a respeito do problema que vão desde a opinião de PHILIPPE KAHN, para quem as condições para a criação de uma ordem jurídica internacional autônoma já estariam dadas¹⁵, passando pelo entendimento de GONDRA ROMERO, para quem devido à insuficiência da institucionalização jurisdicional da *Lex Mercatoria* precisará da assistência do aparelho coativo do Estado para impor suas normas¹⁶, até o posicionamento cauteloso de OTTO ARNDT GLOSSNER, para quem os estudos empreendidos até agora pelos autores não oferecem resposta para a questão, opina ainda que, no futuro, as iniciativas e efeitos até agora limitados fundamentalmente à França, deverão ter tratamento fora do âmbito do Direito francês, fazendo-se imprevisível o seu desfecho¹⁷.

De quaisquer forma e independentemente das discussões sobre a autonomia deste sistema corporativo transnacional, não pode deixar de reconhecer-se a existência e a importância de usos codificados e formulados no comércio internacional que tem seu fundamento no próprio contrato.

ANTOINE KASSIS distingue entre os usos do comércio interno e os usos do comércio internacional. Muito embora ambos sejam regras costumeiras, os usos internos são regras que fazem parte do sistema jurídico nacional, enquanto os usos internacionais inserem-se no sistema da *Lex Mercatoria*, que segundo KASSIS seria um sistema dotado de regras jurídicas próprias, criadas fora dos direitos estatais, pelos próprios operadores do comércio internacional, sob forma de regras costumeiras ou pela jurisprudência dos tribunais arbitrais, que seriam de alguma forma o Poder Judiciário do sistema¹⁸.

15 *Droit international économique, droit du développement, Lex Mercatoria, concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?*, p. 97.

16 *La Moderna Lex Mercatoria y la unificación del Derecho del Comercio Internacional, Revista de Derecho Mercantil*, p. 17.

17 "Die Lex Mercatoria — Vision oder Wirklichkeit" in *RTW — Recht der Internationalen Wirtschaft*, pp. 350-351.

18 *Théorie Générale des Usages du Commerce — Droit Comparé, Contrats et Arbitrage Internationaux, Lex Mercatoria*, pp. 9 e ss.

Quais são esses usos internacionais? A doutrina em geral aponta para as regras corporativas consagradas nas condições gerais ditadas por uma determinada associação de um segmento da indústria ou do comércio, para as codificações internacionais da Câmara de Comércio Internacional, como os INCOTERMS 1953 e as Regras e Usos Uniformes Relativos ao Crédito Documentário.

SCHMITTHOFF assinala ainda as Regras de York-Amberes sobre avaria grossa elaborada pela "International Law Association" (ILA) e os contratos-tipo de venda internacional formulados pela Comissão Econômica para Europa das Nações Unidas, de larga aceitação no comércio europeu ¹⁹.

Pela relação "supra" pareceria que somente usos codificados teriam a qualidade de usos do comércio internacional. Mas DERAÏNS alarga esse universo, assinalando que esses usos não se limitam às regras corporativas incluindo também o conjunto de regras de direito nascidas da prática repetida dos operadores do comércio internacional tenham sido ou não codificados, e exemplifica com uma sentença arbitral ratificada pelo Tribunal de Cassação francês que fala "dos princípios gerais das obrigações geralmente aplicáveis no comércio internacional" (cf. Cass. Viv. II, 9 déc. 1981, Bull. Liv. II, n.º 212, p. 138) ²⁰.

VII — Conclusão

Do anteriormente exposto depreende-se que a importância e a complexidade dos contratos internacionais está a exigir estudos mais apurados com o intuito de buscar soluções para que o desenvolvimento avassalador do comércio internacional não se faça sem o necessário equilíbrio de interesses entre pequenos e grandes comerciantes, entre países subdesenvolvidos e poderosas empresas transnacionais, entre o Estado e as associações de comerciantes.

Os esforços para a uniformização do Direito do Comércio Internacional são louváveis por ser esta um instrumento idóneo para superar os entraves ao desenvolvimento dos negócios, em virtude da diversidade de sistemas jurídicos nacionais e regionais.

Entretanto, a visão do problema desde o ponto de vista dos Estados, principalmente dos menos desenvolvidos, é muito diferente da visão dos grandes conglomerados industriais e comerciais transnacionais que movimentam boa parte da riqueza mundial.

¹⁹ Das neue Recht des Welthandels, in *Rebels Zeit.* 1904, 1, p. 74, apud JOSÉ MARIA GONDRA ROMERO, obra citada, p. 28.

²⁰ *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, pp. 53 e 54.

Como solucionar esse conflito de interesses? Entendemos que não há soluções prontas para tão complexo e magno problema, assim em caráter de tentativa seria recomendável que o Estado reconhecesse a existência dos ordenamentos corporativos internacionais com o qual haveria maior certeza e segurança jurídica para todos devido ao fortalecimento da arbitragem comercial internacional. Por outro lado, a *Nova Lex Mercatoria* deveria projetar-se sobre uma base legal uniforme para que a autonomia da vontade dos operadores do comércio internacional pudesse ser limitada tendo em vista o bem comum perseguido pelo Estado, teoricamente isto não seria impossível se considerarmos que vários princípios da *Nova Lex Mercatoria* são oriundos dos sistemas jurídicos internos, assim, por exemplo, o *pacta sunt servanda*, boa-fé, abuso de direito, respeito aos direitos adquiridos, etc., de sorte que os contratos-tipo atuariam sempre a um nível empírico mudando conforme o ramo de negócios envolvido, já a lei uniforme operaria “num nível superior de abstração e hierarquia, estabelecendo a base legal uniforme, integradora da autonomia privada e destinada também a cumprir uma função social ordenadora com o fim de assegurar o justo equilíbrio que deve presidir a regulamentação jurídica do comércio internacional”²¹.

Postulamos enfim a complementaridade teórica e prática dos enfoques divergentes das ordens jurídicas estatais e dos sistemas jurídicos autonomistas de comerciantes, somente assim teremos no futuro um Direito do Comércio Internacional que seja instrumento idôneo para alcançar uma ordem econômica internacional mais justa.

VIII — Bibliografia

- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- CHARNY, Hugo. “Autonomía de la voluntad”. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, vol. I, Buenos Aires, 1975.
- DE NOVA, Rodolfo. Quando um contrato é internacional? *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, 1978.
- DERAINS, Yves. *Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Madrid, Fundación Española de Arbitraje, 1985.

21 MATTEUCI, The Unification of Comercial Law, in *Journal of Business Law*, 1960, p. 141, apud GONDRA ROMERO, ob. cit., p. 38.

- GLOSSNER, Ottoarndt. *Lex Mercatoria — Ilusão ou Realidade* in *RIW — Recht der Internationalen Wirtschaft*, Maio, 1984.
- GONDRA ROMERO, José María. La Moderna "Lex Mercatoria" y la unificación del Derecho del Comercio Internacional in *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1973.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado — Aspectos de Direito Internacional*. São Paulo, Editora Aquarela, 1989.
- KASSIS, Antoine. *Théorie Générale des Usages du Commerce — Droit Comparé, Contrats et Arbitrage Internationaux, Lex Mercatoria*. Paris, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- LABANCA, Jorge. *La Venta Internacional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.
- LAGARDE, Paul. Approche critique de la "lex mercatoria" in *Le Droit des Relations Économiques Internationales*. Paris, Litec-Droit, 1983.
- LE PERA, Sergio. *Common Law y Lex Mercatoria*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986.
- MAC LEAN, Roberto. *Derecho del Comercio Internacional — Nuevas Tendencias*. Bogotá, Temis, 1982.
- MAGALHAES, José Carlos de. *Contratos Internacionais. Separata da Revista Forense*, volume 294.
- NAZO, Georgette N. Tipificação dos Contratos Internacionais, in *Revista dos Tribunais*, v. 564, 1982.
- POPESCU, Tudor. *O Direito do Comércio Internacional: Uma nova tarefa para os legisladores nacionais ou uma nova "Lex Mercatoria"? Texto para debates*. Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da USP.
- ROVIRA, Susan Lee Zaragoza de. *Estudo Comparativo sobre os Contratos Internacionais: Aspectos Doutrinários e Práticos*, in *Contratos Internacionais*. Coord. João Grandino Rodas, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- SCHAPIRA, Jean. *Le Droit International des Affaires*. Paris, Presses Universitaires de France, 1979.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986.
- VALLADÃO, Haroldo. *O Contrato Internacional*. Brasília, Arquivos do Ministério da Justiça, ano 37, nº 156, 1980.
- WENGLER, Wilhelm. *Imunidade Legislativa dos Contratos Multinacionais*. Texto para debates. Departamento de Direito Internacional, Faculdade de Direito da USP, 1976.

Do Descabimento da Denúncia Unilateral de Pacto Parassocial que Estrutura o Grupo Societário

ARNOLDO WALD

Advogado e Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

O “Acordo de Acionistas” tem sido reconhecido, pela doutrina pátria e alienígena, como sendo um *contrato parassocial* que se rege pelos princípios do Direito Civil.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e TAVARES GUERREIRO ressaltam a subordinação de tais acordos ao direito comum, explicando que:

“Importa salientar que os acordos de acionistas geram direitos e obrigações regulados substancialmente pelo direito comum e não pelo direito das sociedades, muito embora seus efeitos jurídicos digam respeito à participação acionária em determinada companhia, em seus vários possíveis desdobramentos. (*Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, S. Paulo, Editora José Bushatsky Ltda. 1979, Vol. I, pág. 305.)

No mesmo sentido é o entendimento de CELSO DE ALBUQUERQUE BARRETO, na monografia que dedicou à matéria, na qual escreveu:

“*Sendo os acordos de acionistas atos celebrados entre pessoas físicas ou jurídicas, que não são necessariamente comerciantes, para regular direitos e obrigações dos mesmos com relação ao funcionamento do ente jurídico do qual são acionistas, afigura-se-nos preponderante o caráter civil dessas relações, que devem submeter-se, assim, às normas comuns, inscritas no Código Civil, quanto aos requisitos de validade e eficácia do negócio jurídico consubstanciado no acordo de acionistas. A sociedade anônima é mercantil e se rege pelas leis e usos do Comércio (art. 2.º, § 1.º, Lei n.º 6.404/76), mas os vínculos contratuais entre seus acionistas não se classificam, necessariamente, como contratos comerciais, preponderando, ao nosso ver, para seu disciplinamento, as*

normas gerais inscritas no Código Civil, aplicáveis aos contratos em geral." (Acordo de Acionistas, Rio, Forense, 1982, págs. 37 e 38.)

Estando sujeito às normas comuns, ele se forma, nas balizadas palavras do Professor FRAN MARTINS, "mediante a livre manifestação de vontade de todos os participantes, o que quer dizer que o contrato representa o que foi desejado pelas partes contratantes, que, por sua própria iniciativa, entraram em acordo, todos aceitando o convencionado" ("Acordo de Acionistas: Contrato Plurilateral", *Revista da Faculdade de Direito*, Fortaleza, 29, jan-jun, 1988, pág. 59). E, conclui que, em consequência, decorre a obrigatoriedade do cumprimento do que foi acordado.

No mesmo sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO, tratando das convenções de voto, também contidas em acordos de acionistas, salientou que "não podem ser tratadas como um negócio jurídico *sui generis* mas devem submeter-se às normas comuns de validade de todo o negócio jurídico privado, em particular no que se refere à causa, enquanto elemento objetivo e aos motivos dos convenientes" (*O Poder de Controle*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, págs. 179 e seguintes).

Já na vigência da legislação anterior à Lei n.º 6.404, os comercialistas comentaram a importância crescente dos pactos parassociais em geral e do Acordo de Acionistas em particular, discutindo a sua validade, os seus efeitos e a oportunidade de regulamentação adequada da matéria, que se inspirasse no Direito Estrangeiro e em particular na legislação alemã. (RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, 2.º vol., pág. 137; WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, 4.º vol., 1961, n.º 785, pág. 320; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por Ações*, 2.ª ed., Rio, Forense, 1951, n.º 402, págs. 59 e seg.; ALFREDO LAMY FILHO, "Proposta apresentada no Seminário de 1972", in *RDM* 7/145 e *Revista do Instituto dos Advogados*, 17/51 e ARNOLDO WALD, *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2.ª série, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, págs. 293 e seguintes).

A Lei n.º 6.404/76, que entre nós disciplina as sociedades anônimas, estabelece, no seu art. 118, que:

"Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, deverão ser observados pela Companhia quando arquivados na sua sede."

Discutiu-se as origens externas do acordo de acionistas, considerado como inovação pioneira, ora inspirada no *voting trust* (RUBENS REQUIÃO) ou no *pooling agreement* (OSMAR BRINA LIMA in *Revista dos Tribunais* 530/28 e seguintes, e FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das S.A.*, Vol. 2, Tomo I, 1978, Rio, Forense, n.º 521, pág. 124) ou ainda nos *Shareholder's voting agreements*.

Qualquer que seja a sua vinculação externa, a doutrina e a jurisprudência entendem que o acordo entre acionistas é um contrato plurilateral e parassocial, que pode abranger as matérias de que trata o art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas, mas, também outras, vinculando juridicamente os acionistas e admitindo execução específica.

Embora a nova lei tenha disposto apenas sobre acordos de bloqueio e de comando, a doutrina é unânime em esclarecer que os acionistas podem firmar acordos visando a vários outros objetos. (FERNANDO H. MASCHERONI, *La Sindicación de Acciones*, Buenos Aires, 1968, pág. 24; ANTONIO PEDROL, em seu *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*, Madrid, 1969, pág. 13, e WALDIRIO BULGARELLI, "A Regulamentação Jurídica do Acordo de Acionistas no Brasil", in *RDM*, n.º 40, outubro-dezembro 1980, pág. 89).

Enquanto o contrato societário é plurilateral, os contratos parassociais especialmente quando não se limitam à matéria mais estrita do acordo de acionistas podem ser, em parte, bilaterais, o que exclui a denúncia unilateral, e, em parte, plurilaterais.

A plurilateralidade não significa a pluralidade de subscritores do acordo, que são em número superior a dois, mas a existência de um conjunto de partes, num contrato de colaboração, com interesses globais idênticos e direitos e obrigações que incumbem a todos os contratantes, que poderão ser substituídos por outros, ou aos quais outras pessoas poderão ser acrescidas, integrando-se no contrato, que, por este motivo, é considerado *aberto*.

A doutrina tem salientado que o contrato plurilateral se caracteriza pelo fato dos interesses das partes contratantes se unificarem para alcançar um fim comum, caracterizando-se o contrato ou negócio plurilateral, pela autonomia do seu escopo ou fim. Este consiste em organizar e fazer funcionar adequadamente uma entidade ou um conjunto de mecanismos, sob a forma de sociedade, associação ou *joint venture*.

TULLIO ASCARELLI destacou assim a função instrumental do contrato plurilateral, esclarecendo a respeito que:

"Com efeito, a função do contrato plurilateral não termina, quando executadas as obrigações das partes (como acontece, ao contrário, nos demais contratos); a execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior.

Concluindo uma sociedade, as partes querem organizar-se para a realização de uma atividade ulterior; esta constitui o obje-

tivo da sociedade, e a sua determinação é, portanto, juridicamente relevante.

Eis porque, em tais contratos, devemos preocupar-nos com o objetivo ou fim do contrato e com a possibilidade e com a legitimidade deste objetivo." (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.ª edição, São Paulo, Saraiva, 1969, págs. 272/273.)

O mesmo autor enfatiza a importância do contrato plurilateral como *contrato de organização*, que se pode restringir a criar direitos e deveres entre as partes (na relação interna) ou envolver uma outra entidade (na relação externa), como uma associação ou sociedade. Em determinados casos, há, no contrato plurilateral obrigações tanto de caráter interno, como externo, abrangendo grupos societários, fusões, incorporações e acordos de acionistas.

Surgem, assim, ao lado do contrato de sociedade, outros contratos plurilaterais denominados *parassociais*, na terminologia consagrada na Itália, por GIORGIO OPPO, na sua obra intitulada *Contratti Parassociali*, publicada em Milão, em 1942, na qual contrapõe o vínculo de sócio, baseado na lei e no contrato societário, e os vínculos pessoais entre acionistas, que constam em contrato distinto, mas repercutem na esfera societária.

Melhor explanando o seu entendimento, esclarece GIORGIO OPPO que:

"Traducendo una terminologia invalsa nella dottrina tedesca che contrappone Nebenvertrage a Nebenabreden si possono designare le nostre ipotesi come "Contratti accessori" contrapponendoli alle "clausole accessorie": *se ho proposto la terminologia di "contratti parassociali" per i negozi accessori al rapporto sociale, non è per amore di novità nè per pretesa di costruire una categoria dogmatica, ma per mettere in evidenza immediata il nesso di tali negozi col rapporto sociale.*

.....
.....
.....
.....
....."
(Obra citada, pág. 35.)

Na realidade, complementando a lição do mestre italiano, podemos afirmar que há, entre o contrato societário e o parassocial, não um vínculo de acessoriedade, mas sim de *coligação*, formando ambos o que atualmente se denomina um *grupo contratual*. Acrescentaríamos que a vinculação e interpenetração entre os contratos sociais e os contratos parassociais são de tal ordem que não podem ser separados. Constituem, conforme

a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em caso análogo, verdadeiros "irmãos siameses", para utilizar a feliz expressão do Ministro CUNHA PEIXOTO, ao examinar a ligação existente entre os contratos de concessão de posto de gasolina e os de comodato e/ou de mútuo que os complementavam. (*Revista Forense*, vols. 249/164).

No mencionado caso, a jurisprudência do Excelso Pretório defendeu a unicidade econômica do "contrato misto" e do *negócio jurídico complexo* abrangendo os vários instrumentos, formalmente separados, de convenções referentes à concessão, ao mútuo e ao comodato.

A unicidade do contrato foi, aliás, reconhecida pela corrente jurisprudencial que considera existir, na hipótese, *um contrato inominado ou atípico* (decisões unânimes proferidas no Agravo de Instrumento n.º 62.684 pela 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal em 18-3-1975, sendo relator o Min. ALIOMAR BALEEIRO, cuja ementa foi publicada no *DJ* de 25-4-1975, pág. 2.674, e no Recurso Extraordinário n.º 80.448, pela 2.ª Turma, em 13-5-1975, sendo relator o Min. THOMPSON FLORES), e pela que vislumbra, no caso, um "contrato misto de concessão de venda com exclusividade" (Min. BILAC PINTO, nos votos que proferiu no Recurso Extraordinário n.º 78.051 em 16-8-1974, publ. na RF 249/155, e no Recurso Extraordinário n.º 77.481).

Neste sentido, é expressa a lição dos vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal existentes na matéria, e já acima referidos. Assim no Agravo de Instrumento n.º 62.684, esclarece o voto do relator, Min. ALIOMAR BALEEIRO, que:

"Jungido a uma promessa de compra de mercadorias do comodato, celebrado por outro instrumento no mesmo dia, o comodato não pode ser cindido, porque ambos os contratos integram um negócio jurídico complexo..."

Do mesmo modo, o Min. BILAC PINTO, no brilhante voto que proferiu no Recurso Extraordinário n.º 78.051, invoca a lição de RUBENS REQUIÃO (RF 239/7 a 23) e cita a jurisprudência do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara que reconhece o caráter unitário da operação. A ementa do acórdão da Apelação Cível n.º 79.863, de 10-10-1972, do qual foi relator o ilustre Des. ANTONIO PEREIRA PINTO (RF 244/155) invocado pelo Excelso Pretório esclarece que:

"Quando as prestações características dos contratos de comodato (de equipamentos e utensílios) e de compra e venda (de gasolina) se encontram em relação de recíproca "coordenação", temos um contrato misto, como o ajustado pelas partes, pois o que configura é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos enlaçados pelo caráter unitário da operação econômica..."

No texto do referido acórdão, salienta-se que:

“Em consequência, esses elementos demonstram que as partes quiseram realizar um negócio único, apesar de feito em documentos distintos...” (RF 244/157.)

No Recurso Extraordinário n.º 78.051 (RF 249/162), o Min. BILAC PINTO faz excelente síntese da doutrina e de jurisprudência existentes na matéria, para concluir, invocando a lição de HONÓRIO MONTEIRO, que as circunstâncias:

“... comprovam, portanto, na hipótese, a existência de um negócio único, embora concretizado em três contratos.” (RF 249/162.)

Também a doutrina é unânime em reconhecer o caráter unitário do negócio jurídico no qual se cumulam vários contratos típicos. Fundamentando-se na lição de HADEMANN (*Tratado de Derecho Civil*, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958), o Prof. RUBENS REQUIÃO opta pela autonomia do contrato de concessão de venda com exclusividade, assegurando-lhe “um tratamento emancipado como novo instituto jurídico que é” (artigo publicado na RF 239/21).

Já no mesmo sentido se manifestara o Prof. HONÓDIO MONTEIRO, em artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, em 1937 (pág. 537), e, republicado na RF 248/17, no qual salientou a existência, no contrato misto, de “uma nova causa, que é a resultante da aliança harmônica das funções econômicas peculiares aos contratos associados”. E cita o professor paulista, como exemplos, a locação de caixa-forte em Bancos e a venda com exclusividade (RF 248/19).

Na doutrina estrangeira, entendeu-se haver não apenas uma conexão entre os vários contratos, mas, sim, a realização de um único negócio, através de vários instrumentos, ou seja, um negócio pluriformal. Como bem ensina TULLIO ASCARELLI, para que se possa encarar a existência de um único negócio, e não de negócios conexos hipóteses obviamente distintas entre si —, é necessário verificar a unicidade da fonte, que, todavia, pode abranger vários documentos simultâneos ou sucessivos, interligados uns com os outros. E concluiu o eminente comercialista que:

“O elemento decisivo é a conexão dos vários fins objetivos pela vontade das partes; quando as intenções econômicas das partes estão estritamente ligadas entre si, há um negócio único.” (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2.ª ed., São Paulo, ed. Saraiva, 1969, pág. 100.)

Também FRANCISCO MESSINEO “reconhece a existência da unicidade negocial quando um primeiro contrato é o motivo principal dos contratos seguintes, que podem ser considerados como seus corolários, ou, ainda, como contratos derivados, acessórios ou secundários, em relação ao instrumento principal. Havendo um único interesse econômico, pode ser o

mesmo atendido pela realização de vários contratos conexos ou coligados, entre os quais se mantém um vínculo de subordinação ou dependência dos contratos acessórios para com o principal” (*Contrato*, Milão, Casa Editora Dott A. Giuffrè, 1961, págs. 199 e 200).

Em certos casos, que se multiplicam na prática, podemos afirmar que houve um conjunto de contratos parassociais firmados entre as partes que condicionaram e ensejaram os contratos sociais, estruturando um grupo societário de fato.

Verifica-se, assim, que tais acordos não são alheios aos atos constitutivos das sociedades, que deles resultaram, nem à sua organização e estrutura, que foram por eles determinados. Concluímos, pois, que, em determinados casos, os acordos celebrados entre os acionistas não são acordos de acionistas “*stricto sensu*”, tais como previstos na Lei das S.A. e definidos pela doutrina, mas pactos ou contratos parassociais ou associativos de caráter mais amplo, que, do mesmo modo que as sociedades, não são suscetíveis de serem rescindidos por denúncia unilateral, dependendo de acordo bilateral ou de sentença judicial para que ocorra a sua rescisão.

Acresce que, em tais hipóteses, os acordos celebrados podem tratar, incidental e complementarmente, de questões relativas aos interesses individuais dos seus subscritores, tais como garantia de dividendos suplementares, inalienabilidade das ações preferenciais, atribuição de cargos de diretoria e respectiva participação nos lucros, porque no contexto geral da operação tais questões, constituem, na verdade, a *contraprestação devida, a um grupo, pelas medidas dele exigidas, pelo outro, na constituição da sociedade* ou reorganização do grupo societário.

Evidencia-se, outrossim, que esses acordos, além de constituírem pactos parassociais, caracterizam-se também como sendo verdadeiros **INSTRUMENTOS OU PROTOCOLOS DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE**, assim definidos na Lei das Sociedades Anônimas:

“Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de *protocolo* firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas que incluirá:

I. o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II. os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III. os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV. a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V. o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI. o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovadas para efetivar a operação;

VII. todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo Único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa."

No seu brilhante trabalho sobre *PROTOCOLO E TRATADOS DE FUSÃO*, GUY BAUDEU, doutor pela Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris, lamenta que um documento tão importante quanto o PROTOCOLO seja ignorado pela lei, doutrina e jurisprudência e enfatiza que:

"Le législateur, la doctrine et la jurisprudence ignorent les protocoles de fusion. M.J. Copper Royer, dans son intéressant "Essai juridique" (2) fait, certes, allusion au protocole de fusion mais il lui donne le sens de traité de fusion puisqu'il le définit ainsi: "Ce contrat, ou protocole de fusion, fixe les conditions et modalités de la fusion et principalement la quotité ainsi que la qualité des apports. Il n'ignore pas cependant l'existence d'un acte antérieur à la convention d'apports proprement dite lorsqu'il affirme: "en tous les cas, la fusion débute par un avant-contrat conclu entre les négociateurs des sociétés fusionnantes". Les ouvrages plus récents des praticiens n'y font pas allusion, même lorsque leurs auteurs consacrent de longs développements à la phase préparatoire des fusions (3)." (*Protocoles et Traités de Fusion*, Librairies Techniques, Paris, 1968, pag. 23.)

Procurando definir a natureza jurídica dos *PROTOCOLOS*, o jurista francês explica que, embora a doutrina e a jurisprudência do seu país sejam discordantes, algumas vezes, quanto à exata *QUALIFICAÇÃO* do protocolo, que corresponde, na nossa legislação, ao Tratado de Fusão da Lei Francesa, são, todavia, unânimes quanto à sua natureza jurídica, esclarecendo GUY BAUDEU:

"Pour certains auteurs récents, le traité de fusion doit être considéré comme un contrat: ainsi Claude Champaud, dans son ouvrage déjà cité, écrit: "Bien qu'il soit parfois qualifié d'avant-contrat, le traité de fusion est en réalité un véritable contrat intervenant entre les contrôleurs des sociétés appelées à fusionner. Tout

en ne voulant pas "sous-estimer" le rôle des assemblées générales extraordinaires, seules habilitées à décider définitivement la fusion, ce auteur considère que "pratiquement la décision sollicitée des assemblées générales extraordinaires n'est n'est qu'une formalité."

"... le traité de fusion n'est pas considéré comme un simple accord, un acte sans valeur juridique; il est, au contraire, source d'obligations et de contrats, de contrats conditionnels, de contrats à formation successive et non pas seulement de la notion de projet." (Obra citada, págs. 130, 131 e 132.)

Seja como pré-contrato, como contrato condicional ou contrato de formação sucessiva, é inegável que os PROTOCOLOS são negócios jurídicos e, como tais, OBRIGATORIOS para seus subscritores e condicionantes dos atos societários.

Em alguns países há referência específica aos contratos parassociais mais amplos do que os acordos de acionistas, abrangendo inclusive tanto o sindicato de ações como o chamado sindicato financeiro, aquele atuando no âmbito interno da empresa e este externamente, no mercado. Admite-se também um contrato de proteção dos acionistas (*schutzgemeinschaftsvertrag*) combinando-se com uma "comunhão de interesses" (*interessengemeinschaft*) e eventualmente com uma organização ampla de um conglomerado (*konzernzentrale*). Os autores alemães ainda se referem ao *Schutzgemeinschaftsvertrag* (contrato de proteção da comunhão de acionistas) considerado como o acordo de natureza social abrangente do exercício dos direitos e obrigações decorrentes da participação social (Friedlander).

No fundo, existem vários instrumentos, com alto grau de elasticidade, que permitem a aplicação das várias finalidades decorrentes da autonomia da vontade, moldando a atuação da sociedade ou do grupo societário, sem que haja a criação de uma *holding* para esse fim. Mas, em determinados casos, pela sua estrutura e fins específicos, o pacto parassocial se aproxima do regime da *holding*, embora com ela não se confunda. O Professor GARRIGUES confirma aliás esta analogia mas GASTONE COTTINO, em monografia sobre a matéria pondera que

"se o sindicato (de acionistas) fosse uma sociedade, não seria mais um sindicato."

E arremata em nota:

"A *holding* pode realizar a finalidade própria de um sindicato (consórcio de acionistas) mas não é um sindicato..."

Só considerações metajurídicas, como as que impregnam o estudo de Garrigues, levam a estabelecer entre ambos (*holding* e consórcio de acionistas) uma relação de identidade." (GASTONE, COTTINO, *Le Convenzioni di Voto Nelle Società Commerciali*, Milão, Dott. A. Giuffrè editor, 1958, pág. 199.)

Na falta de identidade, a analogia que, em determinados casos, existe entre os contratos parassociais e a sociedade evidencia que o regime jurídico de rescisão ou modificação dos mesmos obedece ou deve obedecer a regras similares.

Assim sendo, cabe reconhecer que independentemente de sua qualificação jurídica, os contratos são obrigatórios e vinculam as partes. Já tivemos aliás a oportunidade de escrever que:

“A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção no tempo de liberdade contratual. As partes são obrigadas a realizar as prestações decorrentes do contrato.” (ARNOLDO WALD, *Contratos e Obrigações*, 9.^a ed., 1990, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 152.)

Por outro lado, verificamos que, nos negócios jurídicos em geral, a rescisão unilateral é admitida nos casos de:

- (i) inadimplemento da contraprestação devida, nos contratos sinalagmáticos; ou
- (ii) ocorrência de caso fortuito ou força maior, em quaisquer contratos;
- (iii) outras situações específicas admitidas pela lei ou pela convenção das partes.

Podemos, pois, concluir que a *RESCISÃO UNILATERAL* dos negócios jurídicos em geral só é admitida *excepcionalmente* e mediante *fundamentação jurídica*. Aliás, mesmo nos casos excepcionais nos quais se admite a rescisão unilateral, por se tratar de contratos de duração indeterminada não vinculados a outros, que continuam em vigor, o direito de rescindir não é absoluto, sob pena de constituir um abuso de direito e ensejar uma responsabilidade, conforme salientam a jurisprudência e a doutrina. O entendimento mais moderno é no sentido de exigir que haja previamente uma negociação de boa-fé entre as partes para chegar a um acordo equitativo e, posteriormente, caso não for encontrada solução consensual, sejam fixados prazos compatíveis com os interesses de ambas as partes, tendo em conta, inclusive, a duração que o contrato já teve no passado. Assim, a ruptura injustificada, sem um esforço prévio de negociação e sem a fixação de um prazo razoável ou de uma indenização adequada para a outra parte, mesmo quando ocorre em contratos por tempo indeterminado e desvinculados de outros, constitui ato abusivo pelo qual responde o contratante que rescindiu o contrato sem justa causa (MAZEAUD ET MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, 5.^a edição, Paris Éditions Montchrestien, 1973, tomo II, n.º 110, pág. 87).

Não há dúvida que, em alguns contratos firmados por tempo indeterminado, admite-se que haja a denúncia unilateral, mediante aviso

prévio e, algumas vezes, somente em virtude de justa causa, como tal admitida ou definida pelo legislador ou pela jurisprudência, sob pena de ocorrer abuso de direito por parte do denunciante.

No caso de contrato parassocial, não há um contrato por tempo indeterminado, mas sim por prazo determinável, que é o da duração da associação entre os grupos nas empresas estruturados na forma do pacto parassocial. Na realidade, a vinculação que já assinalamos entre os contratos societários e parassociais enseja a identidade de prazos entre ambos, devendo prevalecer as cláusulas dos instrumentos parassociais, enquanto perdurar a associação das partes, no negócio jurídico associativo que organizaram em comum. Não é, pois, admissível que um dos grupos possa romper unilateralmente o acordo firmado com o outro, obtendo as vantagens da estrutura societária, que ambos constituíram, e desfazendo os instrumentos básicos que ensejaram a criação e o funcionamento dessa estrutura, enquanto mantém vigente a sociedade. Aplica-se a teoria dos "irmãos siameses" consagrada pelo Supremo Tribunal Federal à qual já aludimos (item 18 supra).

Por outro lado, a atual estrutura societária ou do grupo pode ter resultado de concessões mútuas, que as partes se fizeram para encontrar um equilíbrio nos seus direitos societários, que não pode ser rompido unilateralmente, ou da compra de ações em cujo preço foi embutida a garantia da manutenção do equilíbrio vigente entre os diversos acionistas e dos mecanismos que o garantem.

Em tais hipóteses, o negócio jurídico global existente entre as partes assegura uma equação econômico-financeira, que foi negociada e acertada pelas partes e que não pode ser rompida unilateralmente.

Tem sido entendido que os acordos de acionistas, quando firmados por prazo indeterminado, podem ser rescindidos bilateralmente ou denunciados unilateralmente, desde que haja *JUSTA CAUSA*, como bem salienta CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA, em recente estudo publicado na *Revista de Direito Mercantil* n.º 60, sob o título "Da Rescisão Imotivada de Acordo de Acionistas por Prazo Indeterminado", em trecho que transcrevemos a seguir:

"E o Direito, como ciência da organização social, não se compadece com o arbítrio individual. Não há lógica nem razão superior para que se admita, senão por motivo justo, que um contratante, tendo apostado sua concordância num acordo de acionistas, de parcial bloqueio de transmissibilidade de ações, possa a qualquer tempo, livremente, desfazê-lo num instante de interesse ou veneta.

O Direito é um conjunto de ordenamento que precisamente busca substituir o arbítrio individual, pelo "seu arbítrio", orien-

tando-se a teoria geral dos contratos, modernamente, por uma função social que o indivíduo isoladamente não pode sobrestar.

E relembro citação de Teixeira e Guerreiro a partir da nova lei das companhias, o acordo de acionistas não mais pode caracterizar-se pela "extrema precariedade e total insegurança."

Basta ver que, *ad argumentandum, se qualquer acionista pudesse a qualquer tempo, romper o acordo de bloqueio, ele seria um papelucho inútil.* Todos o assinariam hoje, e bastaria que um, no dia seguinte, não o desejando cumprir, promovesse a rescisão unilateral. Muito menos razoável seria se pudermos imaginar que o acordo já possa ter sido observado, noutras ocasiões, até mesmo em benefício do rescindente.

Tudo não passaria — o negócio — de uma encenação mais ou menos teatral, talvez até uma "ópera bufa", com personagens a aporem assinatura num documento sem força, sem executividade ou eficácia.

De resto, a natureza jurídica do contrato parassocial descaracteriza, ainda em maior grau, quando já não o será pelos princípios informadores gerais dos contratos, a possibilidade de soluções unilaterais ou arbitrárias da parte do acionista denunciante." (RDM, 60/39.)

Também quanto à dissolução de sociedade comercial constituída por tempo indeterminado, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que, somente em casos legalmente previstos ou por *justa causa*, pode a sociedade ser dissolvida por iniciativa de um acionista.

Por outro lado, é absolutamente *INADMISSIVEL* que sejam *DENUNCIADAS UNILATERALMENTE* algumas condições do contrato, como freqüentemente acontece, permanecendo em vigor as demais, sob pena de submeter uma parte ao arbítrio da outra. Também descabe a rescisão unilateral do contrato parassocial, mantendo-se em vigor os contratos societários, ou seja escolhendo arbitrariamente quais as cláusulas que se extinguem e quais as que permanecem em vigor, o que é vedado pelo artigo 115 do Código Civil, pois ensejaria a consagração de decisões potestativas, podendo uma das partes escolher as cláusulas que quer e as que não quer mais cumprir.

Finalmente, qualquer que seja a qualificação atribuída ao *CONTRATO PARASSOCIAL, PROTOCOLO* ou acordo firmado pelas partes, devemos reconhecer que caracteriza *NEGÓCIO JURÍDICO CONDICIONANTE DA CONSTITUIÇÃO, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA SOCIEDADE*, e denunciá-lo corresponde, exatamente, em *alterar unilateralmente as condições do contrato principal*, ou seja, do contrato de sociedade, o que contraria os princípios da obrigatoriedade dos contratos e da boa-fé e lealdade que devem presidir as relações entre os contratantes.

A Nova Lei Antitruste Brasileira: Críticas e Sugestões

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Advogado e Procurador do Estado do Rio
de Janeiro

SUMÁRIO

1. Apresentação. 2. Aspectos constitucionais. 3. Visão global. 4. Órgãos de repressão ao abuso do poder econômico. 5. Composição do CADE. 6. Procuradoria do CADE. 7. Apuração das ocorrências. 8. Infração à ordem econômica. 9. Julgamento do processo administrativo. 10. Cessação de compromissos. 11. Consulta. 12. Conclusão.

1 — Apresentação

O Presidente da República, com base no artigo 62 da Constituição Federal, fez publicar no *Diário Oficial* da União que circulou em 3-8-90 a Medida Provisória n.º 204, de 2-8-90, através da qual instituiu normas para a defesa da concorrência. A medida foi reeditada com alterações através das MP's n.ºs 218, 246 e 276, vindo a se transformar na Lei n.º 8.158, de 8-1-91, que teve algumas inovações em relação ao texto original.

A matéria, que encontra fundamento no artigo 173, § 4.º, da Lei Maior, vinha, há algum tempo, sendo objeto de estudos, tanto na órbita do Poder Executivo, como no Poder Legislativo, sempre com vistas à substituição da atual Lei n.º 4.137, de 10-9-62 — que regula a repressão ao abuso do poder econômico.

O Dr. Paulo Brossard, então Ministro da Justiça (hoje com assento no Eg. Supremo Tribunal Federal), através da Portaria de 10 de agosto de 1988, nomeou uma comissão de juristas estudiosos do assunto, a saber, Carlos Francisco Magalhães, José Ignácio Franceschini, Washington Peluso Albino de Souza e Alberto Venâncio Filho, como Presidente, tendo sido elaborado um Anteprojeto de Lei Antitruste publicado no *DOU* de 22-12-88, p. 2436, por determinação do próprio Ministro da Justiça através da Portaria n.º 704, de 1-12-88.

Em seguida, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão autônomo vinculado à estrutura do Ministério da Justiça, fez realizar nos dias 28 a 30 de junho de 1989, na sua sede, em Brasília, o III Seminário Nacional sobre Abuso do Poder Econômico, onde os diversos segmentos ligados ao tema (tais como a Confederação Nacional da Indústria, a FLUPEME, a Confederação Nacional do Comércio, o Conselho de De-

fesa do Consumidor, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselhos Regionais de Economistas, Administradores e Contadores, além de professores de Direito Econômico e representantes de escritórios de advocacia que atuam perante o CADE) foram chamados a debater o anteprojeto supramencionado. O cuidado no trato do assunto foi tanto que até técnicos e autoridades do Japão, cuja legislação antitruste é considerada uma das mais avançadas do mundo, foram especialmente convidados para fazerem exposições.

Tivemos a honra de participar do evento, inclusive integrando a comissão especialmente designada para a análise crítica do projeto, onde oferecemos diversas sugestões, algumas das quais publicadas nos anais do evento — *Revista de Direito Econômico do CADE* n.º 6, pp. 22 e 33 —, se fizeram presentes no Projeto de Lei n.º 3.845/89 apresentado pelo Deputado Federal Hélio Rosas.

Lamentavelmente, a evolução dos estudos não prosseguiu a contento. A desorganização dos trabalhos do Congresso Nacional, motivada não apenas pelo período eleitoral, mas, sobretudo, pela avalanche de medidas provisórias, que tumultuaram por completo o normal funcionamento do Legislativo, levaram, mais uma vez, à adoção do mecanismo emergencial, abandonando a saudável e democrática prática do debate, desperdiçando idéias e experiências que em muito contribuiriam para o aprimoramento do direito e das instituições.

E, o que é pior, além da duvidosa oportunidade em que foi apresentada a Medida Provisória n.º 204/90 (em meio a um “disfarçado” recesso parlamentar para a campanha eleitoral), a pressa em impor um novo diploma legal acabou por fazer surgir uma aberração jurídica, repleta de inconstitucionalidades, imperfeições técnicas e incorreções.

Já no trato das questões penais, onde se procurou tipificar um crime de abuso de poder econômico, o próprio Presidente reconheceu seu equívoco ao utilizar-se de forma de medida provisória (a de n.º 153/90), cancelando-a através de outra medida provisória (a de n.º 175/90). É que tem se firmado o entendimento de que a regulação de matéria penal por medida provisória não se ajusta ao Texto Constitucional, especialmente em face do princípio da reserva legal (art. 5.º, XXXIX).

Acabou sendo aprovada a Lei n.º 8.137, de 27-12-90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Nesta sangria legislativa, cumpre agora analisar outro diploma legal autônomo, também de natureza repressiva e já em vigor. Trata-se da Lei n.º 8.158, de 8-1-91.

2. Aspectos constitucionais

A Constituição Federal promulgada em 5-10-88, ao dispor em seu Título VII sobre a “Ordem Econômica e Social”, estabeleceu em seu

artigo 170, parágrafo único, o Princípio da “Liberdade de Iniciativa”, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A Lei Maior esclarece que o Poder Público só intervirá na atividade econômica para exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento e excepcionalmente explorando ele próprio atividade econômica quando assim o exigir a segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Dentre as hipóteses de intervenção na atividade econômica, previu o artigo 173, § 4.º, da CF, que a “lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Daí surgiu a Medida Provisória n.º 204, que não pretendeu substituir a Lei n.º 4.137, de 10-9-62, julgada em muitos aspectos incompleta e carecedora de aperfeiçoamentos, como se percebeu nos diversos estudos realizados. O objetivo, segundo já relatou o Prof. Tércio Sampaio Ferraz, foi adotar um mecanismo de aplicação imediata, combatendo uma alegada ineficiência e morosidade do CADE, sem, contudo, extingui-lo. Daí a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico. Passava o País por mais um regime de descongelamento de preços.

Não há, pois, qualquer sistematização na positivação do direito ou na criação de órgãos. Além desses três diplomas já abordados, há, ainda, o Código de Defesa do Consumidor, que, por sua vez, prevê outros órgãos públicos “incrementando o tiroteio burocrático”.

3. *Visão Global*

A Lei n.º 8.158/91 tem 23 artigos (a MP n.º 204/90 tinha apenas 14), sem capitulação, que tratam da atuação da Secretaria Nacional de Direito Econômico, e ainda da composição e competência do CADE. Mantém a legislação em vigor, inovando o processo de acordo com a nova estruturação dada aos órgãos.

4. *Órgãos de repressão ao abuso do poder econômico*

Algumas modificações foram introduzidas desde a edição da Medida Provisória n.º 204/90, ressaltando a exclusão do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica — DNPDE, com a Medida Provisória n.º 276. A Lei, nesse ponto, não ousou, com vistas à solução de uma série de problemas existentes com a imensa máquina administrativa. Limitou-se a adaptar a legislação em vigor à nova Constituição, mantendo o CADE como o órgão julgador de infrações tipificadas como abusivas de poder econômico. Com isso, não adentrou no cerne da questão que tem-se sustentado,

no sentido de que órgãos como a SUNAB, por exemplo, deveriam desaparecer, por inconstitucionais, melhor aparelhando-se o CADE para exercer, também, a defesa do consumidor (a defesa do *consumidor* já é tutelada com a defesa do *mercado*, o inverso é que não cabe).

É que a lei de repressão ao abuso do poder econômico deveria englobar a defesa do consumidor, já que é este, em última análise, o destinatário final do interesse jurídico tutelado pelo artigo 173, § 4.º, CF. A Lei Maior, entretanto, determinou a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor — ADCT, artigo 48 — cujo objeto é menos abrangente que o da Lei de Defesa da Concorrência, que tutela o mercado e as empresas que nele atuam.

O que se fez (inovando para pior os projetos já mencionados) foi desestruturar o CADE, mantendo-lhe a competência repressiva da Lei n.º 4.137/62 mas retirando de sua estrutura a Secretaria Administrativa, cujo papel passa a ser desempenhado pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. Em outras palavras, ao invés de se enxugar a Administração, na esteira da reforma administrativa que vem ocorrendo, deu-se personalidade a mais um órgão público.

O CADE, criado pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, com *status* de órgão autônomo, *vinculado* (e não *subordinado*) ao Ministério da Justiça e dotado de uma estrutura administrativa, perde, assim, toda a condição de independência e de adequado aparelhamento. Passa a ser mero conselho julgador, *subordinado* ao Ministro da Justiça.

Mesmo a sua função julgadora fica prejudicada, pois não interfere na fase probatória, totalmente conduzida pela SNDE. Igualmente dificultada está a sua função consultiva, prevista no artigo 10, em virtude da ausência da indispensável estrutura administrativa.

5. Composição do CADE

A Lei n.º 8.158/90, como a Lei n.º 4.137/62 e o Projeto Hélio Rosas mantêm o Conselho com cinco integrantes (o anteprojeto do Ministério da Justiça previa seis conselheiros e dois suplentes).

O Anteprojeto do Ministério da Justiça mantinha o CADE como órgão encarregado também da *fiscalização* dos abusos de poder econômico, *sem*, contudo, definir-lhe a natureza jurídica, aspecto esse que já vinha da Lei n.º 4.137/62, razão pela qual não há como fugir aos entendimentos doutrinário e jurisprudencial dominantes, segundo os quais o CADE, não tendo personalidade jurídica própria, não tem capacidade para estar em juízo, devendo ser representado perante o Poder Judiciário através da Advocacia Geral da União. Daí não ser possível admitir-se a competência

atribuída pelo art. 8.º para que o Procurador-Geral do CADE proponha ações.

Seria salutar o aumento da composição do CADE, de 5 (cinco) para 6 (seis) membros, de modo que se possibilitasse a sua divisão em Câmaras julgadoras e a atribuição de competências ao Plenário, inclusive para uniformizar os julgados.

Caberia, também, o reconhecimento de que é de importância fundamental a mesclagem na sua composição, entre juristas e economistas, já que os interesses que estão em jogo não são apenas jurídicos. Vale notar que o III Seminário sobre Abuso de Poder Econômico sugeriu, ainda, a presença de Administradores e Contadores.

Deveria se submeter à aprovação pelo Senado Federal o nome indicado pelo Presidente da República, mediante proposta do Ministro da Justiça, para a Presidência do CADE. Conferir-se-lhe-ia, assim, um respaldo e uma segurança que resultariam em total isenção no exercício das funções.

Aliás, a aprovação prévia pelo Senado Federal, antecedendo a nomeação pelo Presidente da República, deveria, da mesma forma, integrar o critério de nomeação dos demais membros (conselheiros) do CADE.

Ao contrário, a lei, pretendendo manter esvaziado o CADE, preferiu retirar toda essa isenção dos seus conselheiros, nomeados e demissíveis *ad nutum* pelo Presidente, o que pode fazer dos seus julgados um benefício ou uma perseguição, dependendo de quem seja a parte.

Melhor andaria se sugerisse a indicação dos conselheiros através de lista triplíce elaborada por um colegiado dos órgãos representantes dos sindicatos patronais — Confederação das Indústrias, do Comércio, da Agricultura e dos Transportes — que são, diretamente, as interessadas na proteção da concorrência e do livre acesso ao mercado, sujeitando-se o nome escolhido pelo Presidente da República à aprovação pelo Senado Federal.

Ou, ainda, como debatido no III Seminário sobre Abuso de Poder Econômico, por indicação dos Conselhos Federais de Advogados, Economistas, Administradores e Contadores. Mas, enfim, que houvesse um respaldo da sociedade e/ou dos técnicos e não apenas um critério político.

6. Procuradoria do CADE

A Lei n.º 8.158/91, na contramão do processo evolutivo, nada estabeleceu sobre o tema, frise-se, num firme propósito de manter o que existe (e não funciona).

O Anteprojeto do Ministro Paulo Brossard regulava a organização e a competência da Procuradoria do CADE, que seria composta por Procuradores designados mediante requisição dentre membros do Ministério Público Federal e Estadual.

Incidia, assim, em grave inconstitucionalidade por violar os princípios institucionais do Ministério Público estabelecidos no art. 127, § 1.º, CF, que são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Os cargos e a sua distribuição, bem como a criação de órgãos do Ministério Público, constituem matéria objeto de sua própria iniciativa, não podendo fazê-lo o Poder Executivo ou o Legislativo, mormente dispondo em lei federal sobre membros do MP Estadual, nem, menos ainda, sujeitar a atuação desses membros do MP a dispositivos da "Lei do CADE".

Deve haver uma Procuradoria junto ao CADE, com a finalidade de dar início ao Processo Administrativo e fiscalizar a correta aplicação da lei, mas com seus integrantes sem vinculação ao Ministério Público, instituição autônoma e indivisível. Mais conveniente e correto seria a requisição de tais Procuradores junto à Advocacia-geral da União.

Foi o que fez o Projeto Hélio Rosas, que previu, em seu art. 19, essa vinculação, apoiando, assim, nossa proposta no referido seminário.

7. *Apuração das ocorrências*

A conseqüência fundamental da bipartição do CADE não ficou no campo estrutural. Esvaziou-se a sua competência para aplicar sanções e apreciar a adequação das representações.

Compete-lhe, diretamente, instaurar o processo administrativo sem, contudo, participar de sua instrução ou do cabimento da representação.

Criou-se, assim, uma semelhança com o Processo Penal, onde há a figura do inquérito policial e a ação penal, com dois gravíssimos inconvenientes.

O inquérito policial tem um acompanhamento de sua legalidade pelo Poder Judiciário, além da adequada orientação do Ministério Público na sua intervenção.

O inquérito policial, por si só, não gera conseqüências contra a pessoa do indiciado, que só é punido após a aplicação da pena pelo Judiciário. Aqui, a SNDE pode, desde logo, aplicar sanções.

Nas propostas mencionadas, a única diferença relevante entre o Projeto Hélio Rosas e o Anteprojeto do Ministério da Justiça é que no primeiro a apresentação de representação impõe, necessariamente, uma fase de sindicância (art. 15, § 1.º), ao passo que na do MJ o Conselheiro Relator poderá dispensá-la, instaurando diretamente o processo administrativo.

A sugestão do Deputado Hélio Rosas permitia uma maior aplicação do Princípio da Moralidade Administrativa consubstanciado no art. 37, *caput*, CF, pois, apesar do delicado aspecto da sindicância processar-se sigilosamente em relação ao indiciado, impedir-se-ia que, sem a devida e precisa caracterização do fato abusivo, fosse instaurado o processo adminis-

trativo, com graves conseqüências, jurídicas, econômicas e morais contra o acusado, e, ainda, como quer a Lei n.º 8.158/91, que já se apliquem penas.

Parece que a Lei n.º 8.158/91, ao dispor em seu art. 7.º que a SNDE encaminhará o processo ao CADE para as “medidas de competência”, não retirou-lhe o poder de realizar essas “averiguações preliminares” e “sindicâncias”. Entretanto, antes mesmo dessa fase, o “pseudo-indiciado” já está sofrendo as conseqüências.

8. *Infração à ordem econômica*

A Lei n.º 8.158/91 atinge aí o auge de sua inconstitucionalidade.

Leia-se o seu artigo 1.º, *in verbis*:

“Artigo 1.º — Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça apurar e propor em medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento dos setores, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços a teor e concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.”

A partir dessa genérica (ou até inexistente!) definição de “anomalias” (oriunda do decreto criador do CIP), a lei desce a aspectos procedimentais sobre as sanções aplicáveis, a remessa do processo ao CADE, o andamento dos atuais processos, os recursos e até mandato dos Conselheiros do CADE.

A genérica tipificação das infrações (artigo 3.º), que utiliza a expressão “tais como”, é totalmente incompatível com a legislação repressiva, fere o princípio da legalidade consubstanciado no artigo 5.º, II, CF, segundo o qual:

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Vale frisar que o princípio da legalidade estrita do direito penal se aplica a toda e qualquer legislação repressiva (inclusive tributária e administrativa), não podendo ficar ao livre alvedrio da SNDE dizer o que é ou não perturbador da concorrência, utilizando-se de uma enumeração exemplificativa.

É certo que não se precisa chegar ao exagero do Anteprojeto encomendado pelo ex-Ministro Paulo Brossard, mas algum parâmetro deve existir para delimitação desses fenômenos que são econômicos e não jurídicos (o Direito Europeu, por exemplo, cuida da matéria em dois artigos do Tratado de Roma — 85 e 86).

Pune-se, até mesmo, a tentativa, não se procurando exigir a concorrência do ato-meio com o ato-fim, para obtenção de um *resultado* (artigo 3.º), o que deixa dúvida em relação ao teor do artigo 173, § 4.º, CF, que determina a repressão do *abuso* (e não da tentativa do abuso). A punição é prevista ainda que não haja intenção (artigo 22), quando o artigo 173, § 4.º, CF, utiliza-se da expressão “que vise a” em relação ao ato dito abusivo.

9. *Julgamento do processo administrativo*

Deveria prevalecer o Projeto Hélio Rosas, que previa o julgamento em duas instâncias, sendo a primeira da competência da Câmara e a segunda, em grau de recurso, do Plenário, o que encontra-se em total consonância com o que foi sustentado no item 10.1. supra.

O artigo 13 da Lei n.º 4.137/62 prevê o julgamento em única instância com execução de decisão interventiva pelo Poder Judiciário (artigo 48). Pode-se interpretar, agora, com a subordinação do CADE ao Ministro da Justiça, que, entre os recursos previstos no artigo 21, cabe recurso das decisões do CADE àquela autoridade.

Já o Anteprojeto do Ministro Brossard previa o julgamento em duas instâncias, sendo a primeira em decisão monocrática do Conselho (artigo 18, a) e a segunda pela Câmara.

Tanto o julgamento em instância única como o juízo monocrático devem ser combatidos por não refletirem a sistemática processual vigente no País e nem conferirem segurança e isenção aos julgados.

Lastimável foi que a Lei n.º 8.158/91 instituiu recurso para as decisões mas em nada inovou quanto à filosofia, permanecendo o poder monocrático e a total subordinação ao Ministro da Justiça.

10. *Cessação de compromissos*

Não prevista na Lei n.º 4.137/62 e nem na Lei n.º 8.158, de 1991, a declaração de *nolo contendere*, oriunda do direito norte-americano, foi contemplada nas duas proposições que deveriam ser apreciadas pelo Congresso Nacional, embora o trabalho do Ministério da Justiça fizesse, em seu artigo 102, § 1.º, uma importante distinção de que o compromisso, embora implique numa confissão quanto à matéria de fato, não configura reconhecimento da sua ilicitude ou tipicidade como forma de abuso de poder econômico, distinção que deve estar prevista no artigo 36 do Projeto de Lei n.º 3.845/89. O acolhimento dessa inovação em muito agilizaria o combate a eventuais abusos e evitaria arbitrariedades.

O atendimento à “recomendação” do artigo 7.º da Lei n.º 8.158/91 implica em reconhecimento de culpa, pois a “recomendação” (coercitiva) só vem após a verificação da procedência da representação.

11. Consulta

A MP n.º 204/90, tal como o Projeto Hélio Rosas não mencionou originalmente o instituto da Consulta, previsto no artigo 36 do anteprojeto do MJ. Tal instrumento salutar, que se adequa ao direito de informação contido no artigo 5.º, XXXIII, CF e está previsto em diversas leis que tratam de processos administrativos, só veio a constar da lei por emenda do Congresso (já que a última reedição da Medida Provisória n.º 204/90, que foi a de 276/90, também não cuidou do tema).

Esse, aliás, deveria ser o mecanismo adotado como substitutivo do exame e anuência *prévia* da SNDE em relação aos ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que "possam" limitar ou reduzir a concorrência. Estabelece o artigo 13 da Lei n.º 8.158, de 1991, que deu nova redação ao artigo 74 da Lei n.º 4.137/62, que tais atos somente serão considerados válidos após a apreciação da SNDE.

Criou-se, assim, uma presunção de invalidade e uma forma de intervenção na vida da empresa sem que tenha se manifestado qualquer abuso, o que parece não encontrar o amparo do artigo 173, § 4.º, CF (que autoriza a repressão quando ocorrer o abuso).

Melhor se encaixaria que, se o interessado tivesse dúvida, pedisse a instauração do processo de consulta (artigo 74, § 5.º, da Lei n.º 4.137/62, com a redação dada pelo artigo 13 da Lei n.º 8.158/91).

12. Conclusão

Como pode se verificar, a nova lei brasileira de defesa da concorrência está longe de ser um primor. Os seus próprios idealizadores reconhecem que foi um diploma elaborado às pressas, já que o Governo empossado em 15 de março de 1990 não dispunha de um Programa Antitruste.

Trata-se de absoluto reconhecimento da falta de tradição brasileira em matéria de legislação antitruste, fruto de uma atividade estatal altamente intervencionista e de uma economia totalmente regulada, que, naturalmente, impedem o desenvolvimento desse ramo do Direito.

O que aconteceu nesse círculo vicioso foi um desprestígio do CADE, que até a gestão do Dr. Werter Faria, sempre teve um corpo de conselheiros formado por políticos em fim de carreira, com baixos salários e impedimento para o exercício da advocacia, os quais eram convocados para deliberarem sobre tema bastante complexo, sem disporem, para tanto, de uma estrutura administrativa compatível. Não era nada atraente!

Tudo isso gerou uma ineficiência que agora fica eternizada com a desestruturação do CADE e criação de *mais um órgão* e *mais uma lei*, sem se definir uma filosofia para a atuação governamental (como nos EUA, onde existem as "guide lines").

É sabido que já se fala em uma revisão de toda a legislação antitruste brasileira e, para tanto, o CADE já promoveu mais um Seminário sobre o tema, onde participaram vários especialistas do exterior.

Urge, pois, que tal reformulação retome o processo de participação da sociedade, interrompido desde a adoção da Medida Provisória n.º 204/90, de modo a que a nova legislação reflita as preocupações e os anseios do mercado, facilitando, assim, a sua assimilação. O País já está farto de "leis que não pegam"!

Nessa nova fase, é fundamental que o Governo, estimulando a competitividade e a captação de novas tecnologias, exerça, adequadamente, o seu papel constitucional de *fiscalizador* da atividade econômica, dispondo de mecanismos capazes de reprimir os abusos.

É preciso que se veja que, no atual momento de recuperação da economia brasileira, com vistas à competitividade internacional, serão necessárias grandes associações e acumulação de capitais. Isso não é, por si só, um mal ou um abuso, passível de repressão ou de uma presunção de ilegalidade. Assim como não são os monopólios naturais, decorrentes do pioneirismo ou da eficiência superior. Tais situações devem ser acompanhadas de perto, mas não repudiadas, como vem se alardeando. Do contrário, o Brasil continuará à margem dos grandes investimentos. Conceitos como a *razoabilidade* da restrição (do direito americano) e da *sensibilidade da restrição no mercado* (do direito comunitário europeu) devem ser mais difundidos, para reprimir-se apenas aquilo que é lesivo ao mercado (sem protecionismos paternalistas que premiam a ineficiência).

Dai a necessidade de um órgão independente e bem aparelhado, ao invés de vários departamentos e agências sem nenhum poder e total dependência de uma autoridade central. Isso contraria os mais modernos princípios de Administração Pública, que preconizam a desconcentração e a descentralização. A existência de "câmaras setoriais de preços" é motivo de piadas no resto do mundo, pois assemelha-se à legalização dos cartéis, onde os concorrentes sentam à mesa com o Governo para combinarem os preços.

A revisão da legislação antitruste (assim como a legislação de propriedade intelectual e direito ambiental) deve passar, também, por um processo de negociações diplomáticas, com vistas a corrigir as distorções que levaram o País a ficar alheio às novas tecnologias, o que tem caracterizado, a nível internacional, um abuso de poder econômico dos Países desenvolvidos em relação aos Países em desenvolvimento.

A permanecer a atual situação de "provisoriidade", reinará a insegurança que afasta os investidores de que o País tanto precisa para retomar um nível razoável de crescimento.

A Proteção contra a Despedida Imotivada no Direito Comparado

LEONARDO GRECO

Professor Adjunto da UFRJ, Professor Titular da UGF, Doutor em Direito na USP, Advogado no Rio de Janeiro

Ao elaborar o primeiro informe preparatório da primeira discussão da Conferência Internacional do Trabalho a respeito da Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, em 1981, a Repartição Internacional do Trabalho assinalou que em grande número de países existem disposições legislativas que exigem explicitamente a justificação da despedida. Na Europa Ocidental: República Federal da Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Irlanda, Itália, Malta, Noruega, Países Baixos, Portugal, Reino Unido e Suécia. Nas Américas: Antigua, Canadá, Colômbia (em parte), Dominica, México, Panamá, Peru, Trinidad e Tobago e Venezuela.

A maior parte dessa legislação produziu-se depois da adoção pela Conferência Internacional do Trabalho, em 1963, da Recomendação n.º 119, cujo artigo 2.º, 1 estabeleceu:

“Não deveria proceder-se à terminação da relação de trabalho a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou a conduta do trabalhador ou baseada nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou do serviço.”

A mesma Recomendação também sugeriu “uma ação positiva para prevenir ou limitar o mais possível as reduções de pessoal” (art. 12), que deveriam ser sempre antecedidas de “consulta prévia com os representantes de trabalhadores” (art. 13.1).

Na Comunidade Econômica Européia os despedimentos coletivos foram regulados na Diretriz 129, de 17 de dezembro de 1975, do Conselho da Comunidade, dispendo sobre a consulta prévia aos representantes dos trabalhadores, com simultânea notificação da autoridade pública.

A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, aprovada em 1988 pelos chefes de Governo da CEE, também veio a incluir a informação, a consulta e a participação dos trabalhadores, como um direito fundamental, a ser assegurado em tempo útil, notadamente durante os procedimentos de despedimento coletivo (art. 18).

Das Conferências da OIT de 1981/1982 resultaram a Convenção n.º 158 e a Recomendação n.º 166, que substituindo a Recomendação n.º 119, dispuseram sobre a Terminação da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, propondo a todos os Estados-Membros a adoção de normas de proteção contra a despedida imotivada, nos moldes das existentes nos países europeus. A votação desses instrumentos internacionais foi a última expressão da estratégia do sindicalismo operário de tentar obter avanços sociais pela via das normas internacionais do trabalho. A proteção contra a despedida arbitrária foi então imposta aos países do Terceiro Mundo, com a complacência do próprio Grupo dos Empregadores, como um símbolo da humanização das relações do trabalho e da solidariedade que deve reger o relacionamento entre patrões e empregados. Em anos subseqüentes, a Conferência da OIT, tentando equacionar os Aspectos Sociais da Industrialização e a Política de Emprego não conseguiu formular mais do que tímidas Resoluções, mais propagandísticas do que eficazes.

Deixo de lado a Recomendação n.º 166, destinada a influir na legislação futura dos Estados-Membros, e concentro-me na Convenção n.º 158, submetida à sua ratificação.

Já no art. 2.º, § 2.º, a Convenção apenas permite a exclusão do seu regime dos trabalhadores com um contrato de duração determinada ou para a realização de determinada tarefa; dos trabalhadores em contrato de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que em um ou outro caso a duração esteja previamente estabelecida e seja razoável; dos trabalhadores contratados com caráter ocasional durante um período de curta duração.

A exclusão de outras categorias de trabalhadores em razão de condições de emprego particulares ou da dimensão ou natureza da empresa foi também admitida em caráter excepcional (art. 2.º, § 5.º), mediante severo acompanhamento dos organismos de controle da OIT (§ 6.º).

O art. 4.º, proíbe a terminação da relação de emprego por iniciativa do empregador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Os arts. 5.º e 6.º enumeram algumas causas que não podem ser consideradas justificadas, entre as quais a participação em atividades sindicais, a apresentação de queixas contra o empregador, a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a nacionalidade ou a origem social e as faltas ao trabalho por motivo de maternidade, enfermidade ou lesão.

Não deverá dar-se por terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com sua conduta ou seu rendimento antes de que se lhe ofereça a possibilidade de defender-se das acusações formuladas contra ele, a menos que não seja razoável exigir-se do empregador que lhe conceda essa possibilidade (art. 7.º).

Ao trabalhador é assegurado um recurso a um órgão imparcial (artigo 8.º), podendo considerar-se renunciado tal direito se não for exercido em prazo razoável.

O órgão imparcial deve estar habilitado a examinar as causas invocadas para justificar a despedida (art. 9.º).

O direito interno pode impor como consequência da decisão do órgão imparcial desfavorável ao empregador, seja a reintegração, seja a indenização ou outra reparação apropriada (art. 10).

O art. 11 assegura aviso prévio indenizável, salvo em caso de falta grave.

O art. 12 prevê, salvo em caso de falta grave, indenização e prestações previdenciárias contra o desemprego.

Na despedida por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos de um número ou percentagem mínimos de empregados, o empregador deverá informar e consultar previamente os representantes dos trabalhadores (art. 13). Também deverá ser previamente notificada a autoridade competente (art. 14).

Apesar do consenso em que foi votada a Convenção n.º 158 e de representar, de um modo geral, grau de avanço social já alcançado por grande número de países, é baixo o índice de ratificações desse instrumento internacional. Parece que as exigências de reconversão industrial e de flexibilização do mercado de trabalho verificadas na década seguinte, reagiram contra a ratificação da Convenção n.º 158 e que os países interessados em estimular investimentos estrangeiros e manter satisfatórios níveis de ocupação da mão-de-obra pressentiram que a Convenção criaria um desestímulo à criação de novos empregos e reduziria a capacidade de modernização empresarial.

Assim, até janeiro de 1991 somente três países da Europa Ocidental (França, Suécia e Espanha) e um do Continente Americano (Venezuela), haviam ratificado a mencionada Convenção Internacional.

Constatação importante a fazer é que as legislações nacionais européias não se encontram ainda estabilizadas a respeito do tema, tanto que em vários países, como a França, a Espanha, a Itália e Portugal, têm ocorrido sucessivas alterações legislativas em época recente, como a seguir veremos. Por outro lado, as leis que regulam a questão não têm escapado ao exame dos sistemas de controle de constitucionalidade, pois no fundo a matéria põe em confronto alguns princípios fundamentais da organização democrática contemporânea, quais sejam a livre iniciativa e a dignidade do trabalho humano como pilares das chamadas Constituições Econômicas.

No México, considerado um dos pioneiros na adoção da justificação da despedida, o empregador somente pode despedir o empregado por falta grave, submetendo o seu ato à apreciação da Junta de Conciliação e de Arbitragem. O empregador que não comunicar o despedimento à Junta de Conciliação e Arbitragem, fica sujeito à declaração judicial da nulidade do despedimento, conferindo ao trabalhador o direito aos salários vencidos

desde a data da despedida até decisão final, optando nesta data entre a reintegração ou três meses de salários como indenização. A reintegração é considerada inexecutável por sua característica de prestação de fazer, convertendo-se em perdas e danos. O trabalhador eventual, o doméstico, o titular de cargo de confiança, o que tenha menos de um ano de serviço e o que, pelas características de suas funções, esteja em contato direto e permanente com o empregador, têm a reintegração expressamente substituída por indenização correspondente a três meses de salário acrescido de vinte dias de salário por cada ano de antiguidade (MESSIAS DE CARVALHO e VITOR NUNES DE ALMEIDA, *Direito do Trabalho e Nulidade do Despedimento*, Almedina, Coimbra, 1984, pp. 123 a 127).

Na República Federal da Alemanha, a lei de proteção contra o despedimento foi promulgada em 1951, tendo sofrido sucessivas alterações em 1969, 1974 e 1976. Segundo a referida lei, todo despedimento válido há de estar socialmente justificado, o que ocorre quando se fundamenta em razões pessoais referidas ao trabalhador empregado (por exemplo, perda de sua capacidade laborativa), por razões vinculadas ao comportamento do trabalhador (por exemplo, reiterada impontualidade, furto) ou por necessidades imperiosas da empresa (por exemplo, declínio da atividade por falta de pedidos ou reestruturação tecnológica). O ônus da prova do fundamento da despedida incumbe ao empregador. O despedimento somente se considera justificado se o trabalhador não pode ser transferido para outro posto dentro da mesma seção ou da mesma empresa, se se ajusta a um critério de prioridade ajustada com o comitê de empresa e se não é possível a readaptação profissional.

A proteção contra a despedida injustificada não se aplica às empresas que ocupem cinco empregados ou menos, aos detentores de cargos de direção e representantes legais de pessoas jurídicas, aos empregados com menos de seis meses de serviço na empresa e aos despedimentos levados a cabo por causa de litígios entre empresários e trabalhadores (greve e *lock-out*).

Nas empresas com mais de 20 empregados há sempre um Comitê de Empresa que deve ser previamente ouvido sobre a proposta de despedida do empregador, podendo a ela opor-se no prazo de uma semana, valendo a omissão por concordância. O empregado despedido pode recorrer a um tribunal do trabalho no prazo máximo de três semanas. Durante a tramitação da reclamação o trabalhador pode ser ou não mantido no emprego, a critério do tribunal do trabalho. Em caso de procedência da reclamação o empregado é reintegrado no emprego com todos os direitos. Se apesar da procedência da reclamação o tribunal entender ter desaparecido o espírito de cooperação entre empresário e empregado, poderá substituir a reintegração por indenização não excedente de 12 vezes os ganhos mensais do trabalhador, que pode ser elevada até 18 vezes se o trabalhador tem mais de 55 anos de idade e 20 de serviço à empresa. Esses limites são máximos, mas os Tribunais alemães em geral arbitram a indenização à razão de um mês de salários por cada dois anos de antiguidade.

O Comitê de Empresa somente pode opor-se à despedida fundamentadamente. Se a despedida for socialmente justificada, ainda que em motivos econômicos, nenhuma indenização será devida pelo empregador ao trabalhador.

Nas empresas com mais de 20 trabalhadores há normas especiais sobre os despedimentos coletivos. Considera-se coletiva a despedida quando no prazo de um mês, devido a mudança dentro da empresa, o empregador promove despedimentos nas cifras mínimas seguintes: 6 despedimentos se o número de empregados é superior a 20 e inferior a 60; 10% dos trabalhadores se o número de empregados é igual ou superior a 60 até 250 empregados; 26 despedimentos se o número de empregados é superior a 250 e inferior a 500 empregados; 30 despedimentos se o número de empregados é igual ou superior a 500 empregados. A despedida coletiva deve ser comunicada com antecedência à agência governamental de emprego, com o parecer do Comitê de Empresa. A falta de comunicação prévia regular à agência oficial obriga o empregador a indenizar a esta agência dos gastos com a reconversão profissional dos despedidos. A despedida coletiva somente se torna efetiva um mês após a comunicação à agência oficial de emprego, podendo esta prorrogar este prazo para dois meses.

Complementando essa legislação, há na Alemanha inúmeros acordos ou convenções coletivas disciplinando as despedidas por motivos econômicos, dando maior proteção aos trabalhadores mais idosos ou com mais tempo de serviço e estipulando indenizações (MESSIAS DE CARVALHO e VITOR NUNES DE ALMEIDA, obra citada, pp., 146 a 159; GERHARD BOSCH, "Protección contra el despido y práctica del mismo en la República Federal de Alemania", in *Lecturas sobre el mercado de trabajo en la RFA*, vol. 2, Madrid, 1988, pp. 243/277).

Na França a justificação do despedimento passou a ser exigida a partir da Lei n.º 680, de 13 de julho de 1973, tendo a matéria sofrido alterações legislativas substanciais em 1982, 1986 e 1989. O despedimento individual por motivo pessoal deve basear-se numa causa real e séria (art. L, 122-14-3 do Código do Trabalho), conceito cujo conteúdo tem sido definido pela jurisprudência, especialmente da Corte de Cassação. Tal regime é aplicável às empresas de onze ou mais trabalhadores e aos trabalhadores com pelo menos um ano de tempo de serviço. O empregador deve chamar o trabalhador para uma entrevista prévia, a motivação deve ser comunicada ao trabalhador. Nas empresas de mais de cinquenta empregados, deve ser ouvido o Comitê de Empresa. O tribunal do trabalho (*Conseil des Prud' hommes*) pode ser acionado para apreciar a validade e a procedência da despedida. Em geral o Judiciário despreza os vícios formais do despedimento se a causa do ato demissório é considerada real e séria. A Corte de Cassação não permite em nenhuma hipótese liminares que impliquem em readmissão provisória, no curso da reclamação. Em caso de nulidade formal ou improcedência da motivação, a reintegração depende da concordância de ambas as partes, não podendo ser imposta pelo Judi-

ciário. Em caso de recusa do empregador, converte-se em indenização mínima de seis meses de salário.

A Lei n.º 5, de 3 de janeiro de 1975, regulou os despedimentos por motivos econômicos, abrangendo os individuais e os coletivos. Além das formalidades preparatórias semelhantes às da despedida por motivos pessoais, a despedida coletiva, assim considerada a de pelo menos dez empregados num período de um mês, passou a depender de autorização da autoridade administrativa, que vigorou na França até 1986, quando foi substituída por simples notificação à autoridade administrativa. Um tribunal do trabalho pode apreciar a validade da despedida e a procedência do motivo invocado. Em caso de despedida ilegal ou cujo fundamento não tenha sido considerado procedente, o trabalhador tem direito a perdas e danos. Em caso de procedência da motivação, tem o trabalhador prioridade na readmissão durante um ano, desde que manifeste esta intenção no prazo de dois meses do despedimento (MESSIAS DE CARVALHO e VITOR NUNES DE ALMEIDA, ob. cit., pp. 159/169; G.H. CAMERLYNCK, GÉRARD LYON-CAEN e JEAN PÉLISSIER, *Droit du Travail*, Dalloz, Paris, 1986; *Code du Travail*, Dalloz, Paris, 49.ª ed., 1987; *Journal Officiel de la République Française*, 8-8-89, pp. 9954/9959).

Na linha da Recomendação n.º 119, da OIT, o sindicalismo italiano obteve inicialmente o reconhecimento do direito à justificação da despedida através de acordos interconfederais. A primeira regulação legislativa da matéria foi adotada pela Lei n.º 604, de 15 de julho de 1966, que criou o despedimento justificado ao lado da justa causa. Da justificação do despedimento ficaram excluídos os empregadores que empregassem até 35 dependentes, os trabalhadores com direito a pensão por velhice ou que tivessem atingido 65 anos, os dirigentes e ocupantes de cargos de confiança, o que mereceu a observação de GIULIANO MAZZONI de que mais da metade dos trabalhadores italianos não encontravam amparo no regime da nova lei (v. MESSIAS DE CARVALHO e VITOR NUNES DE ALMEIDA, ob. cit., p. 133). A Corte Constitucional italiana repeliu a inconstitucionalidade dessas exclusões pela sentença n.º 91, de 14 de abril de 1969. A justa causa passou a englobar, a critério da jurisprudência, qualquer inadimplemento de obrigações contratuais, por culpa do trabalhador. Já o motivo justificado é a causa objetiva, que independe da culpa do empregado, necessária à sobrevivência ou ao progresso da empresa, por razões inerentes à atividade produtiva, à organização do trabalho e ao regular funcionamento da empresa (Lei n.º 604, art. 3.º). O empregador é obrigado a comunicar por escrito ao empregado o motivo do despedimento. Nulos são os despedimentos por motivos políticos, religiosos ou sindicais. A queixa contra o despedimento prescreve em 60 dias. A justiça não pode forçar o empregador a readmitir o empregado, mesmo em caso de despedimento injustificado ou nulo, cabendo indenização de 5 a 12 salários, redutível à metade em caso de empresa de menos de sessenta trabalhadores e elevável até 14 salários se o empregado tiver mais de 20 anos de serviço.

Os despedimentos coletivos ficaram excluídos do regime da lei, devendo resolver-se através de negociação direta entre o empregador e o sindicato de trabalhadores, que recorre à greve e a outros meios de pressão, em caso de fracasso, das negociações. Há convenções coletivas sobre a matéria.

A Lei n.º 300, de 30 de maio de 1970 (*Statuto dei Lavoratori*), introduziu importante inovação no direito italiano ao exigir reintegração, ou pelo menos pagamento integral dos salários desde o desligamento do empregado, em caso de despedimento nulo ou injustificado. Essa regra mais rígida passou a aplicar-se (art. 18) "ai datori di lavori imprenditori e no imprenditori, che nell'ambito dello stesso comune occupano pi di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano pi di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze pi di sessanta prestatori di lavoro" (Lei n.º 300, art. 18, com a redação da Lei n.º 108, de 11 de maio de 1990). Portanto, coexistem na Itália três regimes: o mais rígido, para empregadores com mais de 60 empregados ou com pelo menos 5 ou 15 empregados na comuna, com reintegração compulsória (reparação real); o indenizatório para as demais empresas com pelo menos 35 empregados; e a desnecessidade de motivação do despedimento em inúmeras hipóteses já mencionadas (v. *Lavoro e Previdenza Oggi*, anno XVII, n. 7, julho/1990, Giuffrè, Milano, pp. 1353 a 1361; GIUSEPPE PERA, "La Nuova Disciplina dei Licenziamenti Individuali", in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, anno IX, n.º 3, julho a setembro de 1990, Giuffrè, Milano, pp. 251 a 263).

Essa última lei, ampliando ligeiramente o princípio da reparação real através da reintegração, estendeu a proibição do despedimento discriminatório aos dirigentes (art. 3). Pela primeira vez deu tratamento especial aos empregados das chamadas "empresas de tendência", que desenvolvem atividade política, sindical, cultural, de instrução, religiosa ou de culto (art. 4.º, 1), excluindo-os do regime da justificação do despedimento. Reduziu de 65 para 60 anos o limite de idade a partir do qual pode o idoso ser despedido livremente, se em condições de gozar benefício previdenciário. Instituiu a tentativa prévia de conciliação obrigatória, antes do ingresso em juízo.

Na Espanha o Estatuto dos Trabalhadores (Lei n.º 8, de 10 de março de 1980) exige a motivação do despedimento, subdividindo-o em três espécies: a) força maior ou causas tecnológicas ou econômicas; b) causas objetivas; c) despedimento disciplinar. A força maior, os motivos tecnológicos ou econômicos exigem prévia autorização da autoridade competente e redundam, em caso de reconhecimento, em indenização de 20 dias de salário por ano de serviço (art. 51 do Estatuto dos Trabalhadores). As causas objetivas são a inaptidão do empregado ao trabalho, sua inadaptação às mudanças técnicas e exigem prévia notificação fundamentada ao trabalhador e indenização também de 20 dias de salário por ano de

serviço. O despedimento disciplinar, igualmente notificado previamente ao trabalhador, não dá direito a qualquer indenização (arts. 2 a 55). Qualquer despedimento pode ser impugnado judicialmente, caducando a ação em 20 dias (art. 59.3). A Justiça pode declarar a despedida procedente, improcedente ou nula. Se procedente, consumir-se-ão os seus efeitos, nada mais tendo o empregado a receber. Se nula, o empregado será reintegrado. Se improcedente, caberá ao empregador optar entre a reintegração e a indenização à base de 45 dias de salário por ano de serviço, mais os salários desde a despedida até a sentença ou até que o empregado tenha encontrado outro emprego, se esse fato ocorreu antes da sentença (arts. 55 e 56).

O Real Decreto Legislativo n.º 521, de 27 de abril de 1990, que aprovou a nova lei de procedimento laboral, exigiu que a reclamação judicial seja antecedida de conciliação prévia *Boletín de Actualidad Laboral*, OIT, 1990, n.º 3, pp. 350 a 353).

Em Portugal, desde a Revolução dos Cravos, frequentes têm sido as alterações legislativas em matéria de justificação dos despedimentos, princípio adotado a partir do Decreto-Lei n.º 372-A, de 16 de junho de 1975. No próprio Governo do Primeiro-Ministro Cavaco Silva duas leis regularam integralmente a matéria, tendo sido a primeira profundamente rechaçada pela Decisão n.º 107, de 31 de maio de 1988, do Tribunal Constitucional.

A Constituição Portuguesa, de 2 de abril de 1976, com a redação que lhe deram a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, e a Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, dispõe em seu artigo 53 que "é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos".

A matéria hoje está regulada no Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 fevereiro. No artigo 9.º, esse diploma faculta o despedimento por iniciativa do empregador em razão de culposo comportamento do trabalhador que, pela sua gravidade e conseqüências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho. É o conceito de justa causa, de que o parágrafo 2.º do mesmo artigo enumera vários exemplos em treze alíneas.

O artigo 10, tratando das formalidades da despedida por justa causa, prevê, entre outras exigências, notificação do empregado e da Comissão de Trabalhadores, instrução prévia dentro da empresa, colhendo-se as provas requeridas pelo acusado, e opinamento conclusivo da Comissão de Trabalhadores. O despedimento pode ser declarado nulo ou improcedente por decisão judicial que implicará em pagamento dos salários desde a despedida até a sentença e reintegração do trabalhador, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade.

A reintegração somente pode ser substituída por indenização por livre opção do próprio empregado (art. 13.3). No prazo de cinco dias da ciência da demissão, o trabalhador pode requerer a suspensão judicial do despedimento em caráter cautelar (art. 14).

Nas pequenas empresas dispensam-se várias formalidades para a justificação do despedimento (art. 15).

Outro fundamento da despedida prevista na lei é a extinção de postos de trabalho por causas objetivas de ordem estrutural, tecnológica ou conjuntural relativas à empresa (arts. 16 e ss.).

Essa outra modalidade de despedimento pode ser coletivo ou individual. No Direito Português o despedimento coletivo tem abrangência bastante mais ampla do que em outros países. Basta em três meses a despedida de apenas dois empregados numa empresa de até 50 trabalhadores, ou de cinco empregados numa empresa de mais de 50 trabalhadores, para caracterizar o despedimento coletivo. A decisão da empresa deve ser comunicada à comissão de trabalhadores ou às respectivas organizações, travando-se negociação prévia antes da consumação dos despedimentos, com a participação do Ministério do Emprego, almejando alcançar um acordo. Fracassada a negociação, o empregador comunica a cada trabalhador o despedimento, com menção expressa do motivo e da data da cessação do respectivo contrato, tendo o trabalhador nesse caso direito a uma indenização compensatória à base de um mês de salário por ano de serviço, cujo recebimento implica em aceitação do despedimento (art. 23).

Tal como no despedimento por justa causa, o empregado pode requerer em cinco dias a suspensão judicial cautelar da medida. A declaração judicial da nulidade ou improcedência do despedimento acarreta pagamento dos salários até a sentença e reintegração. A impugnação judicial deve ser proposta no prazo máximo de 90 dias (art. 25).

A extinção de postos de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais também pode ensejar despedimento individual, desde que não abrangido nas hipóteses de justa causa e de despedimento coletivo, com formalidades e efeitos bastante análogos aos deste último.

Para finalizar esta resenha, cumpre mencionar que no Japão não há restrição legal ao direito do empregador de demitir seu empregado, embora os laços morais e sentimentais entre o trabalhador e a empresa resultem numa estabilidade de fato muito maior do que nos países ocidentais. É o chamado sistema de emprego por toda a vida, no qual o trabalhador, por sucessivas readaptações profissionais, serve ao mesmo empregador durante toda a sua vida (v. KATSUMI YAKABE, *Relações trabalhistas no Japão*, Rio de Janeiro, 1976). E nos Estados Unidos da América não há legislação exigindo a justificação do despedimento, matéria freqüentemente regulada através da negociação coletiva (Conferência Internacional do Trabalho, 1981, *Informe VII* (1), p. 13).

O exame da legislação comparada sugere algumas lições que poderão ser úteis na discussão que hoje se trava no Brasil a respeito da elaboração da lei complementar que poderá vir a regulamentar o artigo 7.º, inciso I, da Constituição.

A primeira dessas observações é a de que mesmo em países que ratificaram a Convenção n.º 158, como a França, ou que incluíram na Consti-

tuição o direito à segurança no emprego, como Portugal, são bastante numerosos os trabalhadores excluídos dos sistema de proteção contra o despedimento injustificado ou em razão do porte da empresa, ou de contratos a termo, ou em razão da idade, ou em razão do exercício de atividades sazonais ou de cargos de confiança etc. Aliás, tais exclusões são expressamente admitidas no art. 2.º da Convenção n.º 158, conforme foi acima assinalado.

Em Portugal, o mesmo Decreto-Lei n.º 64-A/89 regula a partir do seu artigo 41 os chamados "contratos a termo", entre os quais inclui: a substituição temporária de trabalhador, o acréscimo temporário ou excepcional da atividade da empresa, atividades sazonais, execução de tarefa ocasional ou serviço determinado, lançamento de uma nova atividade ou início de laboração de empresa ou estabelecimento, construção civil e atividades análogas, desenvolvimento de projetos, contratação de trabalhadores à procura de primeiro emprego ou de desempregados de longa duração.

Segundo BOSCH (ob. cit., p. 274), somente a exclusão dos trabalhadores de empresas com menos de 20 empregados representa na Alemanha cerca de 25% de toda a mão-de-obra ocupada.

Essa disparidade de proteção legal chegou a ser questionada perante a Corte Constitucional da Itália, que repeliu fosse a mesma afrontosa do princípio da isonomia, conforme já mencionado, tendo em vista as diferenças de poder econômico e de condições de sobrevivência existentes nos diversos tipos de empresas.

Outra observação importante é a de que todos os sistemas de proteção procuram envolver os representantes dos trabalhadores ou os Comitês de Empresa na decisão sobre o despedimento, obrigando os próprios trabalhadores a opinarem sobre a falta disciplinar do colega ou sobre a procedência do motivo pessoal ou econômico alegado pelo empregador.

Louvando-se numa pesquisa de 1978, o próprio BOSCH refere que na Alemanha somente em 20% dos casos os comitês de empresa se opõem aos despedimentos. Na maior parte das vezes os aprovam ou autorizam com seu silêncio. "Suele haber una grande disposición a admitir la razón alegada por la dirección" (ob. cit., p. 254).

É freqüente, também, submeter a impugnação judicial do despedimento à prévia e obrigatória tentativa de conciliação, judicial ou extrajudicial.

Outra observação importante a extrair da resenha legislativa é a de que mesmo em países pioneiros na regulamentação da matéria e com organizações sindicais muito fortes, como na Alemanha e na Itália, em geral a falta de motivação ou a nulidade do despedimento não redundam em reintegração, mas em indenização. É claro que há casos especiais de reintegração compulsória, como a de dirigentes sindicais, gestantes, ou de garantias de emprego instituídas em convenções coletivas ou em regulamentos empresariais, mas a regra é a preservação da liberdade de contra-

tar por parte do empregador. Na Itália, a reintegração somente é imposta a médias e grandes empresas. Nesse panorama, Portugal é uma exceção.

Uma constante em todas as legislações examinadas é a brevidade do prazo para impugnação judicial do despedimento: três semanas na Alemanha, 60 dias na Itália, 90 dias em Portugal, pois o empregador não pode ficar por longo tempo sob a ameaça de uma reclamação contra a ruptura do contrato laboral.

O despedimento coletivo também não é acolhido em todas as legislações e, onde existe, em geral está relacionado a motivos econômicos e à demissão de um número mínimo de empregados num determinado prazo. Somente na Espanha o despedimento por motivo econômico ou tecnológico depende de autorização administrativa (na França essa autorização foi dispensada em 1986), mas a inobservância dessa exigência redundava em indenização, não em reintegração.

Outra conclusão extraída do exame dos sistemas brevemente resumidos no presente estudo é a de que a proteção contra a despedida imotivada tem-se desenvolvido com mais eficácia através da negociação coletiva do que propriamente através da ação do legislador. Na verdade a proteção legal nunca pode atender a todas as circunstâncias concretas que afetam o exercício do poder gerencial do empregador, nem guardar a necessária flexibilidade para não entrar em choque com uma sábia política de promoção do emprego dentro de uma economia em constantes e velozes transformações.

Por isso, países com elevado grau de desenvolvimento econômico como os Estados Unidos e o Japão não possuem qualquer tipo de proteção legal contra a despedida imotivada.

Aliás, no seio da própria OIT, a Comissão das Indústrias Têxteis, reunida em 1984, aprovou conclusões sobre a segurança no emprego, afirmando que os trabalhadores e os empregadores têm o mesmo interesse de melhorar a produtividade das empresas, devendo manter diálogo para assegurar o melhor nível de emprego necessário à manutenção da eficácia da empresa. ("Normes internationales et principes généraux en matiere de relations professionnelles, 1989", BIT, Geneve, 1991, p. 165).

No Brasil, após o regime da estabilidade absoluta para o trabalhador com mais de dez anos de serviço, previsto na CLT, e da sua substituição pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço que veio a permitir a despedida imotivada, com o único encargo do levantamento dos depósitos do FGTS com o acréscimo do percentual de 10% (Lei n.º 5.107/66, art. 6.º) por conta do empregador, a nova Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, em seu artigo 7.º, inciso I, incluiu entre os direitos dos trabalhadores a "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

Postergada a entrada em vigor desse preceito constitucional pelo artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que fosse

elaborada a lei complementar prevista no artigo 7.º, inciso I, inúmeras proposições legislativas têm sido oferecidas no Congresso Nacional, para regulamentação desse novo direito dos trabalhadores.

Entretanto, tudo que foi exposto conduz à conclusão de que qualquer regulamentação por lei complementar do preceito inscrito no artigo 7.º, inciso I, da Constituição de 5 de outubro de 1988 deverá considerar diversas condições, que são levadas em conta pelas legislações examinadas e que não se resumem apenas a uma definição dos motivos do despedimento e da sanção de reintegração para o descumprimento da lei.

Entre essas condições sobressaem, a meu juízo:

a) a necessidade de excluir dessa proteção especial grande parte das empresas brasileiras, que em razão do seu porte ou do tipo de atividade, necessitam de grande flexibilidade na movimentação do pessoal ocupado e daquelas que, ocupando mão-de-obra sem qualificação, sentir-se-iam desestimuladas de admitir novos empregados, agravando a crise social que assola o País;

b) a necessidade de restringir os casos em que a despedida imotivada ou ilícita redunde em reintegração, para não enfraquecer o poder gerencial do empregador, não desestimulá-lo no exercício de sua atividade produtiva e não obrigá-lo a conviver com empregados com os quais esteja incompatibilizado;

c) a superação do óbice constitucional, do prazo prescricional de 2 anos (Constituição, art. 7.º, inciso XXIX), excessivamente longo para impugnação do despedimento nulo ou improcedente;

d) a previsão de mecanismos de participação dos representantes dos empregados no processo de dispensa;

e) em qualquer caso, é fundamental evitar que a rigidez na relação de emprego possa dificultar que as empresas superem situações de crise ou que se modernizem para enfrentar as exigências da competitividade nos mercados nacional e internacional;

f) a segurança ou estabilidade no emprego não pode dificultar a geração de empregos e o acesso ao mercado de trabalho pelos jovens e por todos aqueles que se encontram excluídos do setor estruturado;

g) a estabilidade no emprego não é essencial à melhoria das condições de vida dos trabalhadores, mas pode ser prejudicial a esse objetivo se constituir um desestímulo aos investimentos empresariais e à modernização das empresas;

h) a negociação coletiva pode ser uma fonte de estabilidade no emprego mais adequada, mais eficaz e mais flexível do que a lei, tanto para trabalhadores quanto para empregadores, ainda mais se os parceiros sociais e suas organizações conseguirem estruturar comissões paritárias ou instituir mecanismos de arbitragem confiáveis para resolver extrajudicialmente as controvérsias decorrentes dos despedimentos.

O Juiz e os Valores Dominantes

Ministro SYDNEY SANCHES

Presidente do Supremo Tribunal Federal

O primeiro tema que me foi proposto para a exposição, *O Juiz e os Valores Dominantes*, já suscita algumas questões.

Que são valores dominantes? A moral? A ética? A verdade? A justiça? A caridade? O trabalho? A busca de conhecimento e de perfeição?

Sem dúvida todos são valores sempre dominantes.

Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu, são lemas do direito e da justiça. E têm muito a ver com a moral, com a ética, com a verdade.

O trabalho e a busca do saber e do aperfeiçoamento são o instrumento e o meio, pelos quais se pode chegar à prática desses valores.

O direito positivo e a moral nem sempre caminham juntos. As vezes se afastam muito. O direito, porém, não deve ser interpretado imoralmente.

Ao interpretá-lo, deve o juiz entender a moral da época em que foi elaborado e aquela em que deverá aplicá-lo, à busca de solução que se mostre compatível com as novas circunstâncias, sem refugir à inspiração da norma que interpreta.

Bom caminho para o juiz é o do culto profundo do direito, o aprimoramento do senso de imparcialidade, de responsabilidade e de justiça, a preocupação com os direitos e faculdades, deveres e obrigações das partes em conflito e com a solução adequada das lides. Tudo sem menosprezo ao interesse público e à necessidade de paz social.

Num país de enormes conflitos sociais, políticos, jurídicos, econômicos e morais, como é o Brasil, ganha enorme relevo o poder daquele a quem se confere, em nome da Nação, a missão de dirimi-los. Cresce,

Exposição feita pelo Ministro SYDNEY SANCHES, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no I Curso de Deontologia do Magistrado, promovido pela Escola Paulista da Magistratura, no dia 7 de junho de 1991, em São Paulo.

em proporção geométrica, sua responsabilidade, para evitar que, mediante decisões temerárias, arbitrárias e injustas, ao invés de dirimi-los, os amplie ou perpetue.

O juiz deve ser estudioso dos autos e do Direito, trabalhador infatigável, corajoso, independente, enérgico, quando necessário, mas também prudente, sereno, equilibrado. O juiz tem um poder tão grande, dentro de limites constitucionais e legais, que deve cuidar sempre e sempre de não incidir em abuso.

A independência do juiz mede-se pelo perfeito ajustamento entre as soluções que encontra, as decisões que profere e os ditames de sua consciência jurídica.

A consciência jurídica de cada juiz depende de sua formação técnica e filosófica, no sentido mais amplo, abrangendo-lhe a cultura jurídica, a visão política, econômica, social, moral e, até, eventualmente religiosa (se professar religião).

E como essa formação se dá com enorme diversidade entre as pessoas, oriundas das mais distintas classes econômicas e sociais, é inevitável que, mesmo juízes independentes, isto é, que só decidem de acordo com sua consciência jurídica, cheguem, apesar disso, a conclusões parcial ou totalmente divergentes.

Isso também explica por que juízes da mesma comarca, do mesmo Estado, da mesma região, encontram soluções nem sempre convergentes para as mesmas questões.

Isso igualmente explica as discrepâncias nos órgãos colegiados de jurisdição ordinária ou extraordinária.

Mas a constatação leva também à necessidade de cultivar o respeito pelo entendimento alheio, sempre que ditado pela consciência jurídica.

Não deve o juiz ceder à tentação de proferir decisões simpáticas, só por serem simpáticas, se não forem justas. Não deve ceder à tentação de ganhar notoriedade, à custa de decisões temerárias, arbitrárias e injustas. Ou apenas para suscitar polêmica e obter destaque pessoal. Mas também não deve se intimidar diante da possibilidade de decisões que, tomadas de acordo com sua consciência jurídica, possam repercutir negativamente na chamada "opinião pública". Até porque nem sempre ela se forma pelo caminho da verdade, mas, freqüentemente, da versão, mediante deturpação de fatos, desinformação e manipulação maliciosa e interesseira de dados reais. E até de informes irrealis. A isenção do juiz, em face das partes e dos interesses em jogo, quando voltada para o estudo cuidadoso dos autos e do direito, é indispensável ao encontro de soluções corretas. E a tudo se soma o senso do justo. Quando a lei não favorece uma interpretação justa para o caso concreto, busque o juiz interpretá-la com justiça. Não lhe é dado, porém, recusar-lhe aplicação, como revogador de lei. Ou como legislador.

A 2.ª parte da exposição concerne ao *desempenho da função jurisdicional em face dos anseios sociais por justiça*.

Aqui não devemos ficar apenas no enfoque do posicionamento técnico e filosófico do juiz.

É preciso descer também ao exame de sua conduta funcional e pessoal.

Essa colocação põe em evidência a necessidade do exame dos deveres dos magistrados.

Como sabem os Senhores, o Supremo Tribunal Federal está concluindo o exame de um esboço de anteprojeto do Estatuto da Magistratura Nacional, a ser enviado brevemente ao Congresso Nacional.

Nele, até aqui, foram arrolados como deveres dos magistrados:

I — manter conduta irrepreensível na vida pública e particular;

II — zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função;

III — praticar os atos de ofício, cumprir e fazer cumprir as disposições legais, com independência, serenidade e exatidão;

IV — comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente, audiência ou sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

V — não exceder, sem justo motivo, os prazos para decidir ou despachar;

VI — *determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;*

VII — não manifestar opinião, por qualquer meio de comunicação, sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou decisões de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério;

VIII — *exercer permanente fiscalização sobre os servidores subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas, emolumentos e despesas processuais, mesmo que não haja reclamação dos interessados;*

IX — tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência, que reclame e possibilite solução de urgência;

X — residir na sede de sua jurisdição.

Aos desavisados e principalmente aos não vocacionados, pode parecer que se pretende impor um regime colegial ou até militar.

Na verdade, o que se pretende é a formação de juizes (homens e mulheres), em cujo exemplo a sociedade, a que servem, deve se mirar. E do qual pode se orgulhar.

Precisa o juiz manter conduta irrepreensível na vida pública e particular, para que possa ter condições de julgar as partes e seus conflitos, sem constrangimentos pessoais, com sentimentos limpos e avaliações seguras.

Deve o juiz zelar pelo prestígio da Justiça e pela dignidade de sua função, não para ostentar força e posição social, mas para mostrar que a Justiça é instituição séria e que merece respeito e confiança.

Deve o juiz praticar os atos de ofício, cumprir e fazer cumprir as disposições legais, com independência, serenidade e exatidão, porque só assim terá autoridade para exigir que todos o façam.

Deve comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente, audiência ou sessão, e não se ausentar injustificadamente de seu término, não para parecer um burocrata disciplinado, mas, sim, uma autoridade, que cumpre seus deveres e por isso exerce seus poderes. Para que seus subordinados não se valham de seu mau exemplo e se animem a insubordinações, que tenham, por isso mesmo, de ser toleradas.

Sem justo motivo, não deve exceder os prazos para decidir ou despachar. Como se sabe, nem sempre é possível cumprir os prazos, diante do volume de processos e de responsabilidades concomitantes. Mas sempre se há de poder demonstrar a existência de justo motivo para eventual retardo.

Para que os atos processuais se realizem nos prazos legais, deve o juiz determinar providências necessárias, sobretudo preventivas. E quando, justificáveis, também repressivas.

O juiz não opina. Decide. E só decide causas que lhe estejam afetas, na oportunidade própria e nos autos. Não antecipa seus pontos de vista nem faz pré-julgamentos. Não se manifesta sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem. Não emite juízo depreciativo sobre votos ou decisões de órgãos judiciais.

Apenas se lhe ressalva a possibilidade de crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Tudo isso se justifica: a instituição, para ser respeitada, precisa estar composta por pessoas que se respeitam.

E o direito à crítica, apesar disso, subsiste nos limites e circunstâncias já referidos.

Exercer permanente fiscalização sobre os servidores subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas, emolumentos e despesas processuais, mesmo que não haja reclamação dos interessados.

Isso para que, com sua missão ou negligência, não acabe o juiz contribuindo para os abusos e para a corrupção.

Tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça,

enfim, todas as pessoas que o procurem, é dever funcional do juiz, ditado pelas regras de educação e de convivência humana.

Atender aos que o procurem, a qualquer momento, quando se trate de providência, que reclame e possibilite solução de urgência, nos limites de sua competência, é dever que, ao invés de aviltar, enobrece a função do juiz e que alcança enorme repercussão na verdadeira opinião pública. Naturalmente também saberá avaliar quando está sendo molestado ou procurado desnecessária ou abusivamente.

Residir na sede de sua jurisdição é dever que se justifica, pela necessidade da presença permanente do magistrado no local do exercício da função.

Quando não for possível a residência, por razões justificáveis e compreensíveis, devem estas ser submetidas ao órgão judiciário competente.

O esboço ainda estabelece, para o juiz, o dever de remeter, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente, informação sobre os feitos distribuídos, julgados ou em andamento, no mês anterior.

E veda ao magistrado:

I — exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II — receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III — exercer atividade político-partidária;

IV — exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista;

V — exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe de magistrados e sem remuneração.

Não se incluem, entre as vedações referidas em alguns desses itens, as atividades exercidas em curso ou escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados, criados ou reconhecidos pelo Poder Judiciário.

Permite-se ao magistrado o exercício de um cargo ou função de magistério, porque isso propicia a atualização e aperfeiçoamento de seus conhecimentos, no interesse de bom exercício da missão de julgar. E não mais que um cargo, para que não se exceda em aulas e descure dos deveres de juiz.

Repugna à Constituição tolerar que o juiz, a qualquer título ou pretexto, receba custas ou participação em processo.

A tolerância, como é óbvio, poderia incentivá-lo a interesses menos nobres, com a procriação de feitos, seu retardamento e encarecimento.

A militância na política partidária retiraria do juiz a indispensável imparcialidade e impregnaria seus atos de suspeição. Sobretudo durante processos eleitorais.

Praticar o comércio ou participar de sociedade comercial é algo que se não deve permitir ao juiz, para que não desvie suas atenções e não passe a competir com setores cujos interesses ele próprio tem de julgar com isenção.

Tolera-se, porém, que figure como acionista ou cotista de sociedade de economia mista, ficando, porém, impedido de atuar em causas de seu interesse.

A proibição de exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, também busca evitar que o magistrado diversifique demais seu campo de atuação, descuidando do que lhe é próprio.

Permite-se, porém, a direção de associação de classe, porque não é atividade desprimorosa e, bem exercida, pode trazer proveito à instituição, que não se inspira em interesses pessoais e fisiológicos, mas no idealismo dos homens de bem. Não pode, porém, tal atividade ser remunerada, pois, então, a nobreza da atuação poderia ser ao menos questionada.

E as vedações, contidas em alguns desses pontos, não se aplicam às hipóteses em que as atividades do juiz são exercidas em curso ou escola de formação e aperfeiçoamento de magistrados, criados ou reconhecidos pelo Poder Judiciário, porque tal atividade, quando criteriosamente exercida, favorece sua cultura e a própria instituição.

Como é sabido, o futuro Estatuto da Magistratura Nacional apenas fixará normas relativas à organização e funcionamento do Poder Judiciário e ao regime jurídico da magistratura nacional, observados os princípios da Constituição Federal.

Mas as leis de organização judiciária, desde que respeitem a Constituição e o Estatuto Nacional, poderão impor outros deveres aos magistrados, segundo as peculiaridades locais, sem lhes afetar as garantias, prerrogativas e direitos, como é óbvio.

O esboço, como cuidou de deveres de magistrados, precisou cuidar também de sua responsabilidade disciplinar, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal.

E naturalmente teve de regular também as penas disciplinares.

Estabeleceu que a atividade censória dos Tribunais e seus órgãos disciplinares será exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado, a este sempre assegurada ampla defesa.

Esclareceu ainda: salvo os casos de grave incontinência de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

Quanto a esse ponto, devo destacar que o juiz, mesmo quando provocado por incontinência de linguagem de uma das partes ou de seus representantes, deve manter linguagem adequada à seriedade do processo e da Justiça, ainda que intimamente se sinta tentado a expressões de desabafo e de revolta.

Sem prejuízo, é claro, de eventual exercício do direito de provocar a instauração de processo, por crime de injúria, calúnia ou difamação, quando for o caso.

Teve o esboço de cuidar, também, das penas disciplinares, quais sejam a de advertência, censura, disponibilidade e demissão. As penas de advertência e censura aplicáveis a qualquer magistrado, a de disponibilidade exclusivamente a juiz vitalício e a de demissão apenas a juiz não vitalício.

As penas de advertência, censura e demissão somente imponíveis pelo voto da maioria absoluta do respectivo Tribunal e a de disponibilidade, por voto de dois terços, assegurada, em qualquer caso, ampla defesa.

A de advertência aplicável reservadamente, por escrito, em caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Prevê-se, ainda, que, na hipótese de disponibilidade punitiva, o Tribunal, a requerimento do interessado, passados cinco anos do termo inicial, examinará a ocorrência, ou não, de cessação do motivo de interesse público, que a determinou.

A pena de censura é de se aplicar, reservadamente, por escrito, em caso de reiterado descumprimento dos deveres do magistrado, se a infração não justificar pena mais grave.

Estatui-se, ainda, que o juiz punido com censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena.

A pena de demissão, a juiz não vitalício, é prevista para as seguintes hipóteses:

I — negligência contumaz no cumprimento dos deveres do cargo;

II — procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

III — escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou procedimento funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário;

IV — prática de atos vedados pelo estatuto.

Já o magistrado vitalício, segundo o esboço, só perderá o cargo, em virtude de sentença judicial transitada em julgado:

I — em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;

II — em ação cível para a perda do cargo, nas hipóteses de exercício de atividades vedadas pelo esboço de anteprojeto de estatuto.

Estuda-se, ainda, no Supremo Tribunal Federal, a questão relativa à legitimação ativa para a ação cível de perda do cargo de juiz vitalício e sobre órgão judiciário competente para seu processo e julgamento.

Todas essas considerações, a respeito de regime disciplinar, estão sendo feitas, por mim, obviamente com certo desconforto.

Mas é que o tema proposto, ligado a deveres do juiz, em sua conduta pública e privada, exige que elas sejam enfrentadas.

Na verdade, porém, o que mais importa é que o juiz possa ser tido como exemplo de bom comportamento, em sua vida funcional, social e familiar.

E para isso muito influirão os valores dominantes de sua formação.

É de se lembrar, ainda, que qualquer que seja a conduta pessoal e funcional do juiz, ela se refletirá em imagem positiva ou negativa da Justiça, do Poder Judiciário, para o cidadão que o observa, para a sociedade em que vive.

A Escola Paulista da Magistratura, preocupando-se com valores dessa ordem, na formação e aperfeiçoamento de seus juizes, está dando um bom exemplo para toda a sociedade paulista e brasileira. Pretende, com isso, conservar e até aprimorar a boa imagem, que sempre teve, no cenário jurídico do Brasil. E os magistrados, que se animaram a se inscrever para o curso e ouvir as exposições programadas, estão a evidenciar a seriedade de suas preocupações com a função que exercem.

Congratulo-me com a direção da Escola e com o Coordenador deste Curso e seus colaboradores, pela iniciativa que tiveram.

Espero que com minhas modestas e despretensiosas opiniões, aqui exaradas, produto de uma longa vida dedicada ao Direito e à Justiça, não sejam vistas como preocupações com costumes antigos, como expressões de puritanismo obsoleto ou de falso moralismo, mas, sim, como o depoimento sincero de quem muito viu de bom, mas também de ruim, na instituição, mas que a ama intensamente, a ponto de às vezes parecer intransigente ao procurar defendê-la e preservá-la.

Acredito que tenham compreendido os propósitos desse colega mais velho e perdoado a defesa de idéias que possam estar em divergência com as de cada um dos presentes.

Ao final, renovo a esperança de que a magistratura brasileira corresponda, cada vez mais, aos anseios do povo, a que deve servir. Sobretudo pelo exemplo de coragem, de independência, de dedicação ao estudo e ao trabalho, de eficiência, de serenidade e de equilíbrio, enfim de senso de responsabilidade e de justiça. Qualidades e virtudes que não podem faltar na atuação de um bom juiz, de um ser humano respeitado e respeitável, admirado e admirável, que faz jus ao nobilitante mister que exerce.

O Judiciário, a Propriedade e os "Sem Terra"

Breve Análise do Pensamento do
Prof. Régis Fernandes de Oliveira

IVAN LIRA DE CARVALHO

Juiz de Direito em Natal (RN). Professor
de Direito da UNICEP (RN)

SUMÁRIO

1. *Introdução.*
2. *A jurisdição e a questão fundiária.*
3. *A desapropriação e a declaração incidental do interesse social.*
4. *Propriedade, "sem terra" e prestação jurisdicional: acomodação contemporânea.*
5. *Conclusões.*

1. *Introdução*

O prestigioso matutino *Folha de S. Paulo*, edição do dia 28-4-91, caderno 6, página 4, no espaço reservado às "Letras Jurídicas", publicou matéria de seriedade incontestada, bem lavrada pelo Prof. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, Desembargador assentado no Tribunal de Justiça de São Paulo, exercente também da presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros. O ensaio, sob o título *A Propriedade e os "Sem Terra"*, enfoca o momentoso tema das invasões de imóveis rurais por agricultores que buscam uma nesga de terra onde possam habitar e plantar para a subsistência do seu núcleo familiar. Pelas instituições que lhes dão apoio e orientação (Igreja, sindicatos, grupos informais, etc.), são esses homens codinominados de "sem terra". Creio que tendo por mira não torná-los também "sem justiça", após enfático chamamento à contemporaneização da atividade jurisdicional, tece comentários a institutos interventivos consagrados na Magna Carta de 1988, tais como a *desapropriação* e a *requisição*, os quais sendo manejados pelo juiz, ainda que de maneira incidental ou transversa, serviriam a desagudizar os conflitos, notadamente nos casos em

que a propriedade não atendesse à função social exigida pela CF, art. 5.º, inciso XXIII.

Louvando o modo despreconceituoso como o assunto foi estudado e comungando de muitas das abordagens feitas pelo Prof. RÉGIS FERNANDES, decidi proceder a esta apertada análise, ainda que segmentar, do ideário do respeitado publicista, mormente para externar a minha divergência de alguns enfoques empreendidos na obra examinada.

Ao ensejo, faço singela incursão em tema circundado de maldição por vários juristas, qual seja o da *ideologia* que se cinge a cada decisão, advinda da ótica do julgador para os atos e fatos sociais, bem assim da aceitação média desses atos e fatos pelo corpo de jurisdicionados e pela comunidade científica na qual está inserido o magistrado, aí incluindo a opinião dos doutrinadores e o entendimento dos Tribunais. Deixo claro que, sequer de longe, aceito a submissão ou a vinculação do juiz a grupos, blocos, correntes, facções ou partidos políticos, pois não é esse o sentido que o vocábulo *ideologia* conduz quando enfeixado à atividade jurisdicional. Em um *Estado de Direito* ao juiz cumpre guardar o sistema constitucional de direitos e garantias, mesmo que inexista norma positivada. É essa guarda não será eficaz se não houver uma prestação jurisdicional equilibrada e infensa a pressões, por vezes dogmáticas, que tisnam o agir do Estado-Juiz.

2. A jurisdição e a questão fundiária

No afã de bem oferecer a jurisdição aos súditos do Estado, que mediante a inserção de riquezas no erário público custeiam mais esta atividade política, deve o magistrado estar permanentemente sintonizado com as aspirações médias do corpo social destinatário do seu agir, constituído pelos seus jurisdicionados. Para tanto, deve o juiz proceder, com freqüência, a uma revisão dos seus conceitos, dando novos limites aos aproveitáveis e arquivando os tido por obsoletos, sem recear ser alvo de críticas ou incompreensões. A nobreza da sua ação justifica o resgate desses ônus.

E é pela lente da atualização que o juiz deve enxergar o instituto da *propriedade*, acobertado na vigente Constituição Federal. Só que acolitado pela indisprendível *função social* que norteia o exercício dos direitos fluentes da referida garantia constitucional. Essa expressão (*função social*), escrita no art. 5.º, inciso XXIII e repetida no art. 186, ambos da *Lex Mater*, goza realmente da seriedade que se espera de um requisito alçado à sede constitucional. Assim, o Estado só garante a propriedade que esteja produzindo e sendo útil à sociedade.

Máxime pela exigência do cumprimento da missão social da propriedade, a realidade brasileira enquadra flagrante antinomia entre o latifúndio improdutivo e os "sem terra". E o jurista (em gênero) não pode ficar alheio a tal situação. Tanto é assim que é a ele que recorrem os envolvidos no

embate fundiário, desde as orientações informais até a mais alta cúpula do Judiciário. Não raro o conflito deságua em uma ação de reintegração de posse. Quid?

Para o deslinde do embate, afirma o Prof. RÉGIS FERNANDES — com absoluta razão — que as regras e as soluções não podem ser as mesmas de setenta anos atrás. Adianta mais que a reintegração *institio litis* na posse deverá ser negada.

Com referência à peremptória negação do retorno do proprietário ao bem esbulhado, ousou dissentir do renomado doutrinador. Acho que agirá mais acertadamente o juiz se averiguar, de modo célere, se a propriedade está ou não cumprindo a função social que lhe é ínsita. *Moto proprio* poderá realizar uma inspeção judicial no prédio em questão, aferindo se realmente a espécie cuida de “terreno em estoque”, o qual foi invadido por cidadãos carentes de um espaço para habitar e lavrar culturas de subsistência, ou se em verdade existe um imóvel plenamente enquadrável na espécie constitucional de *propriedade produtiva*, e que por equívoco ou má-fé foi tomado a título de assentamento de trabalhadores necessitados de terra para produzir.

Longe está o tempo da propriedade absoluta (usar, gozar e abusar). A missão social da terra já logrou inserção em cartas políticas de Estados contornados pelos mais díspares matizes ideológicos, inclusive a brasileira. Nada obstante, sérias distorções no acolhimento desse moderno conceito de propriedade *rendem ensanchas* a querelas que não raro descambam ao desforço pessoal, com conseqüências imprevisíveis. Frente a situação de tamanha magnitude, é imperativo que o magistrado, no exercício do seu mister e norteado pelo sobreprincípio do *controlador social*, esteja atento para a abominável “*indústria das invasões*”, através da qual “*lideranças*” forjadas num estranho *mix* de ideologia “de orelha de livro” com oblíquos interesses na futura aquisição dos imóveis invadidos, capitaneiam mão-de-obra ociosa para um decantado éden, no qual terra e fortuna se confundem. Na maioria das vezes o *eldorado* oferecido ao “sem terra” rui ante à falta de condições básicas para o desempenho da agricultura por conta própria, notadamente pela ausência de linha creditícia de fomento que venha a colocá-lo em decente patamar competitivo na atividade produtiva. Aí, nada mais restará ao precário adquirente senão entregar a gleba a quem ofereça a esmola mais urgente (não raro o artifice da invasão) e partir para engrossar a legião dos miseráveis que pontificam na periferia dos grandes núcleos urbanos.

Com a máxima vênia, a indiscriminada negação da medida liminar de reintegração de posse auxilia sobremaneira a ocorrência de distorções como a acima exemplificada, induzindo o camponês iletrado a acreditar na seriedade do novo *status* que a sua vida angariou, entendendo-se “dono” da terra invadida, posto que sob a chancela judicial.

O meio processual sugerindo linhas acima — a inspeção judicial — tem previsão no art. 440 do C. P. Civil. E pode ser agitado em qualquer fase do processo, inclusive — como é lógico — na propedêutica. A negativa da adequação da inspeção ainda no início do processo, tese defendida com ardor por ORLANDO DE ALMEIDA PERRI (*O Fica*, jornal da Associação Mato-Grossense de Magistrados, ano I, n.º 4, Cuiabá, março/90, p. 3), forte em JOÃO MONTEIRO e outros notáveis doutrinadores, sob a invocação de que o art. 440 do CPC só prevê a medida como espancadora de dúvidas que parem sobre o entendimento do juiz após este haver sopesado *as outras* provas produzidas pelas partes, entra em choque com a idéia de celeridade oferecida pelo art. 928 do Código de Ritos. Assim, se o CPC prevê a possibilidade da concessão da liminar reintegratória *inaudita altera parte*, ou, quando insuficientes as provas vestibulares, após a realização de justificação unilateral do alegado, sempre com vista ao retorno do autor à posse molestada, não vejo heresia na realização da inspeção, diligência tendente a esclarecer situação de especial importância para o deslinde da causa, qual seja se o imóvel está ou não cumprindo a sua função social, acorde com o art. 186 da Constituição Federal.

Não há falar-se, outrossim, que o juiz — ao ensejo da inspeção — estaria usurpando o *jus dispositium* do autor, resgatando em nome deste o ônus da prova (CPC, art. 333). Modo inverso, e lastreado pelo *princípio da livre investigação* (CPC, art. 130), desenvolvendo a inspeção judicial, estará o magistrado aclarando elemento imprescindível para negar ou conceder a proteção do Estado ao autor-proprietário, nos lindes da Carta Política e da legislação infraconstitucional.

Vem de ARRUDA ALVIM e THEREZA ARRUDA ALVIM PINTO a opinião de que o agir oficial não constitui inclinação em prol da parte omissa na produção da prova. *Verbis*:

“Entretanto (2.ª hipótese), na exata medida em que entender o juiz que, somente mercê da inspeção, possa, eventualmente, reunir condições para se esclarecer a respeito de fatos interessantes à causa, segue-se que, de forma alguma, então, poderá abdicar do seu poder-dever de determinar a referida inspeção.

.....

A realidade é que, para ajuizar a utilidade da inspeção judicial, o juiz ficou munido de poder discricionário. Este poder consiste na verificação, por parte do juiz, com certa margem de liberdade, da conveniência, oportunidade e licitude da realização de tal prova.” (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. 2, São Paulo, RT, 1991, p. 333.)

Registre-se que a efetivação da inspeção judicial não inibe seja realizada a audiência prévia de justificação (CPC, art. 928), posto que inexistente incompatibilidade entre os dois atos. Ademais, se das assertivas lançadas na petição inicial, ou mesmo das provas documentais a ela acostadas, puder

o juiz aferir a certeza provisória de que o imóvel não serve à função social exigida pela Magna Carta, decerto indeferirá a reintegração *in initio litis*.

Volvendo ao trabalho do Prof. RÉGIS F. DE OLIVEIRA, destaca aquele articulista que o juiz "quando da concessão da liminar, não deverá dá-la, porque não está presente o requisito do perigo da mora, isto é, se inúmeras famílias encontram-se assentadas na área e se ela era improdutiva, não há risco de qualquer prejuízo. Irrelevante, aí o período de ano e dia, uma vez que tal requisito perde em grandeza para a função social da propriedade, isto é, a propriedade, em relação à disponibilidade do bem imóvel, somente pode merecer a garantia da liminar, em caso de esbulho, se estiver exercendo sua função social. Como não está, não pode o magistrado conceder a medida liminar".

Tendo por pressuposto a existência de conjunto probante suficiente a nortear a decisão provisória do juiz, comungo da opinião do ilustrado Desembargador de São Paulo. Em verdade, não há equivalência entre o *direito à propriedade com fins especulativos* e o *direito à vida daqueles que buscam a preservação desta mediante métodos que comportam definição fronteira entre aguerridos e agressivos. Propriedade e vida* são direitos que recebem tutela constitucional em um mesmo dispositivo da Carta Política (art. 5.º, *caput*), mas inobstante essa aparente linearidade, há inconstante prevalência do segundo sobre o primeiro, ditada axiologicamente pelo Direito Natural. É esta a melhor exegese que se faz dos citados institutos-princípios, posto que a "tarefa do aplicador da norma é exteriorizar o pensamento que o legislador exprimiu ao elaborá-la, garantindo-lhe, assim a sua objetividade e a certeza do Direito na compreensão do seu sentido", conforme orienta o Prof. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, apoiado em MARCELO CAETANO (in *Aplicação da Norma Constitucional*, Vox Legis, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981, p. 31).

Uma norma de Direito Constitucional é sempre uma norma de sobre-direito, consoante doutrina PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1967*, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 93) e deve ser imposta ao direito público "ainda quando seja privado o direito que constitui o objeto do seu regramento". Destarte, no embate entre o privado direito de propriedade e o natural direito à sobrevivência humana, privilegia-se este último. Para tanto, atuará o exegeta consoante as regras dos *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais*. "Elas fariam parte, por assim dizer, da pretensão de realização inerente à própria Constituição", conforme expõe TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR, dissecando o pensamento de MAX WEBER (*Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, Atlas, São Paulo, 1990, p. 12).

3. *A desapropriação e a declaração incidental do interesse social*

Ultrapassada a fase da análise da reintegração liminar do proprietário na posse, segundo o Prof. RÉGIS F. DE OLIVEIRA na *peça sub studio*,

“deve o juiz, ao final, analisar o interesse social e deverá declará-lo, para efeito de desapropriação, nos exatos termos do inciso XXIV do art. 5.º da Constituição Federal (*sic*). É óbvio que a declaração do interesse social é peculiar do Poder Executivo. Todavia, nada impede que o Judiciário reconheça a situação fática que qualifica o interesse social, para efeito de provocar o decreto de desapropriação. Não pode o Judiciário substituir a ação administrativa, mas nada impede que assim proceda, para efeito de deixar reconhecida a situação de fato que enseja a edição do ato”.

Pressupondo que a espécie enseje a negação da reintegração *initio litis*, posto que ausente o *perigo de mora* em razão da inércia do proprietário em dar missão social à coisa, entendo ser cabível já, aí, a extinção do processo por ausência de *condição da ação*, qual seja a *possibilidade jurídica do pedido* (CPC, art. 267, VI). Ora, se a reintegratória for movida tendo por lastro a *propriedade e a exteriorização do domínio pela posse*, e considerando-se que a tutela jurisdicional só pode ser prestada quando o imóvel atenda às exigências do art. 186 da Constituição Federal, carece de ação o proprietário não enquadrado no rol constitucional.

Mesmo que concluindo pelo encerramento precoce da ação, poderá o juiz colher do ensejo para declarar (ou seja, *deixar claro*) que o prédio *subjudice* não cumpre a função social exigida pela *Lex Maxima*. Como ente político que é, não deve ficar indene a tal manifestação, quiçá como um brado de alerta para a sociedade, dando conta que não está alheio às graves questões hodiernas, dentre as quais a do racional e efetivo aproveitamento dos meios de produção. Não há lugar, no Judiciário contemporâneo, para o magistrado “locatário de torres de marfim”, na feliz expressão do Prof. MARIO MOACYR PORTO. Inobstante, a declaração acima sugerida não conduz em seu âmago força de *decisum*.

Pelo que flui da inteligência do Professor RÉGIS F. DE OLIVEIRA (v. transcrição supra), a manifestação judicial teria por fito deflagrar o processo desapropriatório, mesmo que reconhecidamente da órbita do Poder Executivo (CF, art. 184). Rogando licença, entendo de maneira diversa. A desapropriação é procedimento da administração pública, e assim sendo, requer seja praticado por *agente capaz*, ou seja, por servidor público regularmente investido nas suas funções de *longa manus* estatal, que assim será *competente* para iniciar a expropriação. Tal competência “resulta de lei e por ela é delimitada”, no entender de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 15.ª edição, RT, São Paulo, 1990, p. 128, com grifo acrescido). Na desapropriação o *sujeito ativo*, “segundo RUBENS LIMONGI FRANÇA (1987:14), é a pessoa à qual é deferido, nos termos da Constituição e legislação ordinária, o direito subjetivo de expropriar” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in *Direito Administrativo*, 2.ª edição, Atlas, São Paulo, 1991, p. 127). Vê-se aí a impropriedade da manifestação judicial sobre o tema, de inequívoca discricionariedade da administração pública.

A configuração da *desapropriação indireta* em função do esbulho, tese também defendida pelo Prof. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, segundo entendendo não logra sucesso. Dita forma transversa de perda da propriedade privada só rende base à indenização quando encartar "abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público." (CELSE ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, 2.^a edição, 2.^a tiragem, RT, São Paulo, 1991, p. 277, com grifo que não está no original). Assim, operada a agressão patrimonial pelo particular, desfigurada estará a hipotética desapropriação indireta.

Por último afirma o Prof. RÉGIS FERNANDES que sobre a situação em deslinde incide, também, "a norma do inciso XXV do art. 5.^o da Constituição Federal, pois há iminente perigo público aferível, no caso pelo Judiciário, o que assegura ao proprietário ulterior indenização em dinheiro". Concordo parcialmente com a idéia de ser manejado o instituto da *requisição*. Pelo que solta da Lei Maior (art. 5.^o, inciso XXV), em caso de confronto pela posse da terra, em situação ensejadora de *perigo público*, para que este seja afastado "a autoridade competente poderá usar de propriedade particular", asseverando ao proprietário ulterior indenização em caso de dano (inclusive o perdimento da coisa). Destaca-se a exigência de *autoridade competente* para ordenar a requisição, o que é plenamente justificável, posto que se trata de ato administrativo, além do mais de elevado quilate de discricionariedade. Não pode pois, *contrario sensu*, a requisição ser da iniciativa do Judiciário, até mesmo em razão do antagonismo que o instituto enfrenta com a exigibilidade de permissão desse Poder, em face da auto-executoriedade do ato (v. CELSO BASTOS, *Manual de Direito Administrativo*, pub. pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, São Paulo, 1991, pp. 34/35; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *op. cit.*, p. 104; e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 283). Pelas mesmas razões, não pode a requisição ser mero capeamento da ação dos particulares consubstanciada na invasão imobiliária. Não existiria sequer uma delegação para que os "sem terra" atuassem em nome do Estado. No entanto, é por demais pertinente a lembrança da *requisição civil*, que uma vez adequadamente utilizada armará o braço da administração pública com um célere instrumento através do qual poderão ser amainados sérios embates entre as partes que disputam a terra, consubstanciando ainda *instância preparatória para a desapropriação por interesse social*, procedimento este revestido de maior feição de definitividade na solução do problema fundiário, ao contrário da requisição, que via de regra é provisória.

4. Propriedade, "sem terra" e prestação jurisdicional: acomodação contemporânea

Encerrando o ensaio sobre o qual foi debruçada a presente análise, pugna o Prof. RÉGIS FERNANDES por um Judiciário do seu tempo, no

qual a adequação das normas jurídicas aos cruciais problemas que afligem a sociedade é problema indesculpável do Magistrado. Para ele "a solução com normas antigas só pode levar à pior solução, não à mais justa". Estou perfeitamente acorde com esta opinião, já que entendo não bastar ao Juiz a fiel obediência ao *princípio da indelegabilidade*, consagrado no art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil e nos artigos 126 e 127 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz tem a obrigação de decidir os conflitos que lhe são submetidos. Segundo penso, além de buscar auxílio na analogia, na eqüidade, nos costumes e nos princípios gerais do direito, cumpre ao bom julgador reciclar constantemente os seus próprios valores, adequando-os ao entendimento médio dos seus jurisdicionados e da comunidade científica a que pertence.

Louvo a feliz inserção do *princípio do livre convencimento* no Código de Processo Civil pátrio (art. 131), por constituir irresponsável lição aos juspositivistas ortodoxos, de que até mesmo no seio das correntes doutrinárias mais tradicionais há vaga para a expressão da tendência ideológica do magistrado, caldeada pela opinião pública e pelo posicionamento da jurisprudência. Não acredito que haja Justiça sem ideologia. E se existisse tal "Justiça", nela eu não acreditaria!

É de uma atualidade atemporal a observação feita pelo Prof. RAIMUNDO NONATO FERNANDES, *verbis*:

"Os tempos novos, entretanto, começam a abalar os alicerces dessas concepções tradicionais. O conceito de Justiça parece impregnar-se de um sentido político, que se traduz na procura de novas soluções para os problemas do homem e da sociedade. . . . Existe a preocupação de imprimir à Justiça um conteúdo definido, de identificá-la com uma aspiração de reforma social e política, de dar-lhe, enfim, uma diretiva ideológica." ("Justiça e Ideologia", in *Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte*, vols. XIX a XXIV, tomo I, Natal, 1965, p. 12.)

5. Conclusões

1.º) Independentemente das críticas que venha a receber, cabe ao magistrado revolver freqüentemente os seus conceitos, para adequá-los à sua função jurisdicional, que só assim será eficiente e eficaz.

2.º) Em sede de conflito de natureza fundiária, a análise do instituto da propriedade há que levar em conta, indispensavelmente, a função social da mesma.

3.º) A expressão *função social*, inserta na Carta Magna (art. 5.º, XXIII e art. 186), tem realmente a seriedade que se espera de um requisito alçado ao patamar constitucional. O Estado só garante a propriedade que produz e seja útil à sociedade.

4.ª) A regra constitucional dá pela intolerabilidade da terra com finalidades especulativas.

5.ª) A realidade brasileira enquadra uma flagrante antítese entre o latifúndio improdutivo e os "sem terra". Não pode o jurista ficar alheio a tal constatação.

6.ª) As soluções legislativas para o enfrentamento das classes acima especificadas não podem ser as mesmas do começo do século XX.

7.ª) Havendo a provocação do Judiciário, pelo proprietário que teve o seu imóvel invadido pelos "sem terra", cumpre ao juiz perquirir, *ab initio*, se o imóvel está cumprindo a sua função social. Só em caso positivo deverá conceder a reintegração liminar.

8.ª) A percuciente análise da inicial e dos documentos que a instruem, bem como a realização de inspeção judicial preambular, são meios de profícua aferição do cumprimento da função social da terra, de par com a justificação prevista no art. 928 do Código de Processo Civil.

9.ª) Como elemento informativo da análise global que o magistrado deverá fazer do conflito posto em julgamento, está a possibilidade dos "sem terra" terem sido instrumentalizados por pessoas interessadas em adquirir a estes as terras invadidas, depois da titulação.

10.ª) A negação da reintegração da posse *initio litis* pode ensejar a extinção do feito sem julgamento do mérito, por *impossibilidade jurídica do pedido* (CPC, art. 267, inciso VI), se o proprietário não comprovar que a terra invadida atende à sua função social.

11.ª) A possível declaração do juiz, ao ensejo da apreciação do pedido de reintegração liminar da posse, acerca do descumprimento da função social da propriedade, por si só não deflagra o processo de desapropriação.

12.ª) A desapropriação é ato da administração pública, discricionário quanto à sua oportunidade. Daí, não pode ser deflagrado pelo Judiciário, tampouco por particular ("sem terra"), vez que a estes falece a *capacidade e a competência* fluidas da regular investidura na função pública.

13.ª) A requisição civil, embora não possa ser utilizada como mera regularizadora de invasões fundiárias, é possível de servir como instrumento de urgência para amainar comoções sociais daí resultantes, preambulando regular processo de desapropriação.

14.ª) A ideologia que está amalgamada às decisões judiciais é fruto do salutar *livre convencimento* do juiz (CPC, art. 131) e deverá estar sempre acorde com o sistema constitucional vigente. Não pode ser confundido com a íntima preferência político-dogmática do juiz.

Bibliografia

- ALVIM PINTO, Tereza Arruda. *Nulidades da Sentença*, 2ª edição, São Paulo, RT, 1990.
- ARRUDA ALVIM, J. M. e ALVIM PINTO, Tereza Arruda. *Manual de Direito Processual*, vol. 2, 4ª edição, São Paulo, 1991.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de Direito Administrativo*, 2ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1991.
- BARBOSA, Júlio César Tadeu. *O que é a Justiça?*, 4ª edição, São Paulo, Brasiliense, 1984.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo, IBDC, 1991.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*, São Paulo, RT, 1990.
- CARVALHO, Ivan Lira de. *A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional)*, Natal, do autor, 1991.
- DELGADO, José Augusto. "Aplicação da Norma Constitucional", in *Vox Legis*, volume 152, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 2ª edição, São Paulo, Atlas, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *A norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. "A propriedade e os "sem terra"", in *Folha de S. Paulo*, São Paulo, edição do dia 28-4-91, caderno 6, p. 4.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. "Justiça e Ideologia", in *Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte*, Natal, 1965.
- FERRAZ, JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1990.
- MEDAUAR, Odete. *Destinação dos bens expropriados*, São Paulo, Max Limonad, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª edição, São Paulo, RT, 1990.
- FERRI, Orlando de Almeida. "Inspeção judicial e a liminar nos interditos possessórios", in *O Fica*, jornal da Associação Mato-Grossense de Magistrados, ano I, nº 4, Cuiabá, março de 1990.
- PONTES DE MIRANDA, F. *Comentários à Constituição de 1967*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*, São Paulo, RT, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1990.
- TAVARES, José de Farias. *O Código Civil e a nova Constituição*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 7ª edição, São Paulo, RT, 1990.

A Autoproteção Possessória e seus Fundamentos

CARLOS DAVID SANTOS AARÃO REIS
Juiz Federal

SUMÁRIO

I — Os remédios possessórios extrajudiciais. II — O monopólio estatal da justiça e a posse. III — A necessidade de autoproteção. IV — Modalidades de autoproteção. V — Fundamentos da autoproteção possessória. 1. A eficiência da primeira linha de defesa da posse. 2. Princípios da proteção e da defesa do direito. 3. Inelidibilidade da autoproteção possessória. VI — Bibliografia.

I. Os remédios possessórios extrajudiciais

Ao se falar em proteção possessória, pensa-se na defesa judicial da posse, na preservação da situação atual ou na reposição do estado anterior mediante as clássicas ações possessórias. A idéia de resguardo da posse é associada ao litígio em juízo, tendendo-se a negligenciar outras possibilidades.

A proteção judicial não é a única maneira, colocada à disposição do possuidor pela norma jurídica, para defender seu poder físico sobre a coisa, continuando a aproveitá-la economicamente, para manter-se no estado de fato ou para recuperá-la, desde que dela totalmente privado.

Há, também, uma defesa extrajudicial da posse¹, em sentido amplo, uma autoproteção possessória, "remédios possessórios extrajudiciais", como os denominava TEIXEIRA DE FREITAS².

Ou seja, utilizando a própria força, exercendo a violência por si mesmo, sem o socorro da força monopolizada pelo Estado, excepcionalmente,

1 REZENDE, Astolpho. Do Direito das Causas (Da Posse). In Lacerda, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*, v. VII. Rio de Janeiro, Jachinto Ribeiro dos Santos, 1918, p. 196, também emprega esta expressão.

2 FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil — Esboço*. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores — Serviço de Documentação, 1952, v. 4, p. 1.164, art. 4.013.

pode o possuidor proteger-se da agressão — turbação ou esbulho — contra sua posse, repelindo-a, dentro de certos limites fixados pelo Direito Positivo. À força, ele pode opor a força, à violência, responde com a violência, resguardando seu direito.

II. *O monopólio estatal da justiça e a posse*

Entre a admissão do exercício da violência por uma pessoa privada e a afirmativa, segundo a qual a coação física é atribuição exclusiva do Estado, portanto vedada ao indivíduo, não há qualquer incoerência, como se demonstra em seguida.

Contemporaneamente, o Direito constitui um monopólio estatal. Tem o Estado o monopólio da sua produção pelo estabelecimento de normas jurídicas pelo Legislativo (e, em certos casos excepcionais, também pelo Executivo, ao qual as Constituições modernas — deploravelmente — conferiram algum poder legiferante); tem o monopólio da sua aplicação pelo Judiciário, consubstanciado no “princípio do monopólio estatal da justiça”, na denominação de PONTES DE MIRANDA ³.

Assim, em princípio, em regra, os conflitos de interesses devem ser compostos pelo órgão estatal com esta atribuição; pendências entre os cidadãos, ou entre o Estado e os particulares, devem ser resolvidas pelo Judiciário. Ameaças aos direitos subjetivos precisam ser removidas através das vias estatais próprias, assim como através delas se obtém a reparação daqueles, se eventualmente violados. Mas ninguém pode substituir-se ao Judiciário, não se pode fazer justiça pelas próprias mãos, usurpando uma função do Estado. A proteção dos direitos subjetivos é missão do Estado — aliás, a primordial —, através dos tribunais, não tarefa de bandos armados ou milícias privadas.

“Se os credores têm ação contra seus devedores, devem pedir, por intermédio do juiz, o que crêem que se lhes deve [...] As palavras do decreto são essas: “Ótimo é que, se crês que algo tens para pedir, exerças as ações; enquanto isso, o outro deve permanecer na posse (pois que) és demandante; e como Marciano houvesse dito: não fez ele nenhuma violência, disse César: “e crês tu que só há violência se se fere a homens? Violência é, e sempre, quando alguém não reclama por meio do juiz o que crê que se lhe deve; e creio que não convém à tua dignidade e à tua piedade fazer algo contrário a direito”, já afirmava a sabedoria romana, em tom moralizante ⁴.

Também em antigo provérbio francês, eram igualmente condenadas as vias de fato: *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ⁵. “*Il est loisible à tous les habitans du Royaume d'agir par les voies de droit, & demander justice; mais il n'est permis à personne de se la faire. Le Roi même la de-*

³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoli, 1964, v. 2, p. 313.

*mande par ses procureurs; il présente des Requêtes, donne ses assignations [...] D'ailleurs, s'il étoit permis de se faire justice, ou seroit tous les jours aux épées & aus coûteaux les uns contre les autres"*⁶.

E, nas primeiras edições de sua principal obra, advertia WINDSCHEID: "quem é lesado em um direito, ou acredita ser lesado, deve recorrer à ajuda do Estado: não pode proteger a si mesmo. A autoproteção contraria a essência da ordem estatal"⁷.

Conseqüentemente, em matéria possessória, não é possível a ninguém apoderar-se da coisa detida por outrem, sob alegação de ter um direito sobre ela, alterando unilateralmente o estado de fato, invertendo só com a sua vontade a situação atual, lançando mão das vias de fato.

No Direito Romano Clássico, no exemplo de SCHULZ, se um ladrão roubava uma coisa e a vendia a um comprador de boa-fé, se o proprietário a encontrasse em poder desse, não poderia tomá-la. Se o fizesse, o comprador poderia demandar o proprietário com um interdito por violação da posse. E se o proprietário invocasse e provasse seu domínio, o pretor teria respondido: "Primeiro, repara o que fizesse, rompendo a paz, e depois trataremos do teu direito. *Nego-me a entabular discussão sobre o título com quem perturbou a paz*"⁸.

E, nas Ordenações Afonsinas, pôs-se o princípio absoluto que só o Estado poderia proteger a posse: "... nom seja algum tão ousado que sem Mandado D'El Rey, ou por seu consentimento, pilhe alguã cousa movel, ou raiz de que outrem tenha a posse, salvo sendo primeiramente chamado a juízo esse, que assi estiver em posse dela"⁹.

4 "Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod debere sibi putant, reoscere debent [...] Verba decreti sunt: "Optimum est, ut, si quas putes te habere petitionis, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es, et quum Marcius diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod debere sibi putat, non per judicem reoscit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non jure facere". Apud VANGEROW, Karl Adolph. *Lehrbuch der Pandekten*. 7. vermehrten und verbesserte Aufl. Marburg, Elwert, 1876, v. 1, pp. 187/188, § 133 e PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, pp. 314/315, § 191. O texto contém a transcrição de uma constituição do Imperador Marco Aurélio, conhecida como *decretum Divi Marci*, punindo com a perda do crédito o credor que, para ser satisfeito, apoderava-se de bens do devedor contra a vontade deste e sem autorização judicial.

5 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 317.

6 FERRIERE, Claude-Joseph de. *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'Ordonnances, de coutumes & de pratique*. Nouvelle édition. Paris, Nyon, MDCCLXVIII, v. 2, p. 752, verbete *Voie de fait*.

7 WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 3. Aufl., 2. Abdruck. Düsseldorf, Julius Buddeus, 1873, v. 1, p. 326, § 123.

8 SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clássico*. Trad. José Santa Cruz Telgheiro. Barcelona, Bosch, p. 425, nº 777.

9 Apud PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro. Borsoi, 1955, v. 10, p. 355, § 1.124.

III. *A necessidade de autoproteção*

No entanto, o princípio do monopólio estatal da justiça, da força, não exclui *sempre* o exercício da violência pelo particular, na preservação de seu direito; não impede o indivíduo repelir a força pela força, protegendo seu direito, em determinadas hipóteses, previstas e disciplinadas pela própria norma jurídica.

Ainda que os meios do Estado, destinados ao resguardo dos direitos subjetivos, sejam organizados eficientemente, sempre haverá uma constelação de casos típicos¹⁰ nos quais o auxílio estatal será impotente para alcançar aquela finalidade.

Dificuldades e obstáculos — não necessariamente relacionados com a boa ou má estrutura do aparato do Estado, com a boa ou má vontade de seus agentes, mas decorrentes da própria natureza das coisas¹¹ — impedem, nestas hipóteses, uma intervenção sua efetivada na ocasião própria e de modo eficaz, socorrendo o particular.

A falta de órgão estatal, com atribuição para proteger o cidadão, eventualmente sua recusa, a urgência, justificam o exercício da coação pelo indivíduo, defendendo-se ele (em sentido amplo) de um ataque desconforme ao Direito.

IV. *Modalidades de autoproteção*

A ausência de proteção do Estado não vincula o particular a permanecer inerte. Obrigá-lo a suportar intromissões na sua esfera jurídica seria “tão desumano como inócuo”¹². Ninguém tem o dever de suportar uma lesão provocada por ingerência injusta sem reagir; a ninguém cabe o dever de suportar passivamente um prejuízo daí decorrente (enquanto não se tem o direito de invadir a esfera jurídica alheia injustamente)¹³. Conseqüente-

10 A expressão é de ROXIN, Claus. *As restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa*. In *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Nascheradetz, Lisboa, Vega, 1986, p. 210, embora no contexto da legítima defesa.

11 TUHR, Andreas von. *Derecho Civil — teoría general del derecho civil alemán*. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires, Depalma, 1948, v. 6, p. 287; “A incapacidade da proteção jurisdiccional, que depende da própria natureza das coisas, justifica a licitude da legítima defesa.”

12 MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. 4ª ed. aggiornata dai professori P. Nuvolone e G. D. Pisapia. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, v. 2, p. 348.

13 “[...] il fondamento logico e giuridico della limitazione contenuta nel termine “offesa ingiusta” non è nel carattere propriamente antiggiuridico della offesa, bensì della mancanza di un obbligo giuridico di subirla senza reagire”, PETROCELLI, Biagio. *L’Antigiuridicità*. 2ª ed. Padova, CEDAM, 1951, p. 64/65, n° 64. De “lesione che non si ha il dovere di subirla passivamente” fala CIAN, Giorgio. *Antigiuridicità e Colpevolezza — saggio per una teoria dell’illecito civile*. Padova, CEDAM, 1966, pp. 117/118 e 120.

mente, ao titular do direito (em certos casos, até a terceiros), é lícita a repulsa pessoal ao ataque pelos seus próprios meios, sem aguardar a ajuda estatal.

Nestas hipóteses — legítima defesa, estado de necessidade, justiça de mão própria ou autotutela —, o Estado autoriza o cidadão a usar da própria força, arma o indivíduo do poder de repelir licitamente a agressão, dada a falta de tempo para sua intervenção (ou até mesmo pela ausência da autoridade ou sua recusa em intervir voluntariamente)¹⁴.

A coação, em princípio reservada aos órgãos estatais, deixa-se a cargo do particular, *excepcionalmente e em virtude da previsão da norma jurídica* — numa “suspensão relativa do monopólio estatal da força”¹⁵. Em regra proibida e antijurídica, torna-se a violência privada admitida e jurídica; ao repelir a violência ilícita, ela se torna lícita. Como explicava KANT, a coação é um obstáculo ou uma resistência exercida sobre a liberdade. Segue-se que, se um certo uso da própria liberdade é um obstáculo à liberdade, segundo regras universais (ou seja, é injusta), então a coação, que lhe é oposta, na medida em que obstáculo ao que se torna obstáculo da liberdade, ajusta-se a esta última segundo leis universais¹⁶.

PONTES DE MIRANDA, no entanto, ao extremar os institutos da legítima defesa, do estado de necessidade e da justiça de mão própria, preocupado em evitar a confusão entre eles, adverte “ser de graves conseqüências o erro de se falar em justiça privada (*Selbsthülfe*) agressiva, que seria a justiça de mão própria ou justiça privada no sentido exato, e a defensiva, que abrangeria a legítima defesa e o ato em estado de necessidade. Em cada um deles há elemento do outro, mas o senso largo, com a dicotomia, conservaria referência à tutela jurídica, à justiça, que se encontra num e não se pode encontrar nos outros. O elemento “defesa”, em senso lato, é comum; porém então teríamos que dizer: a defesa compreende a justiça de mão própria, a legítima defesa e o estado de necessidade, o que não teria qualquer valor científico”¹⁷.

Embora cada um destes institutos tenha fisionomia própria, obedecendo a pressupostos diferentes e contendo elementos diversos, é possível neles encontrar alguns componentes semelhantes e formular considerações idênticas para todos.

14 Neste sentido, MANZINI qualifica o poder de defesa privada como “una semplice autorizzazione eventuale, di un mero interesse protetto, la cui attuazione dipende da un evento estraneo alla volontà del soggetto [...]” *op. cit.*, p. 348.

15 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 204, referindo-se à hipótese da legítima defesa.

16 KANT, Emmanuel. *Métaphysique des mœurs — Première Partie — Doctrine du Droit*. Trad. A. Philonenko. Paris, J. Vrin, 1971, pp. 105/106.

17 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 322.

Tentativas de uma explicação unitária (monista) das causas de justificação, no Direito Penal, foram empreendidas, sem se chegar a conclusões utilizáveis sempre na prática, lembra MAURACH¹⁸, mas reconhece o professor de Munique existirem “elementos de justificação” comuns a todas, ainda que distintas em suas manifestações externas¹⁹. Assim, p. ex., em todas elas, o Direito Positivo exclui a antijuridicidade (ou ilicitude), em todas há “pré-exclusão da contrariedade a direito”²⁰. Tanto na legítima defesa, como no estado de necessidade e na autotutela, o indivíduo desenvolve uma atividade destinada a proteger o seu direito, em todas há auto-proteção. O fundamento, comum a todas, é a impossibilidade de atuação do Estado, na preservação do direito subjetivo. Em sentido amplo, nelas há defesa pelo particular, autodefesa, emprego da violência privada — ofensiva ou defensiva. Em todas as hipóteses mencionadas, existe uma “autorização para a autodefesa”²¹, “têm como pressuposto o caráter subsidiário, pois só são concedidos (os poderes) para acorrer às insuficiências da autoridade pública”²².

Ora, o valor científico da proposição anterior — agrupando a legítima defesa, o estado de necessidade e a justiça de mão própria como modalidade de autodefesa, em sentido amplo — consiste exatamente na generalização, suficiente para compreender e apanhar vários institutos diversos, mas apontando-lhes princípios comuns²³.

Afirmar-se estar o titular do direito (ou um terceiro) autorizado pela norma jurídica a reagir contra um ataque injusto, utilizando seus próprios meios, não significa qualificá-la como “disposição permissiva”²⁴ ou

18 MAURACH, Reinhardt. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ariel, 1962, v. 1, p. 362, também do mesmo autor *Grundriss des Strafrechts — Allgemeiner Teil*. Wolfenbüttel und Hannover, Wolfenbütteler Verlagsanstalt, 1948, p. 75, § 26.

19 MAURACH, *op. cit.* (*Tratado*), p. 363.

20 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 271, § 182.

21 LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil — Parte General*. Trad. Jose Navas. Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1956, v. 1, p. 174.

22 ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito — Introdução e Teoria Geral*. 3ª ed. Lisboa, Gulbekian, 1984, p. 70.

23 Uma das operações fundamentais da elaboração científica do direito é a concentração lógica: “gli elementi del diritto una volta distinti e separati devono riunirsi per raggrupparsi secondo ragioni intrinseche di somiglianza, di intima affinità, ed estraendo le regole generali che presidono alle soluzioni singole. Si tratta di riprodurre per via d'astrazione e sotto un'espressione logica diversa e più intensa il principio contenuto nei particolari”, FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma, Athenaeum, 1921, p. 241.

24 *Erlaubnissatz*, WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht — eine systematische Darstellung*. 10 ed. Berlin, De Gruyter, 1967, p. 77, § 14.

classificar a ação “uma forma de exercício privado autorizado da função pública”²⁵.

Conforme a denominada “teoria imperativista”, o Direito é necessariamente acompanhado de coação: portanto, a norma jurídica é norma de determinação (*Bestimmungsnorm*) da conduta humana, provida de sanção. Norma jurídica sem coercibilidade, na conhecida imagem de IHERING, “é uma contradição em si mesma, fogo que não queima, luz que não alumia”²⁶, é faca sem lâmina — em suma, uma inutilidade prática.

Segue-se disto só existirem normas “proibitivas” (vedando um comportamento) ou “imperativas” (no sentido de determinar uma conduta), negativas ou positivas. Uma norma jurídica permissiva seria uma contradição lógica, uma *contradictio in adjecto*. É impossível coagir e permitir ao mesmo tempo. Se a norma jurídica coage alguém a fazer ou não fazer algo, impondo uma sujeição, não pode simultaneamente estabelecer uma permissão. Coerção e permissão *hurlent de se trouver ensemble*.

Pode, no entanto, a norma jurídica estabelecer um *limite* da proibição — e esta espécie é a incorretamente denominada “norma permissiva”. Em se tratando das causas de justificação, as normas a seu respeito estabelecem um limite às demais normas positivas ou negativas. Pois não faria sentido o ordenamento jurídico regulá-las a não ser para excluir a antijuridicidade (ou ilicitude) da conduta humana, ou seja, para delimitar o âmbito daquela. P. ex., matar alguém é comportamento típico, quem age desse modo realiza o tipo penal. Mas, se o indivíduo agir em legítima defesa, não se comporta antijuridicamente, dado que a norma, prevendo esta última, limita o alcance da proibição do homicídio. E, por outro lado, as normas disciplinadoras do exercício, pelo particular, da força também criam limites *para ele próprio*. Se agir em legítima defesa, deverá fazê-lo dentro do balizamento legal: ela só é admissível perante uma agressão atual ou iminente injusta, com moderado emprego dos meios necessários; o possuidor só pode defender a posse, no sentido amplo, contanto que o faça logo, praticando apenas os atos indispensáveis à manu-

25 MANZINI, *op. cit.*, p. 349: “Da parte del singolo, e sotto l’aspetto della attuazione della legittima difesa, questa costituisce quindi una forma d’esercizio privato autorizzato di funzione pubblica [...] Perciò il privato, nell’esplicamento della legittima difesa, è da considerarsi pubblico ufficiale temporaneo”. Paradoxalmente, depois de criticar o penalista italiano, NELSON HUNGRIA sustenta ser o cidadão, em face de uma agressão atual (ou iminente) e injusta “quase como um policial e tem a faculdade legal (além do dever moral ou político) de obstar *in continenti* e *ex proprio Marte*, o exercício da violência ou da atividade injusta” (*Comentários do Código Penal*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 1, tomo 2, p. 289).

26 IHERING, Rudolph von. *Der uweck im Recht*. 2. umgearbeitete Afl. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1884, v. 1, p. 322: “... ein Rechtssatz ohne Rechtswang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet.”

tenção ou reintegração. Em suma, tais normas jurídicas sujeitam o particular, ao utilizar a força, impondo fronteiras ao exercício de seu poder.

Ao comportar-se desta maneira, não exerce ele qualquer função pública, nem é funcionário público temporário, muito menos um "quase policial".

Ao repelir a força com a força, o indivíduo age no lugar do órgão estatal, substituindo-se a ele, mas em seu próprio nome. Trata-se do exercício de violência *privada*, embora com autorização estatal, mas não do poder de polícia. A designação do indivíduo como policial voluntário, observa Roxin, auxiliar do "direito" por antonomásia, não só coloca em contradição aberta as faculdades dos particulares com os direitos da autoridade cuidadosamente diferenciados como, além disso, devido aos excessos dos particulares, contribuir-se-ia mais para o prejuízo da paz coletiva do que para sua defesa²⁷. O exercício da coação, do poder de polícia, pelo indivíduo que age como órgão do Estado está sujeito a regras e limitações completamente diferentes do exercício da violência pelo particular. E, por outro lado, pessoas agressivas e frustradas veriam uma oportunidade de extravasar seus recalques, praticando toda sorte de violências sabendo-se "policiais voluntários", ainda que por breves momentos.

V. Fundamentos da autoproteção possessória

1. A eficiência da primeira linha de defesa da posse

Em se tratando de posse, no entanto, mesmo existindo a autoridade pública, ainda esteja o órgão estatal disposto a atuar, embora possível e tempestiva a intervenção do Estado, protegendo o indivíduo, admite a norma jurídica utilize o possuidor seus próprios meios para repelir uma agressão. Em outras palavras, os fundamentos e os pressupostos da auto-defesa possessória, em sentido amplo, não são exatamente os mesmos da legítima defesa ou da autotutela em geral. Como adverte Pontes de Miranda, "a inserção desse poder no art. 502, *verbo* "esbulhado", atende a que é princípio geral sobre a justiça de mão própria que ela somente cabe onde *falta* a justiça estatal e seria *impossibilitada*, ou *grandemente* dificultada, sem aquela, a reparação, mas à posse convém que se permita a justiça privada, ainda que esses pressupostos não se juntem. É indiferente, portanto, se a tutela jurídica se pode obter a tempo, ou se existe, ou não, o temor de que se frustre a posse"²⁸. Acrescente-se, ainda que, apesar do trecho transcrito referir-se apenas a uma das hipóteses de autoproteção possessória (o caso de esbulho), também se aplica à outra (o

27 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 205.

28 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 10, p. 352, § 1.122. "Aqui, à diferença do que ocorre a respeito da justiça de mão própria noutros assuntos, não é preciso que não se possa obter o auxílio previsto da justiça estatal, nem o temor da frustração", acrescenta (*op. cit.*, v. 10, p. 358, § 1.124).

caso de turbação da posse). Não haveria razão para tratamento diverso entre as duas modalidades daquela autoproteção.

E isto porque o possuidor turbado ou esbulhado tem direito a ser mantido na posse ou restituído, reintegrado judicialmente (art. 499, Código Civil, art. 926, Código de Processo Civil): pode pedir e obter o auxílio da autoridade judiciária, lhe é possível postular e conseguir a intervenção da justiça estatal, defendendo-o do ataque, até de uma maneira bem eficaz (pois se o procedimento é intentado dentro de ano e dia da lesão da posse, é cabível a manutenção ou reintegração liminar, sem audiência do réu, arts. 924 e 928, Código de Processo Civil; pode mesmo o autor cumular ao pedido possessório o de condenação em perdas e danos, de cominação de uma pena para o caso de nova turbação ou esbulho e até o desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse, art. 921, Código de Processo Civil).

Mesmo assim, apesar desta eficiência prática da proteção judiciária, é indispensável conferir ao possuidor o poder de repelir agressões, utilizando sua própria força.

Apenas o recurso à via judicial, observa Endemann, seria inúquo para o até então possuidor, pois sobre ele pesariam as desvantagens do papel de autor e ofereceria ao possuidor injusto (e também frente ao prejudicado) reconhecimento jurídico, ao menos provisoriamente²⁹.

Com efeito, fosse admissível ao possuidor lesado somente pedir a proteção judiciária, a ele caberiam os ônus, despesas, trabalhos e incômodos inerentes à posição de autor na relação jurídica processual. E, enquanto isto, quem obteve a posse mediante um meio ilícito, não só estaria temporariamente aproveitando a coisa, sob o ponto de vista econômico, mas seria também juridicamente protegido (pois há sempre um lapso de tempo a decorrer entre os momentos da lesão e o da intervenção do Judiciário, socorrendo o particular, mesmo eficiente a tutela judicial).

Ora, a autoproteção é ainda mais eficaz por seu imediatismo — por isso pode ser classificada como *primeira linha de defesa da posse* —, justificando-se por evitar que uma situação contrária ao Direito, provocada pela violência ilícita (a turbação ou o esbulho) se prolongue no tempo, prejudicando o titular do direito subjetivo e favorecendo o forçador da posse.

Se o possuidor quer e pode se defender, em sentido amplo, se dispõe dos meios necessários para tal, nada razoável seria o ordenamento jurídico vedar-lhe tal atividade, em nome do monopólio estatal da força. Não estaria ele servindo à manutenção da tranqüilidade pública, mas favorecendo o transtorno da paz social. Em seu nome, estaria protegido, ao

29 ENDEMANN, F. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 8. und 9. neubearbeitete Aufl. Berlin, Carl Heymanns, 1905, v. 2, p. 234, nota 4, § 43.

menos temporariamente, o exercício da violência ilícita, desvirtuando-se a sua finalidade. O mencionado monopólio não foi instituído para acarinhar ou afagar os forçadores da posse, mas sim para proteger os cidadãos honestos. Não pode a norma jurídica estimular alterações unilaterais do estado de fato, mas sim procurar evitá-las.

O que a força destrói, ainda assinala Endemann, deve poder a força novamente erguer; quem rompe a paz jurídica (*Rechtsfrieden*), não pode exigí-la para si: esta é uma exigência do justo equilíbrio da situação jurídica bilateral³⁰.

2. Princípios da proteção e da defesa do direito

O "pensamento fundamental"³¹ da legítima defesa justifica, também, os dois casos de autoproteção possessória: o Direito não precisa retroceder diante da negação do Direito (*das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*)³². O princípio pode, até mesmo, ser generalizado, aplicando-se a todas as situações nas quais o indivíduo é autorizado a empregar a força — apesar de algumas críticas atualmente formuladas contra ele³.

30 ENDEMANN, F., *op. cit.*, p. 233: "Was Gewalt zerstört, muss Gewalt wieder aufrichten dürfen; wer den Rechtsfrieden bricht, kann ihn für sich nicht beanspruchen: das ist eine Forderung des gerechten Ausgleiches der beiderseitigen Rechtslage."

31 WELZEL, Hans, *op. cit.*, p. 122, p. 81.

32 Tal pensamento encontra-se também em MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. da 2ª ed. alemã (1933) José Arturo Muñoz, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1935, v. 1, p. 385 e LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München, C. H. Beck, 1967, p. 278. A palavra *Unrecht* tem sido traduzida por "injusto" (como nas versões espanholas das obras de Mezger, Welzel e Maurach) ou "injúria" (na tradução da obra de Larenz). Não se tratando de "injusto" no sentido filosófico (contrário de "justo"), a mais correta tradução é "não direito" ou "torto", seu significado literal (V. GUARNERI, Giuseppe. *Diritto Penale e Influenze Civiltistiche*. Milano, Bocca ed., 1947, p. 192, nota).

33 Segundo MAURACH, p. ex., "el principio liberal y extremadamente de que el derecho no debe ceder bajo circunstancia alguna ante el injusto, ha perdido ya buena parte de terreno ante la moderna ética social" (*op. cit.* — *Tratado* — p. 384). Não é este o lugar para discutir o individualismo — com o qual nada existe de errado ou censurável, desde que não confundido com egoísmo. Mas é preciso notar que a hostilidade a ele foi muito freqüente na ciência penalista alemã por parte de alguns dos seus grandes nomes à época do nacional-socialismo. "A doutrina do bem jurídico e sua violação aparece como resultado de um modo de pensar individualista-liberal [...] Em contraposição, o ideal jurídico nacional-socialista é determinado pela unidade da comunidade e do membro da comunidade", escrevia, p. ex. Wilhelm Gallas em 1936 (*Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung. In Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft [Festschrift zum 60. Geburtstag vom Graf W. Gleispach]*. Berlin, De Gruyter, 1936, p. 51). Gallas era professor em Königsberg — a cidade de Kant, hoje russa graças ao nacional-socialismo — e, atualmente, o é em Heidelberg, também autor da conhecida *La Teoría del Delito en su momento actual*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona, Bosch, 1969. Avaliar a participação dos juristas na ditadura nacional-

Quem o faz, quem reage contra a agressão injusta, protege seu direito, mas também a integridade do ordenamento jurídico. Por isso, o termo "direito", na proposição anterior, deve ser entendido em seu duplo significado, subjetivo e objetivo: como poder para satisfação de interesses e como conjunto de normas de conduta humana.

Já em 1872, depois de afirmar ser a resistência contra uma afronta ao Direito, que ofenda a própria personalidade, um dever do seu titular para consigo mesmo, um imperativo de autodefesa moral, acrescentava IHERING: "e representa um dever para com a comunidade, pois só através de tal defesa pode o direito realizar-se"⁸⁴. Quem não o faz, não abandona apenas o seu direito, mas renega "o direito em sua totalidade"⁸⁵.

Esta é uma das idéias fundamentais contidas na conferência justamente famosa: "no direito privado, somos todos chamados a ocupar nossos lugares na defesa da lei; cada um de nós é um guardião e executor da lei na sua esfera peculiar [...] Quem defende o direito subjetivo defende, no âmbito do mesmo, o direito em geral"⁸⁶. O titular do direito, ao protegê-lo, certamente visa a seu interesse particular e individual — o que é, aliás, altamente respeitável. Mas, desta maneira, igualmente preserva o interesse coletivo, de todos, no primado da ordem jurídica."

"Em poucas palavras, todo homem é um combatente pelo direito, no interesse da sociedade"⁸⁷.

"A ofensa ao meu direito é a ofensa e a negação do direito como tal, sua defesa é a defesa e o restabelecimento do direito em sua totalidade [...] meu direito é o direito; lesado aquele, este também é ofendido, ao defender o primeiro, resguardo o último [...] À luz dessa concepção, a luta pelo direito subjetivo é também uma luta pela lei [...]"⁸⁸.

socialista é tarefa penosa. O contemporâneo WIEACKER — cuja obra *Vom Römischen Recht* (Leipzig, Koehler & Amelang, 1944) teve páginas inutilizadas pela censura nazista — afirma que os civilistas prosseguiram tendências anteriores a 1933 e não cederam à pressão nacional-socialista senão depois de oferecer resistência ou não cederam mesmo — embora nestes casos freqüentemente a preço de concessões terminológicas (*História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa, Gulbekian, 1980, p. 592, nota). Também este não é o lugar para discutir o assunto com relação aos penalistas, mas não se pode deixar de registrar ter sido muito difundida a crítica ao individualismo, especialmente no âmbito do Direito Penal, naqueles anos trágicos.

34 IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Trad. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro, ed. Rio, 1978, pp. 19/20.

35 IHERING, Rudolf von, *op. cit.* (*A Luta ...*), p. 27.

36 IHERING, Rudolf von, *op. cit.* (*A Luta ...*), p. 49, grifos meus.

37 IHERING, Rudolf von, *op. cit.* (*A Luta ...*), p. 52.

38 IHERING, Rudolf von, *op. cit.* (*A Luta ...*), pp. 53, 56 e 57.

Quando se perde de vista a íntima conexão entre a norma jurídica e o direito subjetivo, a concepção de IHERING torna-se incompreensível. Ao contrário, a quem entender impor a regra de Direito sugestões aos indivíduos, não caprichosa ou arbitrariamente, mas com a finalidade de satisfazer interesses lícitos, protegidos estes pelos direitos subjetivos, torna-se fácil apreendê-la. Uma elaboração científica, logicamente concatenada — do conceito de norma jurídica como regra de comportamento, passando pela sujeição (consubstanciada ou não em dever jurídico) por ela imposta, até chegar à noção de direito subjetivo —, revela, desta maneira, seu vínculo estreito com a ética individual e social.

Contemporaneamente, no âmbito da legítima defesa, penalistas e civelistas têm apontado, como seus princípios fundamentais, o “princípio da proteção” e o da “defesa do direito” — também denominado “princípio de conservação ou afirmação do direito”³⁹ —, retomando assim a idéia de IHERING.

Ou seja, quem se defende de uma agressão ilícita, “não está apenas a proteger o bem concreto afetado pela agressão; impede simultaneamente que seja lesado o ordenamento jurídico suprapessoal enquanto tal”⁴⁰.

O abandono sem luta do próprio direito, proclama LARENZ, pensado como máxima geral, causaria graves danos ao Direito⁴¹.

Por essa razão, confere-se ao particular a oportunidade de defender o ordenamento jurídico (e não somente seu direito), o indivíduo, ao se proteger, contribui também para a afirmação e conservação do ordenamento jurídico⁴².

Nas palavras de ROXIN, “garante-se uma proteção privada tão ampla quanto possível. Mas com isso sobrepõe-se, também, a não-lesão do ordenamento jurídico ao puro valor dos bens, quer dizer, admite-se que pode sacrificar-se um bem jurídico muito valioso para a conservação de outro de menor valor, se com isso se afastar, ao mesmo tempo, uma agressão contra o ordenamento jurídico. O legislador considera em tão alto grau o valor que tem a defesa ou supremacia do direito em face do ilícito, que permite que a balança se incline para o lado da defesa”⁴³.

No concernente à autoproteção possessória, ao proteger por si mesmo o poder físico sobre uma coisa, o possuidor certamente defende seu inte-

39 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 199.

40 ROXIN, *op. cit.*, p. 200.

41 LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 278.

42 ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 202.

43 ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 200/201.

resse concreto, preserva seu direito subjetivo a continuar no estado de fato. Mas, também, deste modo, ao mesmo tempo, faz prevalecer o Direito, contribui para manter a integridade do ordenamento jurídico. A ofensa a seu direito é uma ofensa à posse, em geral, sua defesa é a defesa e o restabelecimento da ordenação legal possessória. Lesado seu *ius possessionis*, a posse também é ofendida; ao defender a primeira, resguarda a segunda. Luta e combate pelo seu direito de permanecer naquela situação de fato e ajuda a proteger a própria ordem jurídica.

E sua contribuição para defesa desta é ainda mais decisiva porque, através dela, luta pela manutenção da paz social e da tranqüilidade pública. Assim, a autoproteção possessória, no Direito Privado, é uma das modalidades mais importantes e socialmente relevantes de utilização privada da violência, servindo não apenas ao possuidor, mas igualmente ao interesse da coletividade no desenvolvimento ordeiro e pacífico da vida em comum.

3. Inelidibilidade da autoproteção possessória

Certamente o uso da força pelo particular apresenta perigos, oferece inconvenientes e, sobretudo, pode gerar abusos.

Tratando-se especialmente da auto-ajuda, sua "admissão generalizada conduziria ao desaparecimento da segurança jurídica, a um grave risco para a ordem pública e a paz jurídica e, por último, a que a força suplante o Direito", adverte LARENZ⁴⁴. Ela sujeita os mais fracos ao equívoco e à má vontade dos fortes⁴⁵; é imperfeita, pois falha contra os mais fortes e perigosa como perturbação da paz pública⁴⁶. Reunindo as duas afirmativas anteriores, "ineficiente contra o mais forte, a justiça de mão própria é perigosa contra os mais fracos e, em relação aos de igual força, perturbadora da ordem pública", como escreve PONTES DE MIRANDA⁴⁷.

Melhor dizendo, *pode* ser inócua contra os mais poderosos, *pode* ensejar o abuso contra os mais fracos, *pode* causar transtornos à tranqüilidade pública, pois não acarreta necessariamente as inconveniências mencionadas.

Portanto, os remédios possessórios extrajudiciais, como qualquer modalidade de autoproteção de direitos, implicando no emprego da violên-

44 LARENZ, Karl, *op. cit.*, p. 282.

45 WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 328.

46 ENNECCERUS, Ludwig, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 13. Afl. Bearbeitung von NIPPERDEY, H. C. Marburg, Elwert, 1931, B. 1 (Einleitung, Allgemeiner Teil), p. 736.

47 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 313.

cia pelo indivíduo, devem ser contidos dentro de fronteiras legalmente estabelecidas; uma autoproteção possessória ilimitada, lembram os comentaristas suíços, provocaria uma guerra de todos contra todos⁴⁸.

Assim, pode e deve a norma jurídica estabelecer seus pressupostos e limites, circunscrevendo seu alcance, mas não pode (e nem deve) afastar ou impedir totalmente a autodefesa, inclusive a da posse. "A justiça de mão própria, embora reduzida a mínimo, não pode, portanto, ser eliminada, de todo, da vida", é "inelidível"⁴⁹.

Demonstra a História a persistência das formas de autoproteção, pois elas têm raízes na natureza humana e das coisas e requerem-na as necessidades sociais.

No Direito Romano, apesar do movimento legislativo no sentido de proibir o direito de se fazer justiça, ele não desapareceu completamente. Tais disposições — entre eles o *decretum d. Marci*, já mencionado — *sont étrangères à la justice privée défensive, par laquelle ou repousse les attaques dirigées contre sont droit, ainsi par laquelle on défend sa possession contre celui qui la trouble*⁵⁰.

Largamente praticada no antigo Direito Germânico, a autoproteção sobreviveu nas legislações jusnaturalistas do século XVIII, apesar das restrições e, posteriormente, foi prevista e disciplinada nos códigos do século XIX⁵¹.

Compreende-se tenha sido este o processo histórico, dado não poder a norma jurídica desconhecer uma exigência da natureza humana (se o fizesse, permaneceria sem aplicação).

Em peça forense célebre, Cícero fazia derivar a legítima defesa do próprio Direito Natural. "Se há ocasiões — e são numerosas — em que, com toda a razão, se cometem homicídios, é não só justo mas mesmo necessário repelir pela violência um ataque violento [...] Mas como pode ser injusto o assassinio de um insidiador, de um salteador? O que significam as nossas escoltas, as nossas espadas? Certamente não seria lícito

48 OSTERTAG, Fritz. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Sachenrecht). Bern, Stämpfli, 1912, B. IV, III. Abt., p. 41; WIELAND, Carl. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Das Sachenrecht). Zürich, Schulthetz, 1909, p. 501.

49 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, v. 2, p. 320.

50 GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 5ª ed. Paris, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1911, p. 969, nota 2.

51 ALR prussiano, I, 7, §§ 141 a 143, ABGB austríaco, § 344, BGB, §§ 229 e 269, ZGB suíço, § 926, Código das Obrigações suíço, art. 52, 3ª alínea.

possuí-las, se de modo nenhum fosse lícito usá-las. Em suma, juízes, esta não é uma lei escrita, mas natural, lei essa que não aprendemos, nem adquirimos, nem lemos, mas que arrancamos, haurimos, extraímos da própria natureza, lei não ensinada, mas ingênita, em relação à qual não fomos formados, mas da qual estamos imbuídos [.....] Calam-se as leis, no meio das armas e não impõem que por elas se espere, pois aquele que quisesse aguardar seu auxílio poderia suportar um sofrimento injusto, antes de poder reivindicar o justo castigo”⁵².

Defender-se da agressão injusta, não só através da legítima defesa, mas também por outros modos, como a autotutela, corresponde a uma necessidade de todo indivíduo, independentemente de época e lugar.

Proteger a sua posse diante do ataque ilícito corresponde igualmente ao instinto de conservação do ser humano. Quem se deixaria despojar da posse sem repulsa, quando pode reagir contra o agressor?

“Está plenamente reconhecido pela consciência humana universal que a reação do homem para se manter na posse do seu direito é lei de conservação do direito mesmo. Não há quem possa, por exemplo, pôr em dúvida que se alguém contra minha vontade se introduz em meu domicílio não tenha eu o direito de botá-lo fora; se alguém foge com um objeto roubado, não tenha eu o direito de agarrá-lo à viva força; e se há quem devasta meu campo, não tenha eu o direito de constrangê-lo a desistir”⁵³.

No entanto, a necessidade das formas de autoproteção é variável conforme o tempo e o lugar. Em agrupamentos primitivos ou em sociedades desorganizadas, ela é mais intensa; nos estágios culturais mais aperfeiçoados, torna-se menos premente. Na precisa observação de Pontes de Miranda, a respeito de uma delas, “sociologicamente a justiça de mão própria ou indicia *atraso* do grupo social, ou *regressão* ocasional (guerras, revoluções, calamidades) ou, o que ainda não pôde ser eliminado, a não onipresença, de fato, ou a ineficiência policial e judicial do Estado”⁵⁴.

Onipresença de fato do Estado é até indesejável, pois significa ter ele se transformado em Estado totalitário, com o conseqüente sacrifício das liberdades individuais. O Estado do 1984 orwelliano — projeção das ditaduras “totais” contemporâneas — é onipresente, com todas as mazelas daí decorrentes.

52 CÍCERO, *Defesa de Milão In As Catilnárias — Defesa de Murena — Defesa de Arquias — Defesa de Milão*. Trad. Ana Paula Q. F. Sottomayor. Lisboa, Verbo, 1974, pp. 208/209, IV, 10 e 11.

53 REZENDE, Astolpho, *op. cit.*, p. 190.

54 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 320, grifos do original.

Como já foi afirmado antes, apesar da eficiência policial e judicial, sempre existirão hipóteses nas quais o auxílio estatal não bastará para proteção dos direitos subjetivos.

Entretanto, quanto mais ineficientes forem os aparatos policial e judicial, maior será a necessidade de autoproteção e, de fato, ela tenderá a crescer. A desarticulação da polícia e do Judiciário, o não-cumprimento pelo Estado da sua missão de defender os direitos subjetivos não só obrigam os cidadãos à utilização mais freqüente das modalidades de autoproteção, mas também provocam o aparecimento de substitutivos extralegais. "Entre tais manifestações temos na Idade Média o *Vehmgericht*, um tribunal secreto que usurpava as funções do Estado, e a vindita privada. Ambas as instituições constituíam um atestado patente de impotência ou parcialidade do juízo criminal e da debilidade do poder estatal", assinala IHERING⁵⁵.

Diante dos inúmeros e crescentes ataques à posse, não evitados ou reprimidos pelos órgãos estatais; face ao *pourissement* progressivo do Estado, com policiais tergiversando no cumprimento de ordens judiciais ou juízes hesitantes na prestação jurisdicional por um humanitarismo mal compreendido⁵⁶; numa época em que as agressões à posse e à propriedade são até irresponsável e publicamente estimuladas por quem deveria, pela própria função, contribuir para a concórdia entre os homens, preocupando-se mais na salvação de suas almas⁵⁷; quando o possuidor lesado é visto como "vilão" e os agressores saudados como "heróis" de fãncaria; quando o desrespeito à Lei e ao Direito se torna moeda corrente; neste calamitoso estado de coisas, na aurora da anarquia, mais decisiva é a autoproteção possessória.

Como já escrevia ENDEMANN, "tanto mais intensamente o direito de posse for colocado em perigo, através desta atitude (a privação de fato), tanto maior é a exigência de uma abundante autoproteção possessória".⁵⁸

55 IHERING, *op. cit.* (*A Luta ...*), p. 66.

56 "Sempre que o arbítrio e a ilegalidade possam erguer a cabeça sem rebuços nem constrangimento, teremos um indício seguro de que aqueles a quem incumbe a defesa do direito omitiram-se no cumprimento do dever", IHERING, *op. cit.* (*A Luta ...*), p. 49.

57 "As igrejas só deveriam ouvir a doce voz da caridade cristã, e tal confusão de funções não serve nem à causa da liberdade e do governo civil, nem à da religião. Aqueles que deixam seu próprio caráter para assumir um outro que não lhes pertence, em geral, ignoram tanto o caráter que deixam como o que assumem. Ignorando o mundo no qual se movimentam, sem experiência nos negócios sobre os quais se pronunciam com tanta segurança, eles só têm em comum com a política as paixões que excitam. A Igreja é certamente um lugar onde uma trégua de um dia deveria ser permitida às discussões e às cóleras dos homens." (BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Trad. Renato Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lídia Richter Ribeiro Moura. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1982, p. 84.

58 ENDEMANN, *op. cit.*, p. 233.

VI — Bibliografia

- ASCENSAO, José de Oliveira. *O Direito — Introdução e Teoria Geral*. 3ª ed. Lisboa, Gulbekian, 1984.
- BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Trad. Renato Assumpção Faria, Denis Fontes de Souza Pinto e Carmen Lúcia Richter Ribeiro Moura. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1982.
- CIAN, Giorgio. *Antigiuridicità e Colpevolezza*. — Saggio per una teoria dell'illecito civile. Padova, CEDAM, 1966.
- CICERO, Defesa de Milão. In *As Catilinárias — Defesa de Murena — Defesa de Arquias — Defesa de Milão*. Trad. Ana Paula Q. F. Sottomayor. Lisboa, Verbo, 1974.
- ENDEMANN, F. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 8. und 9. neubearbeitete Aufl. Berlin, Carl Heymann, 1905, 2. B., 1. Abt. (Sachenrecht).
- ENNECCERUS, Ludwig. *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 13. Aufl. Bearbeitung von Nipperdey, H. C., Marburg, Elwert, 1931, B. 1 (Einleitung, Allgemeiner Teil).
- FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma, Athenaeum, 1921.
- FERRIERE, Claude-Joseph de. *Dictionnaire de droit et de pratique contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnances, des coutumes & de pratique*. Nouvelle édition. Paris, Nyon, 1768.
- FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil — Esboço*. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores — Serviço de Documentação, 1952.
- GUARNERI, Giuseppe. *Diritto Penale e influenze civilistiche*. Milano, Bocca ed., 1947.
- GALLAS, Wilhelm. Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung. In *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft [Festschrift zum 60. Geburtstag vom Graf W. Gleispach]* Berlin, De Gruyter, 1936.
- GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. 5. ed., Paris, Librairie nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1911.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. 1, t. 2.
- IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Trad. Richard Paul Neto. Rio de Janeiro, ed. Rio, 1978.
- IHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. 2. Aufl. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1884.
- KANT, Emmanuel. *Métaphysique des mœurs — première partie — Doctrine du Droit*. Trad. A. Philonenko. Paris, J. Vrin, 1971.

- LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil — Parte General*. Trad. José Navas. Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1956.
- LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München, Beck, 1967.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. 4. ed. aggiornata dai professori P. Novolone e G. D. Pisapia, Torino, Tortinese, s. d.
- MAURACH, Reinhart. *Grundriss des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. Wolfenbüttel und Hannover, Wolfenbütteler Verlagsanstalt, 1948.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona, Ariel, 1962.
- MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. da 2. ed. alemã (1933) José Arturo Muñoz, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1935.
- OSTERTAG, Fritz. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Sachenrecht). Bern, Stämpfli, 1912.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro, Borsoli, 1954 (v. 2) e 1955 (v. 10).
- PETROCELLI, Biagio. *L'Antigiuridicità*. 2. ed., Padova, CEDAM, 1951.
- REZENDE, Astolpho. Do Direito das Cousas (Da Posse). In Lacerda, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*, v. VII. Rio de Janeiro, Jachinto Ribeiro dos Santos, 1918.
- ROXIN, Claus. As restrições ético-sociais ao direito de legítima defesa. In *Problemas Fundamentais do Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Nascheradetz, Lisboa, Vega, 1986.
- SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Trad. José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona, Bosch.
- TUHR, Andreas von. *Derecho Civil — Teoría General del Derecho Civil Aleman*. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires, Depalma, 1948.
- VANGEROW, Karl Adolph. *Lehrbuch der Pandekten*. 7. vermehren und verbesserte Afl. Marburg, Elwert, 1876, v. 1.
- WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 10. Afl. Berlin, De Gruyter, 1967.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa, Gulbekian, 1980.
- WIELAND, Carl. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Das Sachenrecht). Zürich, Schulthetz, 1909.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 3. Afl., 2. Abdruck. Düsseldorf, Julius Buddeus, 1873.

A Ação de Nunciação de Obra Nova e a "Legitimatio ad Causam" do Particular para Exigir o Cumprimento de Regulamento ou de Postura

MIGUEL JOSINO NETO

Advogado em Natal e Assessor Jurídico da
Consultoria Geral do Estado do Rio Grande
do Norte

O objetivo do presente trabalho jurídico é o estudo sistematizado com a intenção de se verificar se o particular, sentindo-se prejudicado pelo fato de outrem construir em desacordo com as limitações de ordem administrativa, tem ou não legitimidade para ajuizar Ação de Nunciação de Obra Nova, cobrando o cumprimento de normas municipais, estaduais ou federais.

A questão, no âmbito da doutrina, além de escassa, é polêmica, por vezes confusa. Alguns autores, discorrendo sobre a Ação de Nunciação, silenciam sobre esse problema específico da *nunciatio* (cf. ANTÔNIO MACEDO DE CAMPOS, in *Procedimentos Especiais*, Sugestões Literárias, 1980; GERCI GIARETA, in *Aspectos da Ação de Nunciação de Obra Nova*, artigo publicado na *AJURIS*, vol. 41/129; JOSÉ DA SILVA PACHECO, in *Direito Processual Civil, Forense*, vol. II, 1976; JOÃO MILTON HENRIQUE, in *Digesto do Processo, Forense*, vol. I). Os Tribunais chamados a dirimir os conflitos intersubjetivos, têm ofertado contribuições de suma importância para a compreensão do assunto aqui em estudo. O problema surge devido à redação do art. 934 do Código de Processo Civil que, no inciso III, diz que a Ação de Nunciação de Obra Nova compete "ao Município, a fim de impedir que o particular construa em contravenção de lei, de regulamento ou de postura".

A redação desse inciso, observando-se do ponto de vista puramente lógico, mostra-se, às escâncaras, incompreensível. E se, por exemplo, a União, o Estado ou o próprio Município construir em desrespeito a lei? A questão é complexa, haja vista que o inciso diz "a fim de impedir que o particular construa em contravenção da lei, de regulamento ou de postura". Ora, se a obra estiver sendo erigida pela União, pelo Estado, o Município não poderá ajuizar tal Ação, posto que haveria ilegitimidade passiva por parte da União ou do Estado. E se por acaso, o que não se afigura absurdo, o próprio Município estiver construindo em desacordo com a lei,

ao regulamento ou às posturas? Lembremo-nos que o mesmo dever que tem o particular de cumprir as imposições urbanísticas, tem, igualmente, o Poder Público. Quem terá legitimidade para ajuizar a nunciação? Pela redação atual do dispositivo, na sua literalidade, a obra, em ambos os casos, corria o risco de ser construída sem qualquer embargo, pois a Ação seria juridicamente impossível. Restaria à parte prejudicada buscar a paralisação da obra por outras vias.

Há, no terreno da doutrina, um trabalho jurídico de grande importância para compreensão do absurdo redacional do inciso, de autoria do professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, publicado na Revista *Ajuris*, vol. 24, p. 43, onde críticas mordazes são feitas à redação do inciso III do art. 934 do Código de Processo Civil. Sobre a legitimidade ativa para o ajuizamento da Ação, o egrégio doutrinador citado reconhece que “a questão vem suscitando perplexidades e divergências”. Sobre a legitimidade ativa para o ajuizamento da nunciação, a posição ofertada pelo mestre, *data venia*, não se coaduna com o pensamento mais moderno em termos de processo. A tese do notável processualista é no sentido de que “o alvitre mais plausível é o de reconhecer-se legitimidade ativa para a nunciação de obra nova não só ao Município, mas também à União e ao Estado”. Para BARBOSA MOREIRA a legitimidade seria em decorrência da origem de onde houver emanado a lei. Se a lei é federal, a competência para o ajuizamento seria da União. Se estadual, a legitimidade seria do Estado e se municipal, a legitimidade seria, então, do Município. Até aí tudo bem. Mas se o prejudicado for o particular? Se alguém, seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou não, estiver construindo em desacordo com uma norma, seja ela federal, estadual ou municipal, e em razão disso, estiver lhe causando prejuízo, é óbvio que há interesse relevante para ser protegido e, aí, há legitimidade para o ajuizamento da Ação.

Para autores do porte de ANTONIO CARLOS MARCATO, entretimentos, “pouco importa tenha a norma violada sido editada por outra pessoa jurídica de direito público interno (União ou Estado); qualquer que seja sua origem, somente ao Município competirá a ação de nunciação” (cf. *Procedimentos Especiais, Revista dos Tribunais*, 1986, 1.ª ed., p. 92).

VICENTE GRECO FILHO, no seu livro *Direito Processual Civil Brasileiro*, Saraiva, 3.ª ed., 1987, vol. 3, pp. 231/232, entende que “se o Mu-

nicípio não pode criar relações jurídicas entre indivíduos, mas somente entre ele e o munícipe, também não pode o particular, fundado em legislação municipal, pleitear direito ou cumprimento de prestação contra outro particular, porque não é titular de relação jurídica de que ambos façam parte, nem tem direito oponível contra ele". Como se vê, são muitos os doutrinadores que inadmitem a legitimidade de outras pessoas que não o Município para figurar como sujeito ativo da relação processual. Não nos convencemos, todavia, da opinião de GRECO FILHO no sentido de que o caminho a ser tomado, no caso de o particular infringir normas edilícias municipais, deva ser o de o prejudicado, através da ação de preceito cominatório, nos termos do art. 287 do CPC, de compelir o Município a atuar contra o outro particular que tenha construído ou exerça atividade contrariamente às disposições legais locais. Com todo respeito ao ilustre processualista, mas o conselho parece inoportuno e juridicamente inviável, porque "ação cominatória é ação pessoal, somente tem por fito adimplemento, pelo demandado, de alguma obrigação ou de algumas obrigações de fazer ou não fazer", segundo lúcido ensinamento de PONTES DE MIRANDA, no seu *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1974, tomo IV, p. 47. Ademais, o próprio conceito de obrigação — "relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão" (CLÓVIS BEVILÁQUA), termina por inviabilizar a opinião do mestre antes citado.

Há, além dessas questões, outra de não menos importância. É que, nos termos do art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e, como se viu, não há lei alguma que obrigue o Município a ajuizar ação contra quem quer que seja. Mesmo que se admitisse a validade da sugestão apontada pelo preclaro Prof. GRECO FILHO, a ação, por seguir o procedimento comum (RT 504/111), poderá, em face da demora na prestação da tutela jurisdicional, perder seu objetivo. Ademais, e se for o próprio Município que estiver construindo em desobediência à lei, ao regulamento e/ou posturas?

SAN TIAGO DANTAS, em profícuo estudo sobre *Conflitos de Vizinhaça e sua Composição*, Ed. Forense, 2.ª ed., 1972, reconhece que "a vizinhança é regulada por leis administrativas e pela lei civil. As primeiras contêm às vezes dispositivos que protegem toda a coletividade, todos

os indivíduos por igual; mas também contém os que tutelam especialmente a vizinhança, o interesse dos vizinhos, e agora discute-se se criam, em favor destes, direitos passíveis de proteção judiciária. (...) O problema — continua SAN TIAGO — que aí se coloca, tem sido objeto de discussões numerosas, pois alguns pensam que as normas administrativas não geram apenas uma relação entre o Estado e o particular, enquanto que outros julgam que, além dessa, pode formar-se também uma relação entre dois particulares, dos quais um seria beneficiado com a observância da norma por parte do adversário. Assim, quando as leis edilícias impõem certas medidas ao proprietário que pretende edificar, e este, no fazê-lo, as desrespeita, pensam os partidários da primeira opinião que só o Poder Público está em condições de reclamar a sua obediência, e pensam os partidários da segunda que também o está qualquer cidadão prejudicado”.

Adiante, na mesma obra, o citado autor, inspirado nos ensinamentos de doutrinadores italianos, especialmente nos estudos desenvolvidos por ALFREDO ASCOLI (in *Riv. Dir. Civile*, 198, pp. 72 e ss) e FRANCESCO ROVELLI (artigo sob o título “Eficacia dei Regolamenti Comunali Edilizi nei Rapporti Privati”, in *Riv. Dir. Privato*, 1934, vol. II, pp. 13 e ss) chegou a admitir, porém de maneira confusa, que “só do exame individual de cada norma administrativa é que se pode concluir se o direito de exigir o cumprimento cabe apenas ao Poder Público ou também aos particulares”. Por fim, o saudoso mestre queda-se à opinião de que “o interesse urbano se atua através do interesse dos proprietários em guardar o gozo de certas perspectivas” e, portanto, “é indiscutível ao proprietário o direito de reclamar” (cf. ob. cit., p. 56).

É evidente que o tema em estudo guarda nítida relação com o direito de construir. Este direito, por sua vez, está sujeito a limitações tanto de ordem pública quanto de ordem privada, daí a multiplicidade de interrogações acerca do assunto. O tema, como já foi dito, é polêmico e o debate extrapola as fronteiras pátrias. FERRNI e PULVIRENTI, (in *Delle Servitù Prediali*, Ed. Uted Marghieri, 1908), comentam decisão da Corte de Apelação de Gênova, de 30 de outubro de 879 e dizem: “Tem sido objeto de numerosas disputas e controvérsias o problema sobre os regulamentos e disposições municipais relativos a posturas, enquanto venham a limitar o exercício do direito de propriedade, possam constituir matéria para o exercício de ação judicial também entre os particulares. O problema foi resolvido negativamente pela Corte de Apelação de Gênova; mas a grande maioria dos julgados é no sentido favorável à ação. Tem-se objetado,

contra a concessão desta, que tais regulamentos concernem à tutela dos interesses públicos e que um particular não tem a missão ou a qualidade para tutela dos mesmos, pois de outra forma se recairia nas ações populares, as quais foram, com maior rigor, excluídas pelo nosso direito, onde a lei explicitamente não o admite". Por fim, concluem os citados autores que: "As relações de vizinhança, a lei prevê em título próprio e com normas especiais: observadas estas, as razões patrimoniais dos particulares ficam satisfeitas; as outras limitações têm um fim particular e sanções particulares: se delas deriva utilidade ou vantagem à propriedade vizinha, isto é um simples *commodum*, que não se constitui um direito subjetivo".

Outro autor italiano, em raciocínio doutrinal, mostra-se claramente arredo à tese de se conferir legitimidade ao particular para cobrar, de vizinho, o cumprimento das normas disciplinadoras das postulas edilícias. Esse autor sustenta, com látegos de fogo, a tese de que "o particular tem, apenas, um interesse indireto em ver observadas as prescrições respectivas, não tendo o particular, pois, direito subjetivo que o autorize ao ajuizamento da Ação" (cf. FRAGOLLA, in *Teoria Delle Limitazioni al Amministrative al Diritto di Proprietà*).

ZAPPULLI (in *Regolamenti Edilizi Fonte di Diritto Sijettivi Privatti*), é outro autor italiano que se manifestou sobre o assunto, reconhecendo que "os regulamentos municipais em matéria edilícia e de higiene pública podem constituir fonte de direito subjetivo dentro de determinados limites, ou seja, quando se trate de prescrições preordenadas a disciplinar o exercício do direito de propriedade e das relações de vizinhança, a sua violação vale por si mesma para legitimar o uso da ação pelo particular, sem que ocorra da parte deste a prova da existência de uma efetiva lesão patrimonial".

A doutrina dominante, hoje, no Brasil, entende que os particulares são detentores de "direito subjetivo" que os legitima para invocar o cumprimento, pelos vizinhos, das normas edilícias. Vale citar, aqui, lapidar escólio do saudoso jurista HELY LOPES MEIRELLES que, com ponderação irresponsável, sustenta ter o particular legitimidade para cobrar de outrem o cumprimento das posturas edilícias. Afirma o citado autor que "há uma autêntica delegação da lei civil às disposições administrativas para que passem a atuar em lugar da legislação privada, preenchendo o claro da norma civil, embora conservando a imposição de Direito Público (cf. aut. cit., in *O Direito de Construir*, RT, 5.^a ed., 1987, p. 74).

Adiante, na mesma obra, ensina o ilustre publicista que a integração dessas normas administrativas na legislação civil faz surgir para os proprie-

tários, nas suas relações de vizinhança, direitos subjetivos às observâncias das limitações, por parte dos que constróem sob a vigência de tais imposições. Fazemos apenas uma ressalva a esta observação do Prof. HELY LOPES MEIRELLES. É que não surgem direitos subjetivos apenas para os proprietários, mas, também, para os possuidores, por interpretação analógica do inciso I do art. 934 do Código de Processo Civil.

Corroborando a tese ora defendida, colhe-se da *opinio doctorum* de FILADELFO DE AZEVEDO (in *Destinação do Imóvel*, 1957, p. 138), a lembrança de que “essas regras de caráter local são, assim, encampadas e sublimadas, passando à categoria de direito substantivo”. Com efeito, observa-se, sem qualquer forçada exegese e sem obséquio ao exagero, que os “regulamentos administrativos” têm função integrante do Código Civil. E é preciso enxergar assim. Segundo o magistério de SERPA LOPES, *apud* RENATO MARTINS PRATES (“Limitações Administrativas ao Direito de Construir” in RDP 80/107) as normas administrativas se ‘naturalizam’ como normas civis, passando a fazer parte integrante destas, *ex vi* do disposto no art. 572 do CC. Ademais, cabe à doutrina e à jurisprudência conscientizar o aplicador da lei que deve se libertar das estreitezias da dogmática. Afinal de contas, “a lei não esgota o direito, como a partitura não exaure a música. Interpretar é recriar, pois as notas musicais, como os textos da lei, são processos técnicos de expressão e não meios inextensíveis de exprimir”, segundo o magistério brilhante do Prof. MÁRIO MOACYR PORTO, in *A Estética do Direito*, RT 541/16.

ERNANI FEDÉLIS DOS SANTOS, com a autoridade de quem é Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia, no seu respeitado *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1988, vol. IV, p. 53, sustenta, de maneira bastante clara, que “se o particular demonstrar interesse, como seria a hipótese de ver seu prédio prejudicado por construção de altura superior à permitida pela postura, poderá, com tal fundamento, nunciar a obra”. Com efeito. As restrições ao direito de construir, geralmente na modalidade negativa, ou seja, impondo obrigação de não fazer, não admite descumprimento. Ora, se uma pessoa constrói em observância expressa aos regulamentos administrativos e outra em desacordo com esses regulamentos, é óbvio que se está sendo vulnerado o princípio constitucional que assegura a igualdade, posto que “todos são iguais perante a lei”, inclusive no que concerne ao cumprimento de obrigações. Se alguém constrói descumprindo, por exemplo, a quota permitida para determinado bairro, essa construção pode afetar o vizinho, no que diz respeito à desvalorização do seu imóvel. O vizinho prejudicado pode,

assim, para evitar que o seu imóvel sofra desvalorização devido a construção ilegal, tomar várias medidas judiciais, inclusive a Nunciação de Obra Nova. Como bem ensina LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (in *Disciplina Urbanística da Propriedade*, RT, 1.ª ed., 1980, p. 90), “os particulares interessados no cumprimento da legislação, quer sejam vizinhos (dentro do elastério que, atualmente, o termo comporta), quer terceiros, dispõem de diversos remédios jurídicos para se insurgirem contra as licenças expedidas para pressupostos ilegais. Na realidade, são detentores de *direito subjetivo*”.

Na seara jurisprudencial há inúmeros precedentes admitindo a legitimidade do particular para o ajuizamento da Ação de Nunciação de Obra Nova. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento unânime, considerou que o vizinho tem legitimidade ativa para ajuizar nunciação contra outro pelo fato deste construir em desacordo com a legislação local e, assim, o prejudicar, com a desvalorização do seu imóvel (RTJSP, vol. 68/170).

Em julgado recente do qual foi Relator o eminente Desembargador ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em iluminado voto, diz, peremptoriamente, que “não se negam, em tese, aos proprietários ou moradores de prédios contíguos, ou mesmo, moradores do vizindário, o interesse e o eventual direito de embargar a construção de prédios cujos projetos venham a infringir a legislação edilícia ou os chamados ‘direitos de vizinhança’. Todavia, necessário é que os reclamantes comprovem o real prejuízo em termos de segurança do seu prédio, ou de salubridade, de iluminação solar, de ventilação, ou *comprovem que a nova edificação estará em contravenção aos planos urbanísticos do bairro ou loteamento*” (voto proferido na Ap. Civ. n.º 587000639, in RT 627/192).

Ainda aceitam a tese da legitimidade: JOSÉ AFONSO DA SILVA, in *Direito Urbanístico Brasileiro*, RT, 1981, p. 578; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, in *Tratado de Direito Administrativo*, Freitas Bastos, vol. 5, primeira parte, 1943, p. 449; RENATO MARTINS PRATES, in *Limitações Administrativas ao Direito de Construir*, RDP, vol. 80, p. 107; PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 1955, Tomo 13, p. 401, e YUSSEF SAID CAHALI, em ensaio publicado sob o título “Nunciação de Obra Nova”, no livro *Posse e Propriedade — Doutrina e Jurisprudência*, Ed. Saraiva, 1.ª ed., 1987, pp. 731 e ss., esp. o item 5 e OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, no livro *Procedimentos Especiais*, AIDE, 1.ª ed., 1989, p. 299, embora entenda que desde que atendidos os pressupostos da ação dos incisos I ou II.

Os processualistas modernos admitem, sem reboços, a legitimidade de o particular ajuizar Ação de Nunciação de Obra Nova objetivando ver cumprida a norma disciplinadora da atividade urbana, que for violada. E o sustentáculo desses processualistas é, sem dúvida alguma, o conceito moderno de que se tem de interesse e legitimidade. TULLIO LIEBMAN, no seu *Manual de Direito Processual Civil*, Forense, vol. I, 2.^a ed., 1985, ensina, com maestria, que “o interesse de agir é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento da tutela jurisdicional pedida”. Sobre a legitimidade, o mestre italiano diz que: “a legitimidade para agir é, pois, em resumo, a pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado a juízo” (idem, p. 159).

A linealidade, a coerência e a simplicidade do argumento até aqui desenvolvido são confirmadas pelos Tribunais que, nos casos concretos, com auxílio em alguns doutrinadores, têm dado maior elastério à interpretação do inciso III do art. 934 do Código de Processo Civil. Veja-se, *en passant*, a contribuição jurisprudencial. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, através da sua Primeira Câmara, adotou esse posicionamento, com a seguinte ementa: “Direito de construir. As restrições de Direito Administrativo opostas ao exercício do direito de construir inerente ao da propriedade, criam obrigações de não fazer para o seu titular, e cujo inadimplemento ou probabilidade de inexecução corresponde o direito subjetivo do proprietário vizinho de obter a reposição *in prestimum* ou a execução *in natura* daquele dever de abstenção”.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos Emb. Infrs. n.º 32.204-1, in *LEX JTJESP*, vol. 94, p. 313, perfilhou esse entendimento, embora com voto divergente do Des. Octávio Stucchi. O Relator designado para o acórdão, Des. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, processualista de escol, expôs, de maneira inteligente, que “o reconhecimento dessa legitimidade pela douta maioria está, contudo, ao lado dos objetivos reconhecidos em tempos modernos ao processo civil como instrumento da jurisdição assim como se harmoniza com a crescente amplitude que os tempos modernos vão impondo à garantia constitucional da ação. Já não se trata de proteger apenas os direitos subjetivos da pessoa, outorgando a tutela jurisdicional quando for alegada sua violação: também os *interesses legítimos*, ou seja, interesses coincidentes e compatíveis com os valores sociais

e públicos tutelados, são alvo de igual proteção. Tal é a atualíssima lição de LIEBMAN". E continua DINAMARCO: "Restringir a legitimação, como no presente caso, é restringir a própria garantia da ação, contra a tendência dos tempos. É grande a responsabilidade do Poder Judiciário, o que deve levá-lo a abrir-se a lamentações de toda ordem, em crescente ampliação de sua atividade, até onde haja lamentação de direito violado, ou interesse legítimo comprimido. (...) É preciso sentir, todavia, que a cada um atinge e ao confinante em medida maior que aos demais, a violação dessas exigências feitas em benefício da própria comunidade. Negar ouvidos ao seu queixume é restringir a atuação do Poder Judiciário, como se disse, em sentido contrário ao das diretrizes do processo civil moderno".

O mesmo TJSP, na Apelação Civil n.º 198.085, in *LEX JTJESP*, vol. 24, p. 47, Rel. Des. Henrique Machado, teve opinião idêntica. No seu voto, o nobre Relator diz que "atualmente... predomina a tese de que tem o vizinho o discutido direito subjetivo. E isso porque, com as normas administrativas, edílicas, se procura preservar o interesse geral, coletivo, devendo-se, por isso mesmo, conceder-se proteção direta ao particular, no respeito àquelas normas que, indiscutivelmente, passa a ter interesse protegido pela lei e que de forma alguma pode ficar à margem da proteção legal". Vale consultar, ainda, os seguintes julgados: *RJTJESP*, vol. 50, p. 245; *RJTJESP*, vol. 52, p. 81; *RJTJESP*, vol. 80, p. 242; *RT* 373, p. 204; *RT*, vol. 510, p. 106 e *RT*, vol. 513, p. 77.

O Tribunal de Justiça de Goiás, em acórdão unânime da 2.ª Câmara Cível, entendeu que: "Inobstante dizer o art. 934, III, do CPC, competir ao Município o uso da ação nunciatória para "impedir que o particular construa em contravenção da lei, regulamento ou postura", não obsta que o particular, mormente aquele a ser diretamente prejudicado com a construção, cioso de suas prerrogativas de cidadão, que paga imposto e contribui para o progresso de sua cidade, também postule no sentido de impedir ou vedar que o seu vizinho construa obra em contravenção da lei, do regulamento ou de postura. A lei não pode restringir o direito do cidadão, desde que comprove ele a assertiva de seu pedido". (Cf. ALEXANDRE DE PAULA, in *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Forense, vol. VIII, 1988, p. 14.)

O Supremo Tribunal Federal, "sumo intérprete da Constituição", no dizer de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, prestigiou o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. No julga-

mento do Recurso Extraordinário n.º 60.543-SP (*Revista Trimestral de Jurisprudência* 47/673), o saudoso Ministro HERMES LIMA chegou a admitir, no que foi acompanhado pelos demais membros daquela Corte, que o vizinho tem direito adquirido de impedir construções vizinhas em desacordo com as normas edilícias. Não foi diferente a senda traçada pelo eminente Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, no Recurso Raro n.º 63.994-RJ (*Revista dos Tribunais* 459/233). Veja-se, a propósito, a ementa desse *decisum*: “NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA — INOBSERVÂNCIA DE REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS — LEGITIMIDADE DE PARTICULAR QUE SE DIZ PREJUDICADO PELA EDIFICAÇÃO — RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”. Vale ver, no mesmo sentido, Recurso Extraordinário n.º 69.376, Rel. Min. LUIZ GALOTTI.

A vista do exposto, bem de ver que o particular tem legitimidade para ajuizar Ação de Nunciação de Obra Nova cobrando do vizinho o cumprimento de normas administrativas, posto que ele tem direito subjetivo e, ainda, em razão de que os regulamentos administrativos integram o art. 572 do Código Civil, quando condicionam o direito de construir às exigências das regras de convivência de vizinhança. E “a integração dessas normas administrativas na legislação civil faz surgir para os proprietários, nas suas relações de vizinhança, direitos subjetivos à observância das limitações, por parte dos que constróem sob a vigência de tais imposições” (cf. HELY LOPES, *ob. cit.*, p. 75). E como lembra MOACYR AMARAL SANTOS, in *Ações Cominatórias do Direito Civil Brasileiro*, Max Limonad, Tomo II, 4.ª ed., p. 715, “. . . os regulamentos administrativos sobre direito de construir, a que estão sujeitas as construções em geral, (Código Civil, art. 572), matéria da competência municipal são outras tantas posturas ou leis municipais, de observância obrigatória pelos particulares e que, ‘guardado o evidente caráter público, de que se despem’, vão integrar-se nas normas gerais estabelecidas pelo Código Civil em matéria de propriedade privada”.

O proprietário ou possuidor tem o direito subjetivo de exigir de seu vizinho o respeito às leis urbanísticas em matéria de construção, o que lhes confere *legitimitatio ad causam* para embasar sua pretensão em juízo. De mais a mais, “lei alguma pode limitar, amputar ou desconhecer esse direito individual do cidadão, que é o direito à prestação jurisdicional” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, in “As Garantias Constitucionais do Direito de Ação” *RT*, 1973, p. 156).

Cautelar Fiscal

HUGO DE BRITO MACHADO

Juiz-Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Professor Titular de Direito Tributário da UFC. Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário. Ex-Procurador da República.

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Cautelar depois da constituição do crédito tributário.* 3. *Cautelar antes da constituição do crédito tributário.* 4. *A presunção de fraude.* 5. *A preferência do crédito tributário.* 6. *Conclusões.*

1. *Introdução*

Quando o governo pretendeu combater a sonegação de tributos, em 1965, obteve do Congresso Nacional a aprovação da Lei n.º 4.729, que *define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências*. Ocorre que as condutas, nela descritas como integradoras do tipo *sonegação fiscal*, já configuravam os crimes de falsidade material, ou de falsidade ideológica, ou de estelionato.¹ A lei que fora criada para reprimir a sonegação, além de ser péssima em termos de técnica legislativa, terminou sendo mais benigna para com os sonegadores, sob vários aspectos.²

Agora, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional projeto de lei instituindo *medida cautelar fiscal*, a demonstrar que, mais uma vez, a solução dos problemas é buscada com a elaboração de leis, sem que se procure conhecer e aplicar as leis já existentes.

1 Código Penal, art. 171 (estelionato); art. 297 (falsificação de documento público); art. 298 (falsificação de documento particular) ou art. 299 (falsidade ideológica).

2 A jurisprudência orientou-se no sentido de que, em face do princípio da especialidade, a conduta capitulável na Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, não pode mais ser capitulada no Código Penal.

O projeto em questão, além de ignorar as soluções já admitidas pelas leis em vigor, é extremamente infeliz naquelas que preconiza.

Com efeito, o projeto ignora a presunção de fraude e a preferência do crédito tributário, previstas no Código Tributário Nacional, que constituem, como adiante demonstraremos, formas equânimes e seguras de proteção da Fazenda Pública, contra as manobras que a cautelar fiscal pretende evitar.

2. *Cautelar depois da constituição do crédito tributário*

Afirma o Ministro Marcílio Marques Moreira, na exposição de motivos enviada ao Presidente da República, que o combate à sonegação fiscal tem sido prejudicado pela impossibilidade de cobrança do crédito tributário ante a insuficiência patrimonial do devedor, insuficiência que na maioria das vezes é resultante da transferência premeditada de bens, com o objetivo de frustrar a execução fiscal. E acrescenta que tal prática "é facilitada pelo lapso temporal transcorrido entre a constituição do crédito tributário e o trânsito em julgado da ação³ competente para a cobrança da dívida ativa".⁴

Ocorre que a cobrança do crédito tributário regularmente constituído não depende do trânsito em julgado de sentença nenhuma. A Fazenda Pública tem o privilégio de constituir unilateralmente o título de que necessita para promover a execução judicial do crédito tributário.

Mesmo no caso em que o contribuinte ingressa em Juízo antes da execução, com anulatória do lançamento, ou declaratória de sua inexistência, a Fazenda Pública, por força do disposto no art. 585, § 1.º, do Código de Processo Civil, não fica impedida de promover desde logo a execução correspondente. É certo que, se o autor da ação depositar a quantia em disputa, a exigibilidade do crédito fica suspensa, e a execução é impossível. Neste caso, porém, a questão fica superada e a execução perde definitivamente o seu objeto. Vencedora na demanda, a Fazenda Pública terá satisfeito o seu crédito mediante um simples despacho determinando a conversão do depósito em renda sua, nos termos do art. 156, item VI, do Código Tributário Nacional.

Qualquer demora na propositura da execução fiscal, depois da constituição definitiva do crédito tributário, só à própria Fazenda Pública é imputável, e não se deve cogitar de medida *cautelar*, quando a demora é da parte que a pretende.

³ Há, neste ponto, como em muitos outros do projeto, evidente impropriedade, posto que ação não transita em julgado. Entende-se que a exposição de motivos pretendeu referir-se à sentença.

⁴ Item 4 da exposição de motivos do Ministro Marcílio Marques Moreira ao Presidente da República.

Por outro lado, é difícil admitir-se a necessidade de medida cautelar para proteção de crédito tributário já constituído, quando a Fazenda Pública dispõe do melhor dos instrumentos processuais existentes, que é a penhora de bens, com a qual se inicia o processo de execução.

A penhora é, sem dúvida, a melhor das cautelares.

É certo que o projeto estabelece a possibilidade de cautelar antes da execução.⁵ A questão que se coloca, neste caso, é a de saber se seria cabível medida cautelar neste caso, pois a demora que porventura aconteça entre a data da constituição definitiva do crédito tributário e a propositura da execução é imputável à Fazenda. Realmente, não obstante o projeto não aluda ao perigo da demora e à aparência do bom direito como pressupostos da cautelar fiscal, tais pressupostos são indispensáveis.⁶

Não se questiona o cabimento da cautelar pelo fato de ser o processo principal um processo de execução, pois na verdade a cautelar tem a finalidade de conservar uma "durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução".⁷ O que enseja dúvida a respeito do cabimento da cautelar de que se cuida é o fato de que a Fazenda Pública comanda a prática dos atos que antecedem a execução fiscal, de sorte que a demora na propositura desta, e conseqüente realização da penhora, é imputável a ela própria.

É verdade que o procedimento de constituição do crédito tributário desenvolve-se com observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, o que pode ensejar, em alguns casos, a prática, pelo contribuinte, de atos abusivos tendentes a procrastinar o andamento do processo. Ocorre que o juiz desse processo é a própria Fazenda Pública, que pode e deve coibir tais abusos.

Seja como for, o melhor instrumento para evitar que o contribuinte se valha do direito de defesa, e do contraditório, no processo administrativo de constituição do crédito tributário, para retardar a execução, com o fito de desviar bens de seu patrimônio, é a exigência do depósito como condição para a interposição de recursos administrativos, de que nos ocuparemos adiante.

5 Especialmente artigos 1º e 11.

6 Mesmo que não se pretenda invocar os subsídios doutrinários, pertinentes à natureza do processo cautelar, o art. 18 do projeto determina que se apliquem à cautelar fiscal as disposições do Código de Processo Civil que cuidam do processo cautelar.

7 HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1988, vol. II, p. 1.108.

3. *Cautelar antes da constituição do crédito tributário*

O projeto cria a possibilidade de cautelar fiscal em diversas hipóteses, que bem poderiam ser resumidas a uma única, prevista em seu art. 2.º, item IV, vale dizer, quando o devedor, notificado pela Fazenda Pública para o pagamento de crédito tributário, não o faz, e não há garantia formalizada no processo respectivo. Por outro lado, em seu art. 11, estabelece o prazo de 60 dias para a propositura da execução, *contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa*.

É sabido, e aqui já foi dito, que a demora no procedimento administrativo de constituição do crédito tributário é imputável à própria Fazenda Pública. Pela norma em referência, ficaria esta inteiramente à vontade para demorar o tempo que lhe aprouvesse com tal procedimento administrativo em andamento, o que se não deve admitir. Primeiro, em razão do próprio interesse público, que exige a constituição do crédito em tempo razoável, sem procrastinação. Segundo, porque não é razoável admitir presente o perigo da demora, como fundamento para a medida cautelar, quando essa demora é imputável à própria parte que pretende a medida cautelar.

De todo modo, mesmo afastando tal consideração, não se pode esquecer que um dos pressupostos para o deferimento das cautelares em geral é a aparência do bom direito. E não se pode considerar presente a aparência do bom direito se a própria Fazenda Pública encontra dificuldades para decidir as questões colocadas no procedimento administrativo.

Realmente, se uma vez lavrado o auto de infração, a defesa apresentada pelo contribuinte não oferece nenhum argumento sério no sentido da improcedência da exigência fiscal, o julgamento deve ocorrer sem delongas.

De todo modo, se se pretende instituir uma garantia em favor da Fazenda Pública, para que esta possa apreciar a defesa, e os recursos, do contribuinte, sem preocupar-se com a garantia da execução do crédito tributário, a solução indicada não é a cautelar fiscal, mas a exigência de garantia de depósito como condição para a interposição do recurso administrativo.

Com o depósito, estará plenamente garantido o crédito tributário, sem o constrangimento para o contribuinte, cujos bens restantes permanecerão livres.

Aliás, bem pode a lei estabelecer que a exigência de depósito, como condição para o conhecimento da reclamação, ou do recurso, fique a critério da autoridade da Administração Tributária. Assim não será generalizada a exigência odiosa, e ficará a própria Fazenda Pública como juiz da necessidade de exigir, ou não, o depósito.

4. A presunção de fraude

O direito vigente estabelece importante garantia em favor do crédito tributário. "Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução".⁸

Esse dispositivo estabelece, como se vê, "uma presunção geral, *juris et de jure*, isto é, sem possibilidade de prova em contrário, de que é fraudulenta, contra o Fisco, a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo, desde que o crédito tributário contra ele esteja regularmente inscrito e em fase de execução".⁹

Como já tivemos oportunidade de escrever, "estar o crédito tributário em fase de execução não significa já haver sido proposta a ação de execução. Há, todavia, manifestações doutrinárias e alguns julgados no sentido, inclusive do Tribunal Federal de Recursos em sentido contrário".¹⁰ Quem conhece a linguagem fazendária sabe que a partir da remessa dos autos do processo administrativo para a Procuradoria da Fazenda, para inscrição do crédito como dívida ativa, diz-se que ele está *em fase de execução*. De todo modo, prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que a fase de execução somente começa com a citação do réu no processo de execução.

Não há dúvida, porém, de que a presunção de fraude de que trata o art. 185 do vigente Código Tributário Nacional resolve, perfeitamente, a questão da garantia do crédito tributário, sem causar o constrangimento aos contribuintes, que resultaria da decretação de indisponibilidade de seus bens.

Se a Fazenda Pública pretende ampliar tal garantia, o melhor caminho é a antecipação do momento a partir do qual a alienação de bens presume-se fraudulenta. Seria bastante, para tanto, uma alteração no artigo 185, do Código Tributário Nacional. Poder-se-ia ter esse artigo assim redigido:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo de crédito tributário cuja constituição tenha sido iniciada."

⁸ Código Tributário Nacional, art. 185.

⁹ ALIOMAR BALEEIRO, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 604.

¹⁰ HUGO DE BRITO MACHADO, *Curso de Direito Tributário*, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 128.

5. A preferência do crédito tributário

Entre as hipóteses de cabimento da cautelar fiscal, previstas no projeto em referência, está aquela em que o contribuinte "contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias;..." (art. 2.º, item III). Mais uma vez o projeto desconhece a legislação vigente, que consagra proteção bem mais valiosa em favor do crédito tributário.

Com efeito, segundo o art. 186 do Código Tributário Nacional, "o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho".

Assim, se o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo de sua constituição, o fato de o contribuinte contrair dívida é inteiramente irrelevante. Essas dívidas em nada prejudicam a garantia de recebimento do crédito tributário.

Realmente, salvo em relação aos créditos decorrentes da legislação do trabalho, a preferência do crédito tributário é absoluta.¹¹ Mesmo os credores hipotecários, pignoratícios, anticréditos etc. não podem opor ao fisco a garantia real de que são titulares.¹²

6. Conclusões

Em face de todas estas considerações é fácil chegarmos às seguintes conclusões:

1.º) O projeto de cautelar fiscal apresentado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, acompanhado da Exposição de Motivos n.º 500/91, de 30 de outubro deste ano de 1991, além de desconhecer a legislação existente, é inteiramente inadequado para o fim a que se propõe.

2.º) A presunção de fraude, já estabelecida no Código Tributário Nacional, é instrumento bastante para garantir o crédito tributário contra as atitudes de maus contribuintes, que alienam seus bens procurando fugir à responsabilidade pelo pagamento de suas dívidas tributárias.

3.º) Na hipótese de se considerar a presunção de fraude, acima mencionada, insuficiente, o melhor caminho é a mudança da redação do art. 185, do vigente Código Tributário Nacional, antecipando-se para o início da constituição do crédito tributário a data a partir da qual presume-se fraudulenta a alienação dos bens do sujeito passivo da obrigação respectiva.

11 ALIOMAR BALEKEIRO, *op. cit.*, p. 606.

12 ALIOMAR BALEKEIRO, *op. cit.*, p. 606.

A Influência de Fatores Metajurídicos no Sistema de Direito Privado "Modelo Aberto Externo"

ROBERTO SCHAAN FERREIRA

SUMÁRIO

1. O Direito e o homem. 1.1 Momento inconsciente. 1.2 Momento instrumental. 1.3 Momento científico. Primeiras conclusões. II. Sistema, abertura e metajuridicidade. II.1 Sistema. II.2 Abertura. II.3 Metajuridicidade. Segundas conclusões. Conclusão.

A indagação fundamental proposta no presente trabalho diz respeito à influência de fatores estranhos ao direito — metajurídicos — em sua órbita; um pouco mais: respeita à valorização (ou consideração, ou qualificação) jurídica daquilo que, antes, era juridicamente irrelevante; mais ainda, e por fim: atine à propriedade estrutural de um sistema jurídico (limitado, aqui, à esfera privada) de transformar-se, de ser transformável.

Esta tarefa pode ser pensada em dois planos.

O primeiro visa a caracterizar o relacionamento entre o direito e o homem. Disso se ocupará a primeira parte do presente.

No segundo plano — que será a segunda parte —, esquece-se o homem — se isso é possível — e olha-se o direito privado como estrutura (ou sistema, ou ordenamento), a fim de delimitá-lo e, daí, definir o que lhe é externo, bem como os seus mecanismos de intenação.

De cada uma das duas partes, porque planos, derivarão conclusões próprias (primeiras e segundas conclusões, respectivamente).

O tema sugere, ao ser proposto, uma divisão "original" entre o jurídico e não-jurídico. A abordagem aqui desenvolvida subverte essa idéia,

partindo da humanidade intrínseca do direito e da unidade do homem. Por isso, primeiro estuda-se a relação entre o homem e o que se chama de "direito", para depois caracterizar o que é predominantemente jurídico, apartá-lo de outros produtos humanos (e, portanto, de certa forma, do próprio homem, o que já é um falseamento) e, daí, estudar a penetração destes outros produtos naquele antes apartado, o direito.

O método é circular: parte-se da unidade, procede-se à divisão e, depois, à re-união. Mas essa "re-união" é vista sob o prisma do direito, portanto, parcialmente.

Noutra tentativa de explicação, é como se partisse de uma esfera, divide-se-a conforme características suas; depois, estuda-se como as outras características influenciam e penetram uma delas. Nunca, porém, a esfera deixou de ser esfera e a matéria que a forma deixou de ser única. Mais: a própria esfera é que se divide e se estuda. Então, esse dividir-se e estudar-se existe na própria esfera.

Face à amplitude do tema, a bibliografia consultada é diversa, compreendendo obras sobre sociologia, sociologia jurídica, filosofia do direito, teoria geral do direito e sobre a parte geral do direito privado. Especial atenção, por respeitarem ao objetivo último, merecem as obras que estudam o direito privado como sistema (ou como ordenamento). Também merecem uma palavra, aquelas que abordam, de alguma forma, a produção de direito, seja quanto a fontes jurídicas, seja quanto à integração e interpretação normativa. Por último — o que não termina —, é de referir aquelas que tratam da relação homem-direito sob o ângulo sociológico, e, às vezes, antropológico, e que suportam a primeira parte do presente trabalho.

I — O Direito e o Homem

I.1. Momento inconsciente

Muito já se disse, e os adágios o repetem, que o homem é um animal social (político, ou da "polis", para Aristóteles; que vive em sociedade, para a sociologia; cuja natureza — "humana" — só se desenvolve no convívio social, para a psicologia social). Igualmente, tanto já se disse, e os adágios tanto o repetem, que são indissociáveis as entidades homem, sociedade, direito (*ubi societas, ubi jus; ex facto oritur jus*, bem compreendido; direito é produto cultural, no jargão antropológico)¹.

O direito, para existir, prescinde da consciência humana. Desnecessário é que o homem pense em produzir direito, ou, menos, pense que ele existe, para que exista.

1 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*, pp. 7 a 9: onipresença e caráter basilar do direito.

O direito só existe com o homem, e, também, o direito existe com o homem, e isso basta ².

Em certo momento histórico-intelectual, o homem percebe o direito e (em nome de uma autoridade mitológica, divina ou própria) utiliza-o. Instrumentaliza-o. Antes, o direito existia, mas não era usado como instrumento humano consciente. Agora o é.

Sobrevém outro momento, e o direito passa a ser estudado com vistas ao seu conhecimento e aperfeiçoamento. Agora é objeto. É ciência ³.

A existência desses dois "momentos" recém-referidos não extingue, não elimina o primeiro — momento inconsciente. A apropriação, seja como instrumento, seja como ciência, nunca é completa. Há um direito sendo contínua, eterna e inconscientemente produzido ⁴.

Por sua prioridade histórica, o costume é o exemplo claro de parturição inconsciente de direito. Talvez mais claro do que devesse, já que decorrente da idéia (sedutora, quase sempre imperceptível, mas que, percebida, é de se afastar) de que o que ignoramos sobre o passado, também nele era ignorado. Mas, se se abdicar desse recurso histórico, nem por isso deixa de ser claro o exemplo. A resposta que certa sociedade (povo, etnia), num período histórico e num espaço geográfico, dá a certo problema (obstáculo ou estímulo) tende a ser uniforme. Isso, não só pela facilidade e segurança que a repetição propicia, mas e principalmente, porque os fatores concorrentes são os mesmos (lugar, tempo, etnia — cultura —, problema).

Há um momento, de apuração impossível, em que a repetição deixa de se dar por si mesma para ser obrigatória. Há um outro momento, e posterior, em que se perceberá a obrigatoriedade, seja em face da coatividade de certo comportamento, seja pela punição ao não-comportamento. Agora, e só agora, a consciência instrumentaliza a regra jurídica. Esta, entretanto, já havia ⁵.

Mas a produção jurídica não consciente tem âmbito mais largo.

A sociedade (onde, e só onde, o direito existe) toma as regras já jurídicas (direito existente) e as deforma. Forma regras que não eram jurídicas. Esvazia ou enche (às vezes de conteúdo deformante) regras

2 MIRANDA, Pontes de. *A margem do Direito*, p. 34: o direito como efeito e causa dos processos naturais da sociedade.

3 Aqui um parênteses. A palavra 'momento' utilizada no título do presente espaço e dos dois seguintes, carrega, menos, uma noção temporal ou cronológica e, mais, a de estágio ou plano.

4 MIRANDA, Pontes de. *A margem do Direito*, pp. 111 e 112: inconsciência na formação jurídica.

5 MIRANDA, Pontes de. *Introdução à Sociologia Geral*, pp. 167 e 171.

que pretendem formalmente ser jurídicas⁶. Isso inconscientemente, pois a "consciência instrumental", no primeiro e no terceiro casos, indicaria outro sentido; no segundo, inexistente.

Se há uma relação de implicação entre homem e direito (ou sociedade e direito), basta uma compreensão histórica daquele (ou da sociedade) para se deduzir, por implicação, a mudança não consciente do direito. Pode-se afirmar, também, que o direito, ao se alterar, altera o homem: o homem forma e deforma o direito; o direito forma e deforma o homem. Isso, infinita e inconscientemente.

Mas já se vai longe demais para este tópico.

1.2. *Momento instrumental*

Acontece, porém, que nem tudo (e pode-se afirmar, até, que cada vez menos fenômenos) foge à percepção humana. Correlatamente, cada vez mais o homem quer mais comandar as coisas, a vida e a si mesmo⁷.

Nesse momento, o direito é percebido e utilizado como um vigoroso instrumento de ordenação. É vital à sociedade que a lei (palavra cujo sentido muitas vezes se confunde com o de direito) seja cumprida. Há a consciência de que existe e de que deve ser observada.

Importa menos, aqui, que esse direito (ou essas regras) provenha de um Deus que zela pela sociedade, ou dos costumes dos antepassados, ou de uma instituição humana. Importa, sim, que ele existe num plano de consciência social e é, assim, respeitado.

Para cada caso é preciso descobrir o direito que o rege (dizer o direito); para as situações novas é preciso criar direito novo.

O fenômeno da positividade do direito,⁸ com a variabilidade e seletividade que lhe imprime, põe às claras o seu caráter instrumental, a sua funcionalidade. Não se trata de uma entidade pré-existente, pré-formada, mas de um instrumento humanamente moldável.

6 LIMA LOPES, José Reinaldo de. "Mudança Social e Mudança Legal: os limites do Congresso Constituinte de 1987, *Rev. de Informação Legislativa*, 94-45-58; RENNERT Karl, *The Institutions of Private Law*, p. 299; François Geny, apud. Oliveira Litrento, *Dialética e Técnica na Teoria Geral do Direito*, p. 79.

7 Isso porque "o homem é um animal não definido". (NIETZSCHE), ou porque "o homem parece lembrar-se de alguma coisa vista antes de qualquer existir universal". (PLATÃO). Apud. NÓBREGA DE ARAUJO, Vandyc, *Idéia de Sistema e Ordenamento no Direito*, pp. 13 e 14.

8 LUEHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 238; HASSEMER, Winfried. *O Sistema do Direito e a Codificação: a vinculação do Juiz à Lei*, in *Direito Comparado I — Estudos de Direito Brasileiro — Alemão*, pp. 196 e 197.

Há legisladores para criar, alterar e revogar normas; há juízes e tribunais para aplicar,⁹ interpretar e criá-las;¹⁰ há o movimento, mais ou menos consciente, da sociedade (sociedade civil, no jargão político) a rebelar-se contra as normas, agindo, às vezes, segundo normas¹¹.

Bem entendido: a existência do direito (como exposto no item I.1) é inevitável; seu conteúdo, porém, não o é. O homem o tem nas mãos, mas não completamente.

1.3. *Momento científico*

Por não tê-lo completamente nas mãos, persiste a humana necessidade de "dominar" o direito (ou de conhecê-lo, ou de apropriar-se dele), o que, de certa forma, equivale a dominar a si mesmo (ou conhecer-se, ou apropriar-se de si).

Nesse momento, através de uma tentativa de ruptura com os momentos anteriores (inconsciente e instrumental), olha-se o direito como a um objeto a ser conhecido. A relação é vetorial de um sujeito para um objeto.

A preocupação dominante, agora, é conhecer o direito, classificá-lo, organizá-lo (o direito e o seu conhecimento)¹².

Mas não se limita a essa descritividade. Não pára no olhar o real.

Incumbe às ciências sociais (e como tal à do direito) usar da especulação e das projeções e rumar para o ideal. É preciso indicar o aperfeiçoamento¹³.

9 Sobre esse verbo paira, a dar-lhe conteúdo correto, a afirmação de Roberto José Vernengo de que "a intervenção de um sujeito específico é condição suficiente e necessária de uma mudança normativa", *apud.* Antonio MARTINO, "Una Polêmica a Buenos Aires" ..., in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, vol. 3, p. 658.

10 Sobre a construção jurisprudencial do direito anglo-saxão, a técnica do precedente e das "distinctions", Mário G. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, pp. 120 e ss.; René DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, pp. 372 e ss. Fundamental sobre o assunto, suportando-se tanto na experiência anglo-saxônica quanto na romana pretoriana, a obra de José Puig BRUTAU, *A Jurisprudência como Fonte do Direito*.

11 Aqui se está sobre uma zona limítrofe entre os momentos inconsciente e consciente (de que participa o instrumental). Não cabe estender-se muito o assunto, mas vale notar que há uma produção consciente 'clandestina' de direito, que, mais ou menos, vale, mas não, ou só mais tarde, é conduzida pelas fontes formais criadoras do mesmo.

12 Notar que no momento instrumental a tônica é reger a sociedade. Angelo FALZEA, "Sistema Culturale e Sistema Giuridico", *Rivista di Diritto Civile*, 1988, p. 10, ao distinguir o sistema ideal do sistema real, põe o direito neste e a ciência (onde a do direito) naquele.

13 Sobre o papel das ciências sociais, D. F. MOREIRA NETO e Ney PRADO, "Uma Análise...", *Revista de Informação Legislativa*, 96:124-125.

Nesse ponto já se adentra os territórios da filosofia do direito. Não é de se descartá-la deste momento científico. No direito, os limites entre a ciência e a filosofia são por demais nebulosos.

Também no outro extremo deste momento há indefinição.

A doutrina, com seus dogmas, com sua ortodoxia, situa-se numa zona intermediária entre os momentos instrumental e científico. É, um pouco, forma (busca) de conhecimento; é, um pouco, forma de regulação. É isso, enquanto presa à regra positiva e aos dogmas; é aquilo, quando alarga seus horizontes, desfaz-se do preconcebido, amplia o leque de fatores, considera as conseqüências possíveis, enfim, procura uma verdade jurídica (e não mera decorrência da aplicação de uma regra e um dogma) ¹⁴.

Antes de prosseguir, são necessárias duas anotações.

A primeira toca à interligação dessa primeira parte do presente trabalho com a segunda parte. É que as idéias de cientificidade e sistematização estão amarradas desde a origem ¹⁵. Daí que, quando se fala em sistema no direito, se está neste plano (ou momento científico).

A segunda anotação é de capital importância daqui para a frente. É impossível um conhecimento objetivo do direito. Ou seja, a cisão (referida ao início deste item I.3) entre sujeito e objeto, entre cientista e fenômeno jurídico, é impraticável. É relativa. Assim como a pessoa do cientista participa, não cientificamente, do fenômeno jurídico (como do econômico, do moral, do psicológico, do antropológico, do sociológico, do religioso, do político, etc.) também o produto científico, que, muitas vezes, pretende abarcar o fenômeno jurídico, é por ele abarcado fatalmente. O sujeito não percebe, mas, em muito, já é objeto; o objeto (cuja função não é perceber) muito absorve do sujeito ¹⁶.

Note-se que, circularmente, acabou-se voltando a um dos momentos anteriores (inconsciente), como denota a frase "o sujeito não percebe" do parágrafo anterior. É irônico que nem na ciência tudo seja consciência (com ciência).

14 Sobre ciência e doutrina, pensamento ortodoxo e heterodoxo, Sílvio de MACEDO, "Doutrina Jurídica e Ciência Jurídica" (distinções), *Revista de Direito Civil*, 36:112-11.

15 Sobre Leibniz, Francisco dos SANTOS AMARAL NETO, "A Técnica Jurídica na Obra do Teixeira de Freitas ...", *Revista de Direito Civil*, 38, p. 21. Sobre Kant, Vandyc Nóbrega de Araújo, *op. cit.*, p. 12.

16 "Nós pertencemos ao direito como o direito nos pertence, e nosso conhecimento do direito é o indispensável motor de sua constituição." (Tradução livre), J. L. VULLIERME, *Les Anastomoses du Droit*, *Archives de Philosophie du Droit*, 21, p. 14. Sobre a relação sujeito-objeto, Miguel REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, pp. 87 e ss.

Primeiras conclusões

É o mesmo homem que participa, e é agente, dos momentos inconsciente, instrumental e científico. Homem que, por sua não-especificidade jurídica¹⁷, está sujeito à influência de fatores não-jurídicos de toda ordem (políticos, econômicos, morais, sociais, etc.). Agrava-se essa influência porque, no plano científico, a neutralidade, ou objetividade, está mais distante, via de regra, no direito do que em outras ciências sociais. O produto científico jurídico participa já do fenômeno jurídico, e altera-o, enquanto, por exemplo, uma obra sociológica (ou antropológica, ou histórica) não participa (e nem altera; ou só indireta e tenuamente poderá vir a alterar) do fenômeno sociológico (ou antropológico, ou histórico). E note-se que nessas outras ciências é, modernamente, bastante enfatizada a impossibilidade de objetividade, já que o homem (sujeito) é o objeto e o instrumento do conhecimento (mais ou menos).

Igualmente, os três momentos de relacionamento entre homem e direito são reciprocamente influentes. São interativos. A mudança produzida em um deles, altera os demais. A relação é dinâmica, processual¹⁸.

Portanto, a mutabilidade é intrínseca ao direito (aí incluída a ciência do direito), e a própria compreensão dessa mutabilidade já o altera. Também intrínseca a ele é a influência de fatores metajurídicos. O homem não é (apenas) um animal jurídico, e o direito é fenômeno humano.

II — Sistema, abertura e metajuridicidade

II.1 — Sistema

“Sabem que un sistema no es otra cosa que la subordinación de todos los aspectos del universo a uno cualquiera de ellos. Hasta la frase ‘todos los aspectos’ es rechazable, porque supone la imposible adición del instante presente y de los pretéritos. Tampoco es lícito el plural ‘los pretéritos’, porque supone otra operación imposible...”¹⁹

A aplicação da idéia de sistema ao direito (e ao direito privado), pelo que se vê do exposto e concluído na primeira parte do presente trabalho, é de exequibilidade relativa. A precariedade da compreensão sistêmica, registrada na citação acima, agrava-lhe a relatividade. A historicidade (mutabilidade) do homem²⁰ eleva-a (a relatividade) a níveis subvertedores.

17 Conforme Giorgio DEL VECCHIO, *O “homo juridicus” e a insuficiência do direito como regra da vida*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, XVI, pp. 117 e ss.

18 Conforme Emil LASK, cujo pensamento é traduzido por Tércio FERRAZ SAMPAIO JÚNIOR, *Conceito do Sistema no Direito*, p. 136.

19 Jorge Luis BORGES, *Ficciones*, conto denominado “Tlón, Uqbar, Orbis Tertius”, p. 24.

20 Conforme Miguel REALE, *op. cit.* — “O homem é enquanto deve ser”.

Entretanto, modernamente, a compreensão sistêmica do direito privado atende à própria relatividade, sendo por ela (relatividade ou mutabilidade) abrangida (a compreensão sistêmica do...), mas, imediatamente, abrangendo-a.

(Começou-se pelo fim. Volte-se).

A palavra 'sistema' ingressa no vocabulário dos pensadores no momento em que estes pretendem uma compreensão científica do direito. Está historicamente ligada ao método classificatório, objetivo, das ciências naturais.²¹

A onda de relatividade, que, no corrente século, abala mesmo as ciências ditas exatas,²² aliada ao desenvolvimento da compreensão dialética, nas ciências sociais, conferem uma nova e própria dimensão à palavra sistema no direito.

A amplitude do fenômeno a ser sistematizado, o que significa que os fatores que conduzem à sistematização variam de autor para autor. Falta, aqui, espaço e interesse para anotar essas variações.

Importa, sim, a partir do exposto na primeira parte, averiguar a possibilidade e forma de um sistema jurídico privado responder às determinantes lá expostas sem prejuízo do próprio sistema.

Idéia de todo, segurança, coerência, previsibilidade, são expressões ligadas à concepção sistemática. Emerge, pois, a palavra codificação.

Porém, os códigos, que vieram para resolver todos, e para sempre, os problemas, foram subvertidos pelas alterações sociais e, daí, pela proliferação legal extravagante. Igualmente, os princípios, antes claros e poderosos, mostraram-se insuficientes.

O direito, é inevitável perceber, não deriva apenas das leis, ou de si mesmo. "O direito não é apenas o direito."

Daí, há autores que negam a possibilidade de sistematizá-lo.²³

Porém, tal negação implica não ciência (conhecimento), não justiça (verdade) e não ordem (segurança). Ou seja, é a negação de, pelo menos, uma dimensão (momento científico) do direito.

21 Conforme Norberto BOBBIO, *Teoria dell Ordinamento Giuridico*, p. 78. Sobre a evolução do método clássico ao sistêmico, MOREIRA NETO e Ney PRADO, *op. cit.*, p. 122.

22 MOREIRA NETO e Ney PRADO, *op. cit.*, p. 123.

23 Luiz RECASENS SICHES, *apud*. Toshio MUKAI, "A Dogmática Contemporânea e o Problema da Sistematização da Ciência Jurídica", *Revista de Direito Cível*, 35, pp. 79 e 80.

Há que se tomar a relatividade e a mutabilidade, para conceber um sistema relativo e mutável, como são o homem, o direito e o conhecimento.

É o que procede a concepção problemática do direito.²⁴

Há uma inversão de método, do dedutivo para o indutivo.²⁵ A regra positiva já não é uma impressora a deformar o fato, mas molda-se a ele, deformando-se. Logo, o fato contém valor e este tem poder deformante sobre a norma.

Tal encontro reciprocamente deformante entre norma e fato é presidido pelos princípios jurídicos orientadores do sistema (pertencentes a ele), mas que, concomitantemente, são dele (do sistema) extraídos.²⁶

Nem norma, nem fato, nem princípio (infinitesimalmente) saem íntegros desse encontro.

Dizer que em torno desses princípios se processa a sistematização²⁷ é falsear a verdade. A compreensão do sistema há que ser processual, de relacionamento dinâmico, onde os princípios são um dos elementos. É certo, por outro lado, que são o elemento mais geral e mais perene. Agora, do lado oposto, por essas características mesmas, são, normalmente, o de menor força determinante caso a caso.

A sistematização é, justamente, a compreensão global do fenômeno jurídico privado e a percepção dos elementos interativos.

Não poderia ser diferente. Compreensão, que denota abrangência e conhecimento, é o máximo que se pode alcançar, pois se está, apenas, no "momento científico" (primeira parte, item I.3). Quanto melhor se compreender os outros 'momentos' (inconsciente e instrumental) e o próprio 'momento' (científico), mais verdadeira e justa a influência irradiada (sobre os outros momentos e o próprio). Também, essa 'compreensão' permite o equilíbrio, a sintonia e os ajustes entre os momentos e internamente a eles.

II.2 — Abertura

Desnecessário e redundante seria repetir, aqui, o desenvolvido, e concluído na primeira parte. É de invocá-lo, porém, porque em muito participa deste ponto.

²⁴ Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*; Josef ESSER, *Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*.

²⁵ MOREIRA NETO e Ney PRADO, *op. cit.*, pp. 122 e 123; Toshio MUKAI, *op. cit.*, p. 80.

²⁶ "... os axiomas são sempre igualmente conseqüências de suas próprias conseqüências; eles são justificados por suas próprias conseqüências do mesmo modo que eles as justificam." J. L. VULLIERME, *op. cit.*, p. 12.

²⁷ Toshio MUKAI, *op. cit.*, p. 80.

Já se demonstrou que o direito (fenômeno jurídico) vive em osmose com os demais fenômenos sociais e humanos. Aliás, apartá-lo, ou apartá-los já é falsear.

No item anterior (II.1), pôs-se claro que a sistematização há que compreender (conhecer e abranger) os três momentos da relação homem-direito. A mutabilidade desses momentos não ocorre apenas pela interação entre eles. Decorre, também, da influência, da insinuação de outros fenômenos sociais e humanos, não jurídicos (ao menos até o momento em que se insinuem), nas fronteiras do direito (osmose antes referida).

Ora, o ingresso de valores não jurídicos no momento inconsciente é claro como a água. Dito momento é a própria valoração jurídica inconsciente do que antes não era jurídico.

Igualmente, no momento científico, os fatores não jurídicos agem mais ou menos livremente, de acordo com a concepção valorativa do agente (doutrinador, cientista).

A questão se põe, portanto, no momento instrumental, e na vigorosa influência que exerce sobre os outros.

No direito continental, a ideologia codificadora desenvolve a idéia de completude e imutabilidade do sistema (que se confunde com o código). Essa concepção, no início deste século, entra em crise. Substitui-se a idéia pela de seletividade legislativa. É claro que a substituição não é plena, pois as lacunas e insuficiências legislativas perduram, e o legislador não está sempre atualizado, nem sempre presente.

O juiz, ao contrário, não pode negar sua presença.

Interrompe-se, agora, o raciocínio acima, para incrustar algumas anotações sobre o sistema *common law*.

Generalizando (o que implica simplificação e, daí, deformação), o caminho é inverso. Sob o pretexto de aplicação do costume, forma-se a lei comum (*common law*) jurisprudencialmente²⁸. Sofre o influxo da *equity*, que emana de origem diversa e tem caráter revisional da *common law*²⁹. Modernamente há um conjunto organizado de precedentes a indicar, prévia e rigidamente, a solução de cada caso³⁰.

Retoma-se o raciocínio relativo ao direito continental, sem perder a linha do *common law*.

É que ambos, por vias opostas, enfrentam o mesmo problema. Pode-se adiantar que as soluções também têm faces contrárias.

28 Mário G. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, p. 120; René DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 431.

29 René DAVID, *op. cit.*, p. 375.

30 Mário G. LOSANO, *op. cit.*, p. 127; René DAVID, *op. cit.*, p. 432.

O segundo (*common law*), até pelas determinantes histórias, vale-se da restrição. Quanto à *legal rule* (regra legal), interpreta-a, o juiz, restritivamente, de forma a sobrar-lhe maior campo criativo. Do precedente esquivava-se através da técnica das *distinctions* (distinções), que repousa sobre a novidade do caso a ser julgado³¹. Assim renova-se.

Já o direito continental, por sua ótica historicamente inversa, cumpre outros caminhos. Como a norma (*legal*) é tida como abstrata e geral, é mais fácil ampliá-la, (enchê-la de conteúdo ou atenuar-lhe o conteúdo) do que restringi-la, mesmo porque, se a tônica fosse a restrição, *faltariam* regras e o juiz não as pode criar (?). Evidente que, se algumas normas se alargam, outras se estreitam; se umas se deformam, outras se conformam.

Há elementos que catalisam e, ou orientam essa atividade ajustadora. Os princípios jurídicos, orientadores importantes e vagos, que se contrapõem dialeticamente, muitas vezes, com fronteira oscilante e indeterminável. A interpretação, canal entre princípio e norma, que a esta estende ou enclausura. As cláusulas gerais, os tipos abertos, que, pressupondo a insuficiência estática do restrito, assentam-se no relativo. As lacunas, o nada normativo a ser normatizado.

Todos esses elementos, esses mecanismos (além de outros), permitem *sintonizar, equilibrar, ajustar o momento instrumental* aos outros, conforme referido ao fim do item anterior (II.1). Como estes outros momentos do *relacionamento homem-direito (inconsciente e científico)* são abertos a *fatores metajurídicos*, recebe-os, também, o momento instrumental.

Falou-se da atividade do juiz instrumentalizando a norma. É óbvio demais que a atividade formalmente criadora de direito (legislativa) e o uso privado deste (ou seja, a instrumentalidade reguladora genérica e a instrumentalidade reguladora privada — pelos indivíduos — concreta) sofre influências metajurídicas (sociais, econômicas, emocionais, psicológicas, culturais, etc.).

II.3 — *Metajuridicidade*

O limite entre o jurídico e o não jurídico é de apuração discutível. Quando se trata de influência de fatores metajurídicos no direito privado trabalha-se com um paradoxo: o que influi no direito alguma juridicidade possui.

A concepção positivista legalista traçou uma linha nítida separando o jurídico do não jurídico. Para isso amputou boa parte do direito.

A concepção problemática, como exposto, só valora juridicamente (juridiciza) os fatores no momento em que é necessário solucionar certo

31 René DAVID, *op. cit.*, p. 397.

caso. Portanto, é avessa à distinção prévia entre o jurídico e o não jurídico. O fato tem valor e os fatores desse valor serão apreciados juridicamente.

Não obstante, o próprio conjunto de normas positivas tem "claros" cujo preenchimento se dará com material de origem não jurídica³².

O conceito de "fins sociais" ou de "bem comum" é passível de enchimento com material eminentemente político e de variação equivalente à diferença existente entre os programas e a ideologia dos partidos políticos de direita e os de esquerda, pois ambos visam ao bem comum e aos fins sociais. A palavra "equidade" evoca emoção, bondade. As idéias de boa-fé, "bons costumes", "bom pai de família", têm conotação ética, e são variáveis do sul ao norte e do campo para a cidade. A "moral" tem conteúdo moral (e muito religioso). A "autonomia privada" não se desprende de sua origem econômica e filosófica; a "ordem pública" denota o intervencionismo econômico e social do Estado.

Entre outros, esses conceitos (princípios) transitam livremente pelo direito privado, nas leis, nas sentenças, nos contratos e convenções, etc. São poderosos, vagos³³ e não jurídicos.

Segundas Conclusões

O direito moderno, tanto o continental quanto o da *common law*, vive o impasse do "pré-jurídico". É preciso desprender-se dele.

Os caminhos que cumprem, para isso, são inversos, mas a experiência do direito continental vale ao insular, e reciprocamente.

Naquele, a concepção problemática põe fato e norma em plano de igualdade, e interagindo entre si e com os princípios, para desvelar o direito caso a caso. Aqui, pois, a influência da *common law*.

Nesta, restringe-se a abrangência dos precedentes, como a da regra legal, ampliando o campo criativo, cujo preenchimento se dá com base em princípios que se desenvolvem com finalidade organizadora (sistemizadora)³⁴. Aqui, pois, a influência do direito continental.

Em ambos, portanto, os princípios tomam relevância. Ambos, também, tendem a aproximar-se na descoberta do direito caso a caso.

32 Esse tipo de distinção, por todo o já explanado, deve ser tomado com a devida relatividade.

33 Como observa Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia de Diritto*, p. 210, os critérios de integração das normas são muito menos completos do que o que pretendem integrar, os critérios de determinação são muito mais indeterminados do que o que se quer determinar.

34 Josef ESSER, *op. cit.*, p. 303. Há autores que defendem o recurso a uma 'new equity', como afirma René DAVID, *op. cit.*, p. 333.

Especificamente quanto ao direito continental, os princípios e as cláusulas gerais (como também as lacunas, ainda que estas não contenham indicação do próprio conteúdo), além do conteúdo aberto, evocam conceitos não jurídicos, que tendem, pela interpretação e analogia, a se esparramarem sobre o conjunto normativo.

A própria concepção problemática é um “processo de juridicização”, supondo a influência metajurídica.

Por fim, é preciso organizar o exposto.

A solução (problemática) dos casos passa-se no momento instrumental. Porém desprende-se do direito positivo (momento instrumental) abrindo-se à influência dos momentos inconsciente e científico. Este, por seu turno, age (interpreta, preenche, organiza) sobre o momento instrumental (regras positivas).

Quanto mais azeitados esses canais, mais equilibrado o direito, porque em sintonia com a sociedade, sua origem e razão; mais moderno e mais próximo de sua tarefa de regulá-la e organizá-la de forma justa. A injustiça é desequilíbrio, que é (ou tende à) desordem.

Conclusão

Da justaposição das duas partes do presente trabalho e, principalmente, de suas conclusões particulares resulta o que segue.

A mutabilidade intrínseca do direito e a não-especificidade jurídica do homem são fatores que se implicam reciprocamente e, igualmente, implicam a metajuridicidade do direito (ou seja, a influência e a juridicização do que, antes, não era jurídico). “O direito não é só o direito”.

O pensamento “problemático” (aberto), que põe em interação reciprocamente deformante fato, norma e princípios, onde estes são orientadores que, dialeticamente, sofrem a orientação de suas conseqüências (esta palavra é excessiva, melhor seria “influências”), não basta, ou é insuficiente, para caracterizar um “sistema aberto externo”. É necessária a compreensão global, panorâmica, do direito, de modo a perceber e promover a interação e o equilíbrio entre os três momentos (inconsciente, instrumental e científico), o que implica direito moderno, sociedade em ordem e justiça humana. Aquele (pensamento problemático) se dá no momento instrumental; esta (compreensão sistêmica processual), no científico. Ambos implicam-se.

Destas duas conclusões fundamentais (dois parágrafos acima) deriva o que segue.

A influência de fatores metajurídicos ocorre mesmo nos “sistemas fechados”, através dos princípios, da interpretação, das lacunas, e outros. Nestes, porém, vigora a idéia limitativa do direito às normas positivas, reduzindo-o a uma parte do momento instrumental. A idéia vigora no

momento científico e se imprime sobre o instrumental (jurisprudência, jurisdição). O direito não se submete e entra em dissintonia com essa ordem (que tende a ser apenas força, não direito).

“O homem forma e deforma o direito”. Mas sua ação no momento instrumental tem elasticidade limitada, pois, também, “o direito forma e deforma o homem”.

Por outro lado, a caracterização de um sistema como fechado ou aberto é uma questão de grau, dependente dos homens que pensam, escrevem, pedem e aplicam o direito. Por trás disso, é claro, há a complexa realidade humana cultural e social.

A aplicação (*stricto sensu*) constantemente igual de uma regra perpétua se dá por fatores metajurídicos.

“Eu vejo o vir a ser.”

Bibliografia

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, 92:221-40, 1986.

———. A técnica jurídica na obra de Teixeira de Freitas — “A criação da dogmática civil brasileira”, *Revista de Direito Civil*, 38:21-35, 1986.

ARAÚJO, Vandyc Nóbrega de. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Fabris, Porto Alegre, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. G. Giappichelli Editore, Torino, s/d.

BORGES, Jorge Luis. *Ficciones*. Editora Alianza Emece, Madrid/Buenos Aires, s/d.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução de Lenine Nequete, Ajuris, Porto Alegre, 1977.

COELHO, Luiz Fernando, *Teoria crítica do Direito*. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1986.

CONTE, Amedeo G. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. G. Giappichelli Editore, Torino, 1962.

COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Editorial Losada, Buenos Aires, 2ª ed., 1947.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Meridiano, Lisboa, 1973, tradução Hermínio A. Carvalho.

- DEL VECCHIO, Giorgio. *O 'homo juridicus' e a insuficiência do direito como regra de vida*. Boletim da Faculdade de Direito, 1939-1940, XVI:177-212, Editora Coimbra, 1940.
- . *O problema das fontes do direito positivo*. Boletim da Faculdade de Direito, XVII (1940-1941):185-205, Coimbra Editora, 1941.
- EHRlich, Eugen. *I fondamenti della sociologia del diritto*. Giuffrè, Milano, 1976, tradução Alberto Febbrajo.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenk'ian, Lisboa, s/d.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Bosch, 1961.
- FALZEA, Angelo. "Sistema culturale e sistema giuridico." *Rivista di Diritto Civile*, 1988, parte prima, 1-17, Padova.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.
- FRANÇA, R. Limongi. *O Direito, a lei e a jurisprudência*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.
- GARDIES, Jean-Louis. *En que sens en Droit, un système juridique peut-il être dit complet?* Archives de Philosophie du Droit, tome 24:285-96, Paris, 1979.
- HASSEMER, Winfried. *O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*, Direito Comparado I:189-208.
- JACKSON, B. S. *Structuralisme et 'source du droit'*. Archives de Philosophie du Droit, 27:147-60, 1982.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Tradução Enrique Ginbernat Ordeig, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.
- LITRENTO, Oliveiros. *Dialética e técnica na teoria geral do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. "Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 1987", *Revista de Informação Legislativa*, 94:45-58, 1987.
- LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução Ana Falcão Bastos e Luis Leitão, Editorial Presença/Livraria Martins Fortes, Portugal/Brasil, s/d.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução Gustav Bayer, Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.
- MACEDO, Sílvio de. "Simetria e dissimetria jurídicas". *Revista de Direito Civil*, 35:48-50, 1986.
- . "Doutrina jurídica e ciência jurídica" (distinções), *Revista de Direito Civil*, 36:112-4, 1986.
- . "Da heurística jurídica". *Revista de Direito Civil*, 27:115-7, 1986.
- . "Da exegese e dos níveis hermenêuticos" (a exegese jurídica atual), *Revista de Direito Civil*, 38:179-82, 1986.

- _____. *Das dimensões da ciência jurídica atual*. Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- MARINS, Victor A. A. Bomfim. "Sobre o juiz, a lei e a idéia de justiça." *Revista de Direito Civil*, 38:83-95, 1986.
- MARTINO, Antonio. "Una polemica a Buenos Aires: 'giudici creano diritto?' a proposito della completezza". *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, vol. 3:645-65.
- MEIRA, Hérbat Spencer B. "Sistema jurídico". *Revista de Informação Legislativa*, 90:83-8, 1986.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. "Metodologia Constitucionale". *Revista de Informação Legislativa*, 91:63-112, 1986.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo & PRADO, Ney. "Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social". *Revista de Informação Legislativa*, 96:121-38, 1987.
- MUKAI, Toshio. "A dogmática contemporânea e o problema da sistematização da ciência jurídica". *Revista de Direito Civil*, 35:72-81, 1986.
- PONTES DE MIRANDA. *A margem do Direito*. Francisco Alves & Cia., São Paulo—Belo Horizonte, 1912.
- _____. *Introdução à sociologia geral*. Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1980.
- _____. *Sistema da ciência positiva do Direito*, 4 vols.
- RAISER, Ludwig. "O futuro do direito privado", *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, 25:11-30, 1979.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. Ed. Saraiva, São Paulo, 1968.
- RENNER, Karl. *The institutions of private law*. Translated by Agnes Schwarzschild, Ed. Routledge & Kegan Paul Limited, London, 1949.
- RODRIGO, Luis María Domínguez. *Significado normativo de la Jurisprudencia: Ciencia del derecho o decisión judicial?* Centro de Publicaciones — Secretaría General Técnica — Ministerio da Justiça, Madrid, 1984, 2 vols.
- ROMARIZ, Edma. "Direito e justiça (a propósito da Constituinte)", *Revista de Informação Legislativa* 90:53-82, 1986.
- TOBENAS, Jose Castan. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del Mundo Occidental*. 2ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.
- VALLAURI, Luigi Lombardi. *Corso di filosofia del Diritto*. Cedam, Padova, 1981.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Taurus, tradução Luiz Díez Picazo Ponce de Leon, Madrid, 1964.
- VULLIERME, J. L. *Les anastomoses du droit* (spéculation sur les source du droit), *Archives de Philosophie du Droit*, 27:5-21, 1982.

Apontamentos para uma História da Desindexação no Brasil

LETÁCIO JANSEN

Era uma vez, no Brasil, um golpe de Estado que pretendia ser uma revolução. Um de seus instrumentos de transformação seria uma nova moeda. Como se tratava, porém, de um arremedo de revolução, a ditadura militar brasileira produziu um simulacro de padrão monetário: a indexação

SUMÁRIO

1. Antecedentes. 2. Algumas reações iniciais da opinião pública. 3. As primeiras medidas legais em sentido contrário à indexação. 4. As pressões na opinião pública pela reindexação generalizada. 5. O caos monetário do Governo Sarney. 6. A política de desindexação no Governo Collor. 7. Algumas reflexões.

1. Antecedentes

Durante os primeiros quatorze anos de sua vigência a indexação brasileira, tratada como uma rígida política de Governo, permaneceu praticamente inquestionada. Entre 1964 e 1978, disciplinando, integral ou parcialmente a correção monetária, publicaram-se 37 leis, 64 decretos-leis, 43 decretos, 2 atos institucionais, 1 ato complementar e 1 emenda constitucional, afora a referência feita ao tema na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.¹

¹ Relaciono essas normas, referindo-me aos temas específicos nela versados, em *Crítica da Doutrina da Correção Monetária*, Rio, Forense, 1983, pp. 28 a 33 e 46 a 54.

Além de manter a iniciativa da promoção dessa verdadeira escalada de normas indexadoras, o Governo rejeitava sistematicamente projetos de lei do Congresso quando visavam regular ou modificar os critérios da correção².

Na esfera do Poder Judiciário a aplicação da correção monetária, embora quantitativamente ampla, submetia-se, com poucas exceções, ao chamado "princípio da reserva legal", segundo o qual os Tribunais só deviam conceder a atualização monetária dos créditos se a lei a autorizasse³.

No final de 1977, através da Lei n.º 6.423, de 17 de dezembro, diante da multiplicidade dos índices então utilizados, tentou-se impor uma regulamentação, de caráter geral, à matéria, unificando os indexadores. Mas, cerca de um ano depois, quando a Emenda Constitucional n.º 11, de 13 de outubro de 1978, aboliu os atos "revolucionários", institucionalizando a abertura democrática, "lenta, gradual e segura", a correção monetária fugiria do controle centralizado e exclusivo do Governo. Também ela, digamos assim, popularizava-se; sendo a sua generalização deflagrada pela Lei n.º 6.708, de 30 de outubro de 1979 (que cuidava da atualização automática dos salários), atingindo o ápice em 1981, com a promulgação da Lei n.º 6.899, de 8 de abril desse ano, que estendeu a indexação, indiscriminadamente, a todas as dívidas de dinheiro.

2. Algumas reações iniciais da opinião pública

As deformações da ordem monetária, agravadas por esse longo período de valorização de créditos, suscitaram, a partir de 1979, nos meios de comunicação — estimulados, ademais, à época, pelo abrandamento da censura — críticas à correção monetária. Começava-se, então, a falar em *desindexação*.

Vejamos, *a vol d'oiseau*, algumas notícias da Imprensa escrita não especializada sobre o assunto:

ECONOMISTA CULPA DUPLA MOEDA PELA ESPECULAÇÃO⁴

O modo de operação do sistema monetário financeiro do Brasil "acabou por se traduzir nesse mecanismo absolutamente

2 Levantamento feito entre 1970 e 1975 demonstra que todos os projetos de lei do Congresso sobre correção monetária de iniciativa dos parlamentares, no espaço de tempo considerado, foram rejeitados ou arquivados. Merece menção especial o Projeto de Lei n.º 1.996, de 1976, que, afinal, transformou-se, em 1981, na Lei n.º 6.899. Ver sobre o assunto *Crítica*, cit., pp. 41 a 45.

3 A partir de setembro de 1975 ocorreu uma mudança de orientação e o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a correção, sem lei, das indenizações decorrentes de danos materiais, consideradas dívidas de valor. Para maiores informações ver a minha *A Correção Monetária em Juízo*, Rio, Forense, 1986, pp. 4 a 9.

4 Maria da Conceição Tavares, in *Jornal do Brasil*, 16 de julho de 1979.

distorcido”, que premia a “especulação, recorta arbitrariamente o crédito corrente e penaliza o investimento produtivo” — sustenta a Professora Maria da Conceição Tavares em sua tese *Ciclo e Crise — o Movimento Recente da Industrialização Brasileira*, com a qual, na semana passada, tornou-se titular da cadeira de Macroeconomia na Faculdade de Economia e Administração da UFRJ.

Coincidentemente, esta foi a cadeira ocupada pelo ex-Ministro da Fazenda e um dos responsáveis, com Roberto Campos, pela reforma financeira de 66, o Professor Octávio Gouveia de Bulhões —, hoje também um crítico de suas *distorções*. Mas é num dos pilares dessa reforma, contudo, que a Professora Conceição Tavares encontra a origem do que chama de “esquizofrenia” financeira: a dualidade de formas monetárias na economia — uma delas, o velho dinheiro sujeito à desvalorização permanente, e outra, a moeda financeira (a UPC), protegida pela correção monetária.

.....
*A CORREÇÃO MONETÁRIA É UM GRANDE MAL*⁵
.....

Pergunta: Por que o capital financeiro é privilegiado?

Funaro — Na Inglaterra quando a inflação chega a 20%, os juros não passam de 10%. Isso significa não estimular o capital não-produtivo. No Brasil ocorre o inverso. Primeiro se defende o capital não-produtivo. O Brasil é o único País do mundo onde os juros reais ultrapassam 15%. No fundo, esse é um problema criado pela correção monetária. Ela foi criada para proteger o próprio governo para impedir que as dívidas para com o Tesouro Nacional fossem deliberadamente esquecidas pelos devedores. No entanto, a correção monetária tornou-se um grande mal, quando a inflação voltou a subir. Outros países que já tentaram utilizar a correção, já a abandonaram. Eles acabariam percebendo que o mecanismo provoca a autodestruição do sistema, pois todos procuram corrigir tudo e o risco deixa de existir.

*VIDIGAL QUER TORNAR PRÉ-FIXADA TODA A CORREÇÃO MONETÁRIA*⁶

Pergunta: Como analisa o sistema de correção monetária? É inflacionário?

Gastão Vidigal — A correção monetária plena em face de expansão inflacionária, estimula a inflação. Por isso sou

5 Entrevista de Dilson Funaro a Paulo Kupfer in *Veja* de 8 de agosto de 1979.

6 Gastão Vidigal in *Jornal do Brasil*, 20 de agosto de 1979.

partidário de que a correção monetária seja sempre *pré-fixada*, inclusive nos depósitos de poupança e nos títulos de governo, para inverter a expectativa de inflação crescente!

NESTOR JOST PROPÕE O FIM DA CORREÇÃO MONETÁRIA ⁷

A extinção da correção monetária do sistema econômico do País, de uma forma gradual e positiva, eliminando-se um ponto por mês "de forma que em 10 anos não exista nem vestígios desse terrível fator realimentador da inflação", foi proposta ontem pelo ex-Presidente do Banco do Brasil e membro do Conselho Monetário Nacional, Nestor Jost. . .

BARDELLA PREGA REFORMA COM O FIM DO CIP E DA CORREÇÃO ⁸

O empresário Claudio Bardella foi categórico ontem ao afirmar que a redução dos juros, isoladamente, não funciona, a não ser que venha acompanhada de uma reforma monetária que presupõe a tributação do capital especulativo, o fim do crédito subsidiado, da correção monetária e do CIP (Conselho Interministerial de Preços). Ressalvando que estas medidas teriam que ser aplicadas de forma "lenta e gradual", Bardella enfatizou que uma reforma tributária é necessária para taxar o capital especulativo, que tem impulsionado a inflação.

Depois de um período inicial de observações contrárias à correção monetária pela imprensa, as reações contra ela esmoreceram, para retornarem com mais força apenas em meados de 1982. As razões desse recuo são diversas, e não cabe analisá-las aqui. Vale lembrar, somente, a intervenção do Governo, naquele ano, para expurgar dos índices as altas não previstas nos preços do atacado (como os do petróleo, por exemplo), pela adoção do chamado "conceito da acidentalidade" (que, de resto, não subsistiu mais de um ano).

Leiamos mais alguma notícias:

PLANALTO ESTUDA CORREÇÃO MONETÁRIA ⁹

O mecanismo da correção monetária passa por discretos estudos, no Palácio do Planalto.

⁷ *Jornal do Brasil* de 11 de setembro de 1979.

⁸ *Jornal do Brasil* de 12 de setembro de 1979.

⁹ *Veja* de 11 de novembro de 1981 (Seção Radar).

Em fase preliminar e sem objetivo estabelecido, o Governo começou a contar com os prós e os contra dessa instituição que está identificada como um fator de realimentação da inflação. Como não há pressa, é possível que esse tema venha a ser atirado ao debate nos próximos meses, caso a inflação continue a sua descida lenta e gradual. Se desse debate resultar algum substitutivo capaz de manter a ordem financeira, seria bem acolhido.

CAMILO PROPORÁ O FIM DA CORREÇÃO MONETÁRIA¹⁰

A Ministro da Indústria e do Comércio, Camilo Penna, proporá ao Conselho Monetário Nacional, em data ainda não definida, o fim da correção monetária e, com ele, o início de um processo que chamou de "desindexação de todos os elementos da economia". A seu ver, "estamos convivendo com uma inflação alta porque a correção monetária é universal. Corrigimos salários, depósitos, câmbio, enfim tudo, a intervalos curtos" (...).

O Senhor Camilo Penna esclareceu que a proposta de extinção da correção monetária não está disseminada no Governo. "Mas eu quero que a idéia seja debatida", acrescentou. Um dos reajustes que pretende eliminar é o da política salarial. "Preciso", insistiu, "iniciar um processo de desindexação de toda a economia, inclusive salários. Temos de iniciar uma desescalada na inflação através de uma desindexação em todos os pontos da vida brasileira, inclusive capital e trabalho" (...).

FAZENDA É CONTRA A PROPOSTA DE CAMILO¹¹

Economia não pode abrir mão da correção monetária, AN-DIMA considera medida impraticável. Presidente da Snell é a favor. Mercado Imobiliário pede prudência.

CORREÇÃO MONETÁRIA EM DEBATE¹²

PRÓS E CONTRAS À INDEXAÇÃO¹³

FIGUEIREDO NEGA MUDANÇA NA POLÍTICA DE DELFIM NETTO¹⁴

.....

Pergunta — Presidente, o Ministro Camilo Penna advogou o fim da correção monetária. O Sr. acha isso viável?

10 *Jornal do Brasil* de 14 de julho de 1982 (ver também *O Globo* dessa data).

11 *O Globo* de 15 de julho de 1982.

12 *O Globo* de 15 de julho de 1989 (Editorial).

13 *Jornal do Brasil* de 19 de julho de 1982 (nota da Redação).

14 *O Globo* de 22 de julho de 1982 (entrevista a Claudio Kuck e José Luiz Faria).

FIGUEIREDO — Ele não advogou o fim da correção monetária, não. Ele deu a opinião de que achava que devia terminar a correção monetária. Eu também acho que, se pudessemos terminar com a correção monetária... Mas ele acrescenta: "mas isso não é possível repentinamente, vai levar tempo". É preciso interpretar as palavras do Ministro, interpretar o pensamento exato. Ninguém seria louco de anunciar: "Terminou a correção monetária". Seria o caos no País.

Com a pá de cal lançada pelo então todo-poderoso General Figueiredo, a discussão sobre a desindexação, timidamente ensaiada, de novo deixou as páginas dos jornais.

Entre 1983 e 1984, porém, o combate travado na opinião pública contra a indexação tornou-se mais acirrado:

*BULHÕES QUER MEDIDAS RADICAIS PARA ELIMINAR A INFLAÇÃO*¹⁵

É urgente acabar com o gradualismo infundável no combate à inflação. Na verdade, com três anos de inflação em torno de 100% ao ano, o gradualismo mostrou que não funciona mais. E se ele não funciona, é preciso adotar uma medida radical: eliminar o crescimento do saldo dos empréstimos subsidiados à agricultura e às exportações; não se corrigir mais o salário pelo INPC, deixando-o à livre negociação entre sindicatos patronais e operários: e acabar com a correção monetária — sentenciou o Professor Octávio Gouveia de Bulhões.

.....

A correção monetária foi válida para o passado. Quando o Governo Castello Branco assumiu, as tarifas e os aluguéis residenciais estavam congelados e corroídos por uma alta inflação. Era preciso restaurar os investimentos privados. Mas quando criaram a correção monetária para punir os atrasos de impostos e retribuições à Previdência Social, por inspiração do José Luiz Bulhões Pedreira, tínhamos um plano gradualista, expectativa de baixa generalizada dos preços. Ela é útil quando há tendência de baixa sistemática, que hoje não existe.

.....

Para não alarmar os depositantes em cadernetas de poupança, Bulhões concede que "não se trata de eliminar a correção monetária, os títulos já emitidos continuariam a recebê-la. É uma questão semântica. Se o Governo adotar no atacado as

¹⁵ *Jornal do Brasil* de 10 de abril de 1983.

medidas necessárias para acabar com a inflação, a correção monetária torna-se desnecessária”.

(...) Assim, ele acredita que, além da eliminação da correção monetária, pode-se “estender a medida para os salários”. Se os preços não vão subir mais, raciocina, pode-se deixar de corrigir o salário pelo INPC.

ECONOMIA DESINDEXADA ¹⁶

FGV DISCUTE MÉTODOS DE ABRANDAR CORREÇÃO MONETÁRIA ¹⁷

.....

O termo desindexação não é adequado, pois não se trata de eliminar a correção monetária, mas de reconhecer que, tal como ela é aplicada hoje, corrige em demasia, e concede um “prêmio” às aplicações financeiras — explicou CHACEL.

OS RISCOS DA DESINDEXAÇÃO ¹⁸

FMI SEMPRE RECOMENDOU MUDANÇAS NA POLÍTICA SALARIAL ¹⁹

Desindexação começou em 79.

Desde dezembro de 82, quando o ex-Ministro do Planejamento Mário Henrique Simonsen lançou a tese da desindexação da economia — ou um desatrelamento dos diversos índices que medem e reajustam preços na economia da efetiva taxa de inflação —, os brasileiros já estão vivendo, sem o notar, uma efetiva fixação dos reajustes salariais e aluguéis em 80% do INPC.

.....

FMI “DIXIT” ²⁰

Há quem fale nos corredores do poder, em Brasília, no iminente fim da correção monetária, sugerido pelo FMI como forma de combate efetivo à inflação.

.....

16 *O Globo* de 3 de julho de 1983 (Editorial).

17 *Jornal do Brasil* de 11 de junho de 1983.

18 *Jornal do Brasil* de 28 de junho de 1983 (artigo de Antonio Carlos Lemgruber).

19 *Jornal do Brasil* de 17 de julho de 1983 (reportagem de Gilberto Menezes Cortes).

20 *Jornal do Brasil* de 20 de fevereiro de 1984.

GALVÊAS DEFENDE DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA PARA CONTER OS ÍNDICES ²¹

O Ministro da Fazenda Ernane Galvêas acredita que somente com a desindexação total da economia se poderá ter uma queda nos índices de inflação, porque, caso contrário, "o sistema brasileiro de indexação generalizada tende, realmente, a perpetuar a inflação nos níveis mais elevados".

DESINDEXAÇÃO PARA 290 PRODUTOS INDUSTRIAIS ²²

O que é desindexação:

A palavra desindexação não existe em dicionário da língua portuguesa. Ela foi criada pelo Governo, há alguns anos atrás e volta e meio está na boca de um Ministro, de um assessor ou economista. É palavra que até hoje ninguém conseguiu definir direito. O seu sentido mais amplo é separar, extinguir ou reduzir os diferentes índices da economia, como a correção monetária e a correção cambial. Como será feita essa desindexação, também ninguém soube até agora ao certo. Ela pode atingir apenas um índice, de forma isolada, ou todos ao mesmo tempo.

De uma coisa já se pode ter certeza: essa palavra se for aplicada mudará em muito — para melhor ou pior — a economia brasileira.

DESINDEXAÇÃO ATRASADA ²³

O Governo finalmente parece ter decidido desindexar a economia, segundo declaram os Ministros da Fazenda, Ernane Galvêas, e da Indústria e do Comércio, Camilo Penna.

CORREÇÃO ²⁴

O ex-Governador pernambucano Cid Sampaio, hoje Senador pelo PMDB, apontou o instituto da correção monetária como causa principal da crise econômica do País. Segundo ele a correção é responsável pela inflação, pois estipulou a especulação no mercado de capitais, desviando todos os recursos que até então eram aplicados na produção. "Ela rouba o dinheiro dos setores produtivos, fazendo com que ele circule apenas na especulação, onde não se cria um único emprego. Logo, está levando o País à ruína" — acentua.

21 O *Glóbo* de 20 de fevereiro de 1964.

22 O *Glóbo* de 21 de fevereiro de 1964 (nota da Redação).

23 O *Glóbo* de 21 de fevereiro de 1964 (Seção Panorama Econômico).

24 *Folha de São Paulo* de 27 de março de 1964 (Seção Painel).

ECONOMISTAS TEMEM UM NOVO SURTO INFLACIONÁRIO ²⁵

A expansão monetária anualizada chegou a 180% nos últimos três meses, o que pode levar a um novo surto inflacionário no segundo semestre, com o IGP (Índice Geral de Preços) se deslocando do patamar dos 200% ao ano, onde hoje se encontra, para algo em torno de 300%. Os números e as deduções são dos economistas Paulo Rabelo de Castro, Celso Martone e Carlos Longo, da CEDES (Câmara de Estudos e Debates Econômicos e Sociais), entidade mantida por empresas de diversos setores e presidida pelo empresário agrícola Renato Ticoulat.

.....

Os economistas propõem o fim abrupto da indexação da economia — “estapafúrdia”, segundo Rabelo de Castro — conjuntamente com medidas monetárias e fiscais. “Desindexação se faz ou não se faz”, afirma Martone. “Não existe desindexação gradual. Tentamos isso em 80 e 83 e foi um desastre”. Ele reconhece, contudo, que a desindexação provocaria uma forte redistribuição de renda, com alguns segmentos perdendo muito e outros ganhando igualmente muito. Trata-se de uma decisão política profunda, que ele não crê que o atual Governo tenha condições de tomar”.

COMBATE ABRUPTO ²⁶

Octávio Gouvêa de Bulhões não emprega a expressão “tratamento de choque”, por achar que “assusta as pessoas” e essas, em consequência, não tentam entender o porquê de sua proposta.

O que eu quero é um combate à inflação abrupta, de um dia para outro. Acho que o Governo deve avisar à população que a moeda e o crédito não crescerão mais, nem ao nível permitido pelo Fundo Monetário Internacional — ou seja, de 50% ao ano — e que ao mesmo tempo serão eliminados todos os instrumentos de indexação da economia, como correção monetária e os mecanismos de correção de salários, preços, contratos, etc.

Pois, a meu ver, são dois os principais fatores de hoje de sedimentação da inflação: a expansão do crédito e a correção monetária. Cito apenas a correção monetária como o exemplo

²⁵ *Folha de São Paulo* de 5 de julho de 1984 (reportagem de Teodoro G. Meissner).

²⁶ *Jornal do Brasil* de 15 de julho de 1984 (entrevista a Cecília Costa).

mais importante de meio de indexação, ou seja, instrumento que faz com que a inflação futura espelhe a inflação passada, criando um verdadeiro círculo vicioso.

UM FRONT ABANDONADO ²⁷

Abatido pelo ímpeto da inflação em julho, o Planalto reconhece que perdeu a luta e prevê a queda do índice só no novo Governo.

GRANDE CORAGEM E MEDIDA RADICAL, A FÓRMULA DO PROFESSOR BULHÕES ²⁸

Com grande dose de coragem e uma medida radical — a eliminação da correção monetária — o Governo, se quiser, poderá acabar com a inflação em seis meses. A opinião é do ex-Ministro da Fazenda Octávio Gouvêa de Bulhões, que afirmou ontem que a política de combate à inflação de forma gradual está totalmente desmoralizada.

.....

Bulhões participou do programa “Primeira página”, produzido pela *Gazeta Mercantil*, e deu a fórmula para a eliminação da inflação em poucos meses: respeita-se a correção monetária do passado até o presente, eliminando-se daqui para a frente todo e qualquer reajustamento na suposição de que a inflação vai desaparecer.

.....

BULHÕES DIZ QUE A INFLAÇÃO LEVARÁ À CONVULSÃO SOCIAL ²⁹

Após se definir como “mais duro” que o próprio Fundo Monetário Nacional, “pois nunca permitiria uma negociação com essa taxa de inflação”, o ex-Ministro da Fazenda — que ontem participou de um debate na Ordem dos Economistas de São Paulo — insistiu que o Governo deve atacar radicalmente a inflação, eliminar a correção monetária e promover a desindexação da economia como um todo...

FMI RECONHECE QUE INDEXAÇÃO MANTÉM INFLAÇÃO ³⁰

A Missão do Fundo Monetário Internacional (FMI) que está em Brasília concorda que o maior obstáculo à queda da

27 *Vezs*, de 1º de agosto de 1964.

28 *O Globo* de 3 de agosto de 1964.

29 *Jornal do Brasil* de 15 de agosto de 1964.

30 *O Globo* de 16 de agosto de 1964.

inflação no País é o sistema de indexação (vinculação à inflação de outros indicadores, como as correções monetária e cambial).

.....

Estes foram os pontos principais da primeira reunião da delegação do FMI com os Ministros da Fazenda, Delfim Netto, e Ernane Galvêas; e com o Presidente do Banco Central Afonso Celso Pastore, no Palácio do Planalto.

A SINCRONIZAÇÃO MONETÁRIA ³¹

Pode-se dizer que, originariamente, a situação lamentável e vergonhosa em que nos encontramos é decorrente, do ponto de vista financeiro, de dois elementos principais: 1) a taxa de câmbio, cuja desvalorização recorreremos indiscriminadamente; 2) a malsinada correção monetária, que se encarrega da realimentação da inflação recebida em todos os setores. A eliminação em ritmo maior ou menor desses dois elementos principais, responsáveis pela inflação, pode ser discutida. Mas o fato de que ela tem de ser executada é indiscutível. . .

AINDA A DESINDEXAÇÃO ³²

Enquanto proposta em termos genéricos e teóricos, a idéia da desindexação costuma ser defendida tanto por autoridades governamentais como por seus críticos, refletindo, aparentemente, o consenso de que os mecanismos da indexação existentes na economia brasileira dificultam o combate ao processo inflacionário.

.....

Em suma, se a desindexação ainda não está bem pensada, seria melhor evitar as exortações verbais e retornar à reflexão. De idéias mal elaboradas o País está farto. A de ampliar desordenadamente desindexação revela-se particularmente nociva, pois já apresenta más conseqüências, antes mesmo de aplicada.

TRANCREDO QUER DESINDEXAR GRADUALMENTE ³³

Ele concorda, por exemplo, com a desindexação da economia, mas assegurou que ela será conduzida de forma gradual, pois, do contrário, produzirá "problemas graves".

31 *O Globo* de 20 de agosto de 1984 (artigo do Professor Eugênio Gudín).

32 *Folha de São Paulo* de 21 de agosto de 1984 (Editorial).

33 *Gazeta Mercantil* de 22 de agosto de 1984 (reportagem de Suely Caldas).

GOVERNO CONVENCE O FMI A DESISTIR DA DESINDEXAÇÃO ³⁴

O Governo brasileiro obteve o primeiro resultado favorável na negociação com o FMI; derrubar as argumentações do Fundo sobre a necessidade de realizar uma desindexação da economia, ainda nesta Administração. O argumento do Governo foi de que a desindexação quebraria o sistema financeiro, célula da economia capitalista, que detém praticamente todos os títulos do Tesouro (ORTN e LTN). Com a desindexação, esses papéis deixariam de render, porque não existiria a correção monetária...

TANCREDO QUER CAUTELA COM A CORREÇÃO ³⁵

O candidato da Aliança Democrática à Presidência, Tancredo Neves "não acredita na possibilidade de sucesso de qualquer processo de desaceleração rápida da correção monetária", e "não afirmou nem afirmará que vai acabar com a correção monetária". Estes esclarecimentos foram feitos pelo próprio Tancredo, em telefonema ao Presidente em exercício da Federação Brasileira das Associações de Banco (FEBRABAN) e Federação Nacional de Bancos (FENABAN), Theóphilo de Azevedo Santos...

JOST PEDE FIM DA CORREÇÃO PARA CONTER A ESPECULAÇÃO ³⁶

O Ministro da Agricultura, Nestor Jost, defendeu ontem o fim da correção monetária, afirmando que está confirmada a sua força na realimentação da inflação, num ciclo em que o País não sabe onde vai parar.

A essa altura, apareceram na Imprensa reflexos da tese acadêmica, de professores de economia da PUC-RJ, de que a desindexação deveria ser precedida de um período de correção automática, integral e simultânea de todos os créditos.

SOMENTE AMPLO ACORDO LIQUIDARÁ A INFLAÇÃO ³⁷

Somente com credibilidade pública e um amplo acordo político o próximo Governo poderá enfrentar, de uma vez, tanto a inflação como a tarefa de desindexar a economia de alto a baixo — afirmou ontem o ex-Ministro do Planejamento Mário Henrique Simonsen, no Seminário sobre Mercado de Capitais, no

34 *Folha de São Paulo* de 24 de agosto de 1984.

35 *Folha de São Paulo* de 24 de agosto de 1984.

36 *O Globo* de 31 de agosto de 1984.

37 *Jornal de Brasília* de 11 de outubro de 1984.

Senado, onde defendeu a proposta de "desindexação pela indexação", do Professor André Lara Resende.

DESINDEXAÇÃO SEM FANTASIA ³⁸

Na realidade, os efeitos possíveis de uma desindexação são imprecisos. De qualquer forma, dependem e muito do grau de credibilidade das ações de um governo que consigna sensibilizar todos os agentes econômicos. Por certo esse programa implicará inegáveis custos para a sociedade brasileira. Daí ser altamente positivo, e até patriótico, o debate, desde já, promovido pela Fenaseg sobre o assunto.

SIM, MAS NÃO JÁ ³⁹

Para Marcelo de N. Lara Resende, do Departamento de Economia da PUC-RJ, a decisão política sobre desindexação terá de aguardar o novo governo.

EMPRESÁRIOS E ECONOMISTAS DEFENDEM A ORTE- NIZAÇÃO ⁴⁰

A formação de um pacto nacional para combater a inflação e a criação de uma nova moeda, baseada na Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN), em substituição ao atual cruzeiro, foram propostas ontem por empresários e economistas durante debate na Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN) e deverão ser encaminhadas ao novo Presidente da República.

.....

Todos os presentes no debate concordaram com a criação de uma nova moeda, proposta pelo economista André Lara Resende, da PUC do Rio de Janeiro, com o objetivo de desindexar a economia, ou seja, acabar com diferentes índices (câmbio, UPC e correção monetária) e corrigir tudo só pela ORTN.

AUDÁCIA OU PRUDÊNCIA ⁴¹

OS DEBATES SOBRE O COMBATE À INFLAÇÃO ⁴²

... existe o receio de insatisfação por parte de alguns, inconformados com a supressão da correção monetária, do presente

38 *Folha de São Paulo* de 25 de outubro de 1984 (artigo de L. G. Paes de Barros Leães).

39 *O Globo* de 23 de novembro de 1984 (artigo de Joelmir Betting).

40 *O Globo* de 23 de novembro de 1984.

41 *O Globo* de 3 de dezembro de 1984 (artigo do Professor Eugênio Gudín).

42 *O Globo* de 5 de dezembro de 1984 (artigo do Prof. Octávio Gouvêa de Bulhões).

para o futuro. Os resquícios inflacionários provenientes do respeito à correção monetária do passado para o presente poderiam manter os preços em alta, embora em proporções muito inferiores às verificadas anteriormente.

.....

Caso, porém, se venha a julgar mais provável a preponderância dos descontentes, prevalecendo as incompreensões e a desconfiança, nesse caso, deveríamos, no mínimo, modificar o sistema.

.....

MENTALIDADE LOTÉRICA ⁴³

A posse do Ministro Francisco Dornelles em 15 de março de 1985, nomeado pelo Presidente Tancredo Neves, na Pasta da Fazenda, representou uma protelação no processo de desindexação. As pressões da opinião pública, contudo, continuariam:

A IMPORTÂNCIA DOS PREÇOS RELATIVOS ⁴⁴

PACTO NACIONAL PELA DESINDEXAÇÃO ⁴⁵

... a correção monetária só é neutra na teoria.

A questão da indexação da economia deve ser atacada prioritariamente pela nova Administração que se instala no próximo mês.

.....

O problema da desindexação não é um problema técnico, afeto aos economistas e outros especialistas. A questão é eminentemente política, e deve ser tratada no mais alto nível da República.

.....

A idéia de que é necessário um pacto nacional pela desindexação decorre de que esta deve ir mais além do que a questão do redirecionamento das poupanças.

.....

O QUE FALTA É CORAGEM ⁴⁶

O ex-Ministro da Fazenda (Octávio Gouvêa de Bulhões) afirma que com o fim da correção monetária a inflação será debelada, sem provocar recessão e desemprego.

43 *Estado de São Paulo* de 10 de dezembro de 1984 (artigo do Prof. Octávio Gouvêa de Bulhões).

44 *O Globo* de 21 de janeiro de 1985 (artigo do Prof. Eugênio Gudin).

45 *Folha de São Paulo* de 15 de fevereiro de 1985 (artigo de Boris Tabacof).

46 *Veja* de 20 de março de 1985 (entrevista concedida a George Vidor).

AFASTADA A DESINDEXAÇÃO ⁴⁷

A campanha em torno da desindexação teve certamente grande responsabilidade na alta do custo do dinheiro nos últimos meses. As autoridades, ao fixar o novo cálculo da correção monetária, procuraram acabar com as especulações em torno do assunto. A correção plena será mantida: apenas um sistema de "pico" substitui um sistema de média geométrica.

OS PODERES DA CORREÇÃO MONETÁRIA ⁴⁸

A princípio a correção monetária restaura a confiança, mas, na realidade, é um mecanismo através do qual os poderes econômicos se reafirmam.

É HORA DE ROMPER O CÍRCULO ⁴⁹

A correção monetária é um artifício, todos sabemos, com o péssimo hábito de transportar a inflação passada para a inflação futura. A desindexação que, naturalmente, deverá ser gradual, vai liberar o governo de seu compromisso maior, que é o reajuste da dívida interna...

Há evidentemente um custo social inerente à desindexação, mas parece não existir outra forma de se chegar a um final feliz neste drama brasileiro.

SIMONSEN DIZ QUE SALÁRIOS EM ORTN PODEM ACABAR COM A ILUSÃO INFLACIONÁRIA ⁵⁰

Analisando uma das teses sobre a indexação geral da economia (isto é, a vinculação completa dos reajustes a índices de correção monetária), o ex-Ministro defendeu uma tese que considerava viável a médio prazo: a ortenização por etapa...

CORREÇÃO MONETÁRIA EM DISCUSSÃO ⁵¹

Desse modo, pensamos ter demonstrado que as críticas à nova fórmula de correção monetária não resistem a uma análise

47 *Estado de São Paulo* de 24 de março de 1985.

48 *Folha de São Paulo* de 29 de abril de 1985 (artigo de Gilson Schwartz).

49 *Folha de São Paulo* de 6 de maio de 1985 (artigo de Euclides Carli).

50 *Jornal do Brasil* de 8 de maio de 1985.

51 *Jornal do Brasil* de 28 de maio de 1985 (artigo de José Júlio Senna).

mais cuidadosa, menos ainda resistem a essa análise, as sugestões alternativas imaginadas por alguns.

CORREÇÃO E CARNAVAL ⁵²

Assisti, na semana passada, a uma série de palestras sobre correção monetária, ao mesmo tempo em que reli a *Sociologia do Carnaval*, de Roberto da Matta. Os conferencistas provaram, por a + b, que a correção monetária transformou-se em vício mortal para a nossa economia. E, relendo aquele delicioso ensaio, comecei a descobrir interessantes semelhanças entre correção monetária e carnaval.

.....

A CRONOLOGIA DA IMPOPULARIDADE ⁵³

A correção monetária baseada na inflação passada é transferida cumulativamente para o futuro, na sucessão do tempo. É um procedimento que impede suprimir a inflação, por maior o êxito na redução do déficit público. A possibilidade do completo reequilíbrio orçamentário exige a simultânea suspensão do déficit e da correção monetária.

.....

ANTIINFLAÇÃO NA ARGENTINA E NO BRASIL ⁵⁴

A eliminação da transferência da inflação passada seria praticável ao utilizar-se a sugestão de Lara Resende, adotada na Argentina. Mais simples, porém, seria abolir a correção monetária, abrupta ou gradualmente, desde que se tratasse de gradualismo a curto prazo.

.....

O CHOQUE ARGENTINO ⁵⁵

A proposta que o economista brasileiro Francisco Lopes levou a Tancredo inverte o modelo do FMI e inspira as mudanças econômicas de Alfonsín.

.....

52 *Folha de São Paulo* de 21 de maio de 1985 (artigo de José Pastore).

53 *O Globo* de 14 de junho de 1985 (artigo de Octávio Gouvêa de Bulhões).

54 *Folha de São Paulo* de 23 de junho de 1985 (artigo de Octávio Gouvêa de Bulhões).

55 *Jornal do Brasil* de 23 de junho de 1985 (entrevista concedida a João Sant'Anna).

Revelou, por exemplo, que em novembro do ano passado esteve com o Presidente Tancredo Neves, a quem entregou, pessoalmente, sua proposta de combate à inflação: "Reforma monetária e pacto nacional de estabilização", uma espécie de constituinte econômica, as bases de um pacto econômico para acabar, de vez, com a inflação.

.....

UM DIA A CASA CAI ⁵⁶

Avaliação do potencial explosivo do Sistema Financeiro da Habitação vai explodir, não tem solução. O negócio é reformular a estrutura e a operação do SFH antes da explosão, contagem regressiva, já penetrando no "point of no return".

CONCEIÇÃO TAVARES DEFENDE ESCALA MÓVEL PARA AUMENTAR SALÁRIO REAL ⁵⁷

.....

Conceição Tavares disse não compreender o motivo para pessoas progressistas, como Walter Barelli, diretor do DIEESE, estarem defendendo a trimestralidade, ou economistas, como Francisco Lopes, professor da PUC-RIO, estarem propondo o congelamento dos salários contra preços em seus níveis semestrais médios.

ECONOMISTA PREVÊ HIPERINFLAÇÃO ⁵⁸

O Brasil enfrentará em breve uma hiperinflação, se o governo e a sociedade brasileira não tomarem a decisão política de combater a elevação de preços no País com medidas mais radicais, abandonando o gradualismo — afirmou ontem o economista Thomas Sargent, diretor do Banco Central de Mineápolis e autor de um estudo sobre as "Quatro grandes hiperinflações do período pós-Primeira Guerra Mundial (Alemanha, Polônia, Áustria e Hungria), que há alguns anos circulou muito entre os economistas mais ortodoxos.

.....

O DIA FOI MUITO TENSO EM BRASÍLIA ⁵⁹

Há nervosismo em Brasília. O Governo já sabe que a inflação de janeiro já poderá chegar aos 20%, a mais arrasadora

56 O Globo de 10 de julho de 1985 (artigo de Joelmir Betting).

57 Folha de São Paulo de 4 de outubro de 1985.

58 Jornal do Brasil de 3 de dezembro de 1985.

59 Folha de São Paulo de 20 de dezembro de 1985 (nota da Redação).

taxa da história. É preciso segurar isto de algum jeito. Para breçar esta escalada cogitou-se de duas medidas: a desindexação da economia (fim da correção monetária) com o nivelamento dos dissídios salariais e controle de preços. Segunda: liberação total do câmbio.

2.2. Nas orações que pronunciaram no dia 28 de fevereiro de 1986, ao ensejo do lançamento do Plano Cruzado, o Ministro Funaro e o Presidente Sarney assumiram, afinal, oficialmente, o discurso favorável à desindexação, que fermentara na opinião pública por mais de seis anos.

Disse Furano na ocasião:

Ninguém deve se iludir quanto à gravidade do processo inflacionário brasileiro, abastecido pelo combustível da indexação.

A inflação brasileira desgarrou dos fatores originais que a impulsionaram. Passou a extrair forças do seu próprio movimento. A existência da correção monetária aplicada de forma generalizada sobre os valores contaminou a psicologia de todos agentes econômicos e marginalizou o cruzeiro em suas funções monetárias. Todos começaram a fazer os cálculos de seus rendimentos e de seu patrimônio em ORTN. O cruzeiro era uma moeda cada vez mais fraca, usada apenas para calcular o valor dos salários. As mudanças econômicas inscritas no decreto-lei começaram por igualar a moeda dos salários à moeda da riqueza. A isso se chama restaurar o padrão monetário".⁶⁰

Falou, por sua vez, o Presidente:⁶¹

"Determinei mudanças fundamentais na economia.

Chegamos à exaustão nos paliativos e nos tratamentos tópicos.

... as principais decisões são as seguintes:

— extinção da correção monetária generalizada. (...)

⁶⁰ "Funaro explica os motivos da reformulação da economia", in *O Globo*, 10-3-86.

⁶¹ "Estabilização dos preços acabará com o pior inimigo", íntegra do discurso do Presidente Sarney, in *O Globo*, 19-3-86.

Estamos derrubando os marcos da fortaleza inflacionária.

Ainda enfrentaremos a força de hábitos há tempo arraigados. Basta lembrar que a inflação e a correção monetária fazem parte da vida e dos hábitos das nossas novas gerações, que não conhecem outra economia senão essa. Eles não conhecem uma economia livre dessas distorções.”

2.3 Vale a pena resumir algumas impressões que ficam da leitura dos jornais da época sobre o tema de que estamos tratando.

Em primeiro lugar sobressaem a lentidão do percurso e a falta de objetividade da discussão. Para evidenciar este último ponto basta lembrar a ingenuidade da nota da redação do jornal *O Globo* de 21 de janeiro de 1984, em que se diz:

“Como será feita essa desindexação, também ninguém soube até agora ao certo” (...) “De uma coisa já se pode ter certeza: essa palavra, se for aplicada, mudará em muito, para melhor ou pior, a economia brasileira.”

Outra marca do debate é o apelo permanente do *gradualismo* das medidas de desindexação. De tempos em tempos chega alguém, sem considerar o tempo passado desde as declarações anteriores, e propõe que a extinção da correção monetária seja gradual.

As propostas gradualistas de eliminação da indexação — combatidas, quase exclusivamente, pelo Professor Bulhões (e ainda assim com alguns recuos) — embutem um comportamento muito criticado nas elites brasileiras, que parecem avessas às transformações, mesmo àquelas que, como no caso da extinção da correção, sinalizam para a restauração da ordem. É sintomática, a propósito, a manifestação do ex-Presidente Figueiredo, de que uma desindexação traria o “caos no País”.

Constata-se, por outro lado, em todas as ocasiões, que a discussão sobre a indexação fica atrelada às considerações sobre a inflação, como se entre ambas houvesse uma relação “natural” de causa e efeito.

As críticas contra a correção são, sempre, protestos, diretos ou indiretos, contra a inflação.

Esse tratamento eminentemente pragmático dado ao tema foi um dos empecilhos à objetividade do debate, tornando-o, inclusive, descontínuo e ideológico.

Observe-se que quando se fala em supostas vantagens iniciais da correção, está-se abstraindo de que a inflação, acoplada à correção, penaliza, desigualmente, os diversos setores da sociedade e que, por isso, alguns deles são por ela beneficiados, tornando-se, por assim dizer, seus clientes. Em poucas oportunidades, por isso, nesse período, são abordados de frente

os verdadeiros malefícios de caráter geral causados à ordem jurídica pela desindexação, como a desorganização institucional dela resultante, e os poderes incontrolados que ela assegura aos seus beneficiários.

Anote-se, por último, ser freqüente a menção dos jornais às recomendações do Fundo Monetário Internacional (FMI) simpáticas à desindexação. As atenções do FMI, contudo, voltavam-se, principalmente, para os efeitos inflacionários de certas modalidades de correção, especialmente a dos salários.

3 — As primeiras medidas legais em sentido contrário à indexação

A característica comum a todos os fracassados programas de estabilização monetária do Governo Sarney é o emprego do congelamento⁶² como principal instrumento de desindexação.

Os artigos 35 do Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, 1.º do Decreto-Lei n.º 2.335, de 12 de junho de 1987, e o 8.º da Medida Provisória n.º 32, de 15 de janeiro de 1989, impõe o congelamento nos seguintes termos, respectivamente:

“Ficam congelados todos os preços nos níveis do dia 27 de fevereiro de 1986.

Ficam congelados, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, todos os preços, inclusive os referentes a mercadorias, prestações de serviços e tarifas, nos níveis dos preços à vista efetivamente praticados ou autorizados até o dia 12 de junho de 1987.

Ficam congelados, por prazo indeterminado, todos os preços, inclusive os referentes a mercadorias, prestação de serviços e tarifas, nos níveis dos preços já autorizados pelos órgãos oficiais competentes ou dos preços efetivamente praticados no dia 14 de janeiro de 1989.”

Imaginou-se, além disso, que o controle dos índices e da freqüência dos reajustes seria um tratamento auxiliar adequado no combate à inflação.

Assim, o Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986, em vários dispositivos, fixou o prazo mínimo de 12 (doze) meses para os reajustes de montantes de diversos atos jurídicos. Esse prazo foi reduzido para 90 (noventa) dias pelo Plano Bresser, subordinados os reajustes, porém, na fase posterior ao congelamento, a uma unidade-de-conta sujeita a critérios de cálculos especiais. O prazo mínimo de 90 dias foi mantido no Plano Verão, para certos contratos.

⁶² Sobre a noção de congelamento, ver, por todos, *O Choque Heterodoxo — Combate à Inflação e Reforma Monetária*, de Francisco Lopes, 2ª edição, Rio, Editora Campos, e *Inflação Inercial, Teorias sobre Inflação e o Plano Cruzado*, organizador José Márcio Rego, Rio, Paz e Terra Econômica, 1986. Ver, também, *Uma Teoria do Controle de Preços*, exposição clássica, de John Kenneth Galbraith, trad. de José Murillo de Carvalho, Rio, Forense Universitária, 1986.

Os programas de estabilização desse período têm como outra característica a extinção de unidades-de-conta utilizadas anteriormente como indexadores de caráter geral. O Plano Cruzado aboliu a ORTN, e o Plano Verão extinguiu a OTN e a URP. Além disso, deve-se a eles a criação e desenvolvimento de novos índices, particularmente o IPC.

3.2 Após alguns meses de vigência do Plano Cruzado os preços voltaram a subir, dando lugar a uma pressão crescente para a reindexação da economia, o que levou o Governo, para tentar contê-la, a editar Decreto-Lei em cuja ementa, pela primeira vez, fala-se, expressamente, em *desindexação*, *in verbis*:

“Decreto-Lei n.º 2.290, de 21 de novembro de 1986 — Estabelece normas sobre a desindexação da economia e dá outras providências.”

A desindexação do Decreto-Lei n.º 2.290, de 21 de novembro de 1986, representou um importante progresso, do ponto de vista jurídico, com relação ao anterior Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986: a correção monetária foi formalmente desvinculada da variação do Índice de Preços ao Consumidor — IPC, estabelecendo-se que, a partir de março de 1987, o critério de reajuste da Obrigação do Tesouro Nacional — OTN, seria, *discricionariamente*, fixado pelo Conselho Monetário Nacional.

A *discricionariiedade* das autoridades monetárias em tema de poder aquisitivo dos créditos é, porém, limitadíssima e, na prática, o índice de preços ao consumidor e a correção cambial, aos poucos, voltaram a se impor como padrão real”. Em 26 de fevereiro de 1987, o Decreto-Lei n.º 2.322 permitiu expressamente a generalização do emprego da OTN como unidade-de-conta (idêntica à antiga ORTN). Logo em seguida, o Decreto-Lei n.º 2.323, de 4 de março de 1987, revigorou o sistema de valorização dos tributos; a correção monetária reinstalou-se, livremente, na prática brasileira do dia-a-dia, derrubando, *en passant*, o Ministro Funaro, que foi substituído por Bresser Pereira na Pasta da Fazenda.

4. As pressões na opinião pública pela reindexação generalizada

Como o Plano Cruzado deixara *stand by* os mecanismos de correção monetária, cabia à sua clientela escolher o momento e a forma de reativá-los. Foi o que ela fez:

ECONOMISTA QUER CORREÇÃO MONETÁRIA EM FINANCIAMENTO ⁶⁸

A volta da correção monetária nos contratos de financiamento e a eliminação da cobrança de Imposto de Renda para

68 *Jornal do Brasil* de 10 de junho de 1986.

aplicadores de recursos de longo prazo são as únicas formas de restabelecer o mercado de crédito de longo prazo no País. Essa foi a sugestão feita ontem pelo economista Paulo Guedes, vice-Presidente do IBMEC (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais). Mostrando-se preocupado com a paralisação das operações desse mercado, Guedes afirmou que “a correção monetária e a correção cambial eram um mal necessário para a economia brasileira”.

.....

A sugestão de Paulo Guedes na esteira das reflexões do ex-Ministro Mário Henrique Simonsen que na edição de domingo último do *Jornal do Brasil* propôs a regulamentação da OTN como forma de servir de referência para o mercado de crédito de longo prazo. “Não vejo como montar um crédito para 15 anos baseado numa taxa interbancária totalmente desconhecida, num país que ainda tem memória da inflação”, garantiu Simonsen.

MERCADO REAGE BEM ÀS NOVAS MEDIDAS DO “CMN” E OPEN É REATIVADO ⁶⁴

As medidas adotadas pelo Conselho Monetário Nacional, no âmbito do mercado financeiro, tranqüilizaram os dirigentes das instituições e já deram os primeiros resultados. Ontem o mercado aberto (*open market*), que estava muito travado, começou a realizar operações definitivas de compra e venda de títulos, já sem a preocupação de contabilizar prejuízos caso a inflação fique acima do esperado.

O Presidente da Associação Nacional das Instituições do Mercado Aberto (ANDIMA), Adolpho Oliveira, considerou muito importante para o mercado a definição pelo CMN de que as Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) terão seguro contra a inflação (os títulos serão reajustados a partir de março de 1987 pela variação do IPC nos 12 meses anteriores). O risco de perda foi minimizado, já que anteriormente as instituições vislumbravam um prejuízo maior, pela rentabilidade inferior ao custo do carregamento e pela perda real perante a inflação.

Na opinião do dirigente financeiro, a criação da Letra do Tesouro Nacional com taxas flutuantes (LTNF) representa a primeira etapa para viabilizar as operações financeiras de longo prazo. Com juros repactuados a cada 63 dias, os títulos reduzem o risco das operações do mercado, possibilitam *hedge* (defesa) e a captação de recursos a prazos mais longos.

.....

64 *Jornal do Brasil* de 28 de junho de 1986.

CUT USA ÍNDICE DO DIEESE PARA REIVINDICAÇÃO SALARIAL ⁶⁵

.....

Dentro da estratégia da CUT para repudiar a política econômica do Governo, a greve geral é encarada como um dos principais instrumentos. "A greve geral é a arma mais eficaz para a classe trabalhadora derrotar o arrocho e o confisco salarial imposto pelo pacote".

.....

POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA TEME FIM DO CONGELAMENTO ⁶⁶

CRUZADO AS VÉSPERAS DO APOCALIPSE ⁶⁷

.....

O Cruzado II tem outra característica no mínimo curiosa. Ao reintroduzir a correção seletiva e diária na economia, através das taxas da IBC, ele acabou enterrando um dos objetivos mais importantes do Cruzado I, que era terminar com a indexação na economia brasileira.

BALANÇOS E CORREÇÃO MONETÁRIA ⁶⁸

.....

Com o advento do Plano de Estabilização Econômica e no pressuposto de inflação zero ou quase zero, foi considerada extinta a indexação da economia do País e, como consequência, muitos julgaram como prescrito o sistema da correção monetária nos balanços das empresas. A realidade no entanto é outra. A inflação revelada pelo IPC, atualmente o índice reconhecido pelas autoridades federais, já atingiu um valor de 8,19% até o mês de setembro e projeções conservadoras indicam que até 31 de dezembro de 1986 o índice acumulado a partir do mês de março poderá estar perto ou ultrapassar os 13%.

.....

Considerando que todos esses ajustes irão normalmente representar parcelas substanciais dos resultados das empresas, é indispensável que eles sejam reconhecidos e aceitos pelas autoridades monetárias e fiscais e isso pode ser feito facilmente, como

65 *Jornal do Brasil* de 1º de agosto de 1986 (reportagem de Sônia Carvalho).

66 *Jornal do Brasil* de 9 de novembro de 1986 (reportagem de Atenéia Feljó).

67 *Folha de São Paulo* de 25 de novembro de 1986 (artigo de Alkimar R. Moura).

68 *Jornal do Brasil* de 26 de novembro de 1986 (artigo de Manoel Ribeiro da Cruz Filho).

se disse acima, pelo restabelecimento da vigência dos artigos do Decreto-Lei n.º 1.598, que foram revogados, mediante simples decreto do Presidente da República, bem como por um ato das autoridades fiscais admitindo como dedutíveis as previsões constituídas para os fins previstos nos dois parágrafos anteriores.

AS CORREÇÕES DO CRUZADO ⁶⁹

.....

Penso que uma indexação parcial, limitada aos títulos de longo prazo e compatível com a variação dos preços, é fundamental para a segurança do empresário. A combinação de congelamento de preços, juros flutuantes e indexação via LBC não representa um cenário favorável à retomada dos investimentos privados, única forma de atender ao crescimento da demanda.

ECONOMIA VOLTA A SER INDEXADA ATÉ FEVEREIRO ⁷⁰

Decreto-lei assinado terça-feira pelo Presidente José Sarney determina que entre este mês e fevereiro de 1987 a correção das Obrigações do Tesouro Nacional — OTN poderá ser feita também pela variação do Índice de Preços ao Consumidor — IPC, desde que ela seja maior do que a rentabilidade das Letras do Banco Central — LBC. A mudança equivale à volta da indexação na economia...

BALANÇOS SEMESTRAIS NÃO SOFREM CORREÇÃO ⁷¹

O retorno da correção monetária aos balanços está sendo aplaudido como uma medida tecnicamente necessária, dos pontos de vista contábil e fiscal.

BANCOS PEDEM VOLTA DA CORREÇÃO MONETÁRIA ⁷²

Em documento às autoridades econômicas, a Federação Brasileira de Associações de Banco (FEBRABAN) e a Associação Nacional dos Bancos de Investimento (ANBID) pediram o retorno da correção monetária. Os banqueiros consideram necessária a reindexação para que, diante dos altos índices de inflação, a economia não se desorganize.

69 *Folha de São Paulo* de 29 de novembro de 1986 (artigo de Sérgio F. Quintella).

70 *Jornal do Brasil* de 26 de dezembro de 1986.

71 *Gazeta Mercantil* de 6 de janeiro de 1987 (reportagem de Eliana A. Balleroni).

72 *O Globo* de 10 de janeiro de 1987.

BORNHAUSEN DEFENDE RETORNO DA INDEXAÇÃO DA ECONOMIA ⁷³

O Globo — E como seria essa nova reindexação da economia?

BORNHAUSEN — Temos que escolher um índice que pode ser, por exemplo, o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor). Basicamente, seria voltar ao sistema antigo de correção monetária, a partir de um determinado número de itens que compõem o custo de vida.

O Globo — Mas a Letra do Banco Central (LBC) não apresenta uma forma de indexação?

BORNHAUSEN — Sem dúvida que com a implementação do Cruzado II houve uma indexação parcial da economia com a LBC. Mas é uma forma de indexação incorreta.

REINDEXAÇÃO GERAL ⁷⁴

BANQUEIRO ADVERTE ⁷⁵

Juarez Soares considera que o Plano Cruzado fracassou, e chega mesmo a questionar se ele foi efetivamente programa de estabilização ou uma mera jogada do Governo para vencer as eleições de novembro. Para o Vice-Presidente do Banco Real, diante da alta inflacionária prevista para os primeiros meses desse ano e a conseqüente elevação das taxas de juros nominais, as autoridades econômicas deveriam autorizar o retorno imediato da indexação do sistema financeiro, com o objetivo de proteger os investidores e evitar o esvaziamento da poupança nacional.

DECRETO-LEI PODE TRAZER DE VOLTA A INDEXAÇÃO DOS CONTRATOS ⁷⁶

A reindexação plena da economia passou a representar uma das poucas armas do Governo Sarney para recuperar a credibilidade e evitar maior desequilíbrio dos preços relativos, conforme

73 *O Globo* de 11 de janeiro de 1987 (reportagem de Paulo Figueiredo).

74 *O Globo* de 16 de janeiro de 1987 (artigo de Joelmir Betting).

75 *O Globo* de 19 de novembro de 1987 (entrevista a Juarez Soares e Paulo Figueiredo).

76 *Folha de São Paulo* de 1º de fevereiro de 1987 (reportagem de Josias de Souza).

a *Folha* apurou ontem no Ministério da Fazenda, apesar de todas as autoridades econômicas estarem cientes de que a indexação amplia o risco de hiperinflação.

A indexação voltou a pleno vapor com a retomada da remuneração mensal das cadernetas de poupança, as minidesvalorizações diárias do cruzado, o atrelamento do rendimento das Letras do Banco Central à inflação, o gatilho salarial e, a partir da próxima semana, com a liberação de reajustes dos valores dos contratos com preços inferior a um ano.

.....

CORREÇÃO VOLTA UM ANO DEPOIS DO PLANO CRUZADO⁷⁷

A economia brasileira volta a ser reindexada a partir de hoje, um dia antes do primeiro aniversário do Plano Cruzado, que acabou com a correção monetária. O Presidente Sarney assinou ontem o Decreto-Lei n.º 2.322 que define os critérios de indexação a serem aplicados na economia e permite que os contratos em geral sejam reajustados com prazo inferior a um ano.

A exposição de motivos que acompanha o Decreto afirma que com essa medida “devolve-se inteira liberdade para o mercado praticar os reajustes de acordo com a real oscilação da moeda e conforme peculiar situação de cada segmento de atividade comercial ou econômica.

5. O caos monetário do Governo Sarney

A chamada Nova República fracassou na tarefa de efetuar uma *transição* organizada de um regime de iniquidade e desordem monetárias para um outro de estabilidade e justiça. Antes, ao convalidar, acriticamente, situações passadas — através de sucessivas reformas — e ao deixar sem solução a maior parte das questões enfrentadas, que exigiam pronto equacionamento jurídico, o Governo Sarney agravou, sob certos aspectos, o quadro por ele encontrado. Em conseqüência foram transferidos para o Governo Collor o encargo não só de estabelecer bases para um desenvolvimento capitalista moderno, como de disciplinar complexos problemas específicos não resolvidos, como os referentes, por exemplo, a mensalidades escolares, contratos do Sistema Financeiro da Habitação, salários, vencimentos, soldos, pensões, cadernetas de poupança, aluguéis, dívidas judiciais, etc.

Os programas de estabilização do Governo Sarney foram editados, em sua maioria, através de “Pacotes” (espécie de “medida de impacto”

⁷⁷ O *Globo* de 27 de fevereiro de 1987.

herdada da ditadura militar constituídos de várias normas sobre temas conexos publicados num só dia). O chamado Plano Cruzado II, por exemplo, foi baixado através de 15 (quinze) decretos-leis, todos do dia 21 de novembro de 1986, além de 14 decretos da mesma data, sem contar as normas de nível inferior. O denominado Plano Verão, por sua vez, consistia em 8 (oito) medidas provisórias, todas de 15 de janeiro de 1989. Quanto mais fraco se sentia o Governo, mais regras ineficazes impunha à sociedade.

Como os pacotes eram gestados em sigilo, os erros na sua formulação foram freqüentemente corrigidos *a posteriori*, após a publicação dos atos, inclusive para atender às pressões de setores eventualmente prejudicados, até por engano. O Decreto-Lei n.º 2.283, de 27 de fevereiro de 1986, foi logo substituído pelo Decreto-Lei n.º 2.284, de 10 de março de 1986. O Decreto-Lei n.º 2.335, de 12 de junho de 1987, foi objeto de uma retificação posterior, e de republicação, na íntegra, de seu inteiro teor, para incorporar alterações subseqüentes.

Diante das facilidades de legislar por meio de decretos-leis, e, depois, de medidas provisórias, as normas desse período serviram, muitas vezes, de instrumento de veiculação de teses ou doutrinas do agrado pessoal dos Ministros. O Plano Bresser é um típico exemplar de trabalho acadêmico, bem como as regras sobre o orçamento indexado do Ministro do Planejamento Econômico do final do Governo, João Baptista de Abreu.

Outra característica dessa época é a elaboração de decretos-leis e de medidas provisórias ambíguos, disciplinando, na aparência, a desindexação, mas promovendo, na prática, a reindexação (como ocorreu com as inúmeras medidas entre as de n.º 38, de 3 de fevereiro de 1989, e 75, de 31 de julho de 1989). Pela quantidade de medidas provisórias publicadas nesse semestre inicial de 1989 — 37 (trinta e sete) — percebe-se a confusão reinante.

O emprego da controvertida medida provisória como um decreto-lei de espectro mais amplo do que aquele que vigorava antes da Constituição de 1988, foi um fator complementar de dificuldades para a ordem jurídica, pois muitas medidas provisórias (em decorrência, até, de conflitos entre os poderes), eram reeditadas, de 30 em 30 dias, obtendo-se, com isso, uma vigência prolongada, que lhes retirava o caráter de provisoriedade.

Imperou, nessa época, um desenfreado casuismo, do qual o exemplo mais significativo parece-me o da Medida Provisória n.º 117, de 30 de novembro de 1989, baixada com a exclusiva finalidade de fixar o montante nominal da BTN fiscal em um único dia. Essa Medida Provisória foi convertida na Lei n.º 7.968, de 22 de dezembro de 1989, cujo pífio conteúdo é, apenas, o de declarar que “o valor do BTN Fiscal no dia 1.º de dezembro de 1989 é fixado, em caráter excepcional, em NCz\$7,0860” para efeito de determinação da base de cálculo de imposto sobre a

renda na fonte, devido, nessa data, em operações de renda fixa, e de atualização monetária de tributos cujo recolhimento ocorresse naquele dia.

Esse panorama de confusão crescente é retratado nas notícias de jornais dessa fase:

*MODIANO TEME HIPERINFLAÇÃO EM OTN*⁷⁸

A otenização da economia levaria a uma hiperinflação em cruzados que, certamente, provocaria a inflação, também em OTN, afirma o professor da PUC carioca, Eduardo Modiano.

*ADEUS ÀS ARMAS*⁷⁹

.....

A política monetária da "Nova República" desorganizou a economia, ao cancelar a especulação financeira. Criando, via elevação das taxas de juros, um conflito distributivo sem paralelo na história, e que só a desindexação da economia nos moldes do Plano Cruzado e sem a ilusão do congelamento pode superar.

*INDEXAÇÃO E HIPERINFLAÇÃO*⁸⁰

.....

Um dos pontos importantes que se procurou defender, neste artigo, é a possibilidade (se não a probabilidade) da eclosão de uma hiperinflação em consequência do processo endógeno da indexação.

.....

A hiperinflação pode não ser provável, no Brasil, a curto prazo; certamente, porém, é provável.

.....

*BRASIL VIVE HOJE A HORA DA VERDADE*⁸¹

.....

A dívida interna brasileira beira os Cr\$100 bilhões. A largatixa já virou jacaré.

78 *O Globo* de 13 de dezembro de 1967 (reportagem de José Negreiros).

79 *Folha de São Paulo* de 5 de janeiro de 1968 (artigo de Dércio Garcia Munhoz).

80 *Folha de São Paulo* de 25 de maio de 1968 (artigo de Joaquim Elói Cirne de Toledo).

81 *O Globo* de 29 de maio de 1968 (entrevista de Dércio Garcia Munhoz a Beth Cataldo).

BURACO SEM FUNDO ⁸²

Para financiar seu déficit, o Governo emite 4,3 trilhões de cruzados em títulos públicos e alimenta a ciranda financeira no País.

A BOMBA DA HIPERINFLAÇÃO ⁸³

A apregoada convivência com a inflação, longe de ser saudável, é sintoma da doença que se alastra por toda a sociedade porque mina e corrói o que resta de dignidade, confiança e disposição de luta.

OVER-HOUR ⁸⁴

É irrisório tentar resolver tais problemas com política "feijão-com-arroz". É um absurdo dizer que "só confiança na indexação impede a hiperinflação". Os níveis atuais da hiper ou super são insustentáveis. Com todas as falhas que uma desindexação teria e apesar da baixa credibilidade para impor um plano destes, só medidas drásticas reporão a economia nos trilhos da normalidade.

UM CURIOSO CASO DE HIPERINFLAÇÃO LENTA E GRADUAL ⁸⁵

...sugeriria ao Governo que, imediatamente, recompusesse o Plano Bresser, como medida de emergência para contar a ascensão em sua lógica limitando assim todos os reajustes à URP.

O DESCONTROLE DA ECONOMIA ⁸⁶

Está claro que as circunstâncias requerem a intervenção do Legislativo no Banco Central via Tribunal de Contas. Antes

82 *Veja* de 8 de junho de 1988.

83 *Folha de São Paulo* de 29 de junho de 1988 (artigo de Abraão Szajman).

84 *Jornal do Brasil* de 21 de julho de 1988 (artigo de Luiz Arthur A. Correia).

85 *Folha de São Paulo* de 22 de julho de 1988 (artigo de César Maia).

86 *Folha de São Paulo* de 3 de agosto de 1988 (artigo de Dércio Garcia Munhoz).

que a desorganização das finanças públicas avance na desorganização econômica e política.

.....
FUNARO NÃO ACREDITA EM REDUTOR, OTENIZAÇÃO OU FEIJÃO-COM-ARROZ ⁸⁷

Aos 53 anos o ex-Ministro da Fazenda, responsável pela adoção do primeiro plano de estabilização econômica, não vê solução para a economia brasileira que seja viável antes de um novo governo tomar posse...

INIMIGOS INVISÍVEIS ⁸⁸

.....
Perdendo a população a memória (é impossível saber quanto custava uma coisa há três ou quatro meses) o sistema de preços tende a se romper. Em resumo: as pessoas ficam como baratas tontas e preferem se retrair deixando de consumir. Quase não se sabe mais qual a moeda nacional, pois as mercadorias se calculam ora em cruzados, ora em dólares ou OTN, ou então as contas dos serviços são pagas em UPC, Unifs, Uferjs, MVR e tantas outras excentricidades reajustadas todos os meses pontualmente. Como viver num país com tantas moedas?

.....
DORN BUCH APONTA RISCO DE HIPERINFLAÇÃO EM UM ANO ⁸⁹

.....
O Brasil não é diferente em nada. A indexação não previne a hiperinflação. O que a indexação provoca, uma vez detonado o processo de hiperinflação, é justamente uma hiperinflação, muito mais alta do que numa economia que não seja indexada.

.....
A UM PASSO DA HIPERINFLAÇÃO ⁹⁰

INFLAÇÃO PODE BATER O RECORDE HISTÓRICO ⁹¹

A MOEDA COMO INSTITUIÇÃO ⁹²
.....

87 *Folha de São Paulo* de 7 de agosto de 1988.

88 *Jornal do Brasil* de 15 de agosto de 1988 (Editorial).

89 *Folha de São Paulo* de 21 de agosto de 1988 (entrevista a Armando Ourique).

90 *Folha de São Paulo* de 26 de agosto de 1988 (Editorial).

91 *Folha de São Paulo* de 13 de outubro de 1988.

92 *O Globo* de 22 de outubro de 1988 (Editorial).

O Brasil não pode continuar com uma estrutura frágil na área monetária especialmente quando até corre o risco de viver uma hiperinflação. A moeda é uma instituição e como tal merece ser tratada e defendida pelas autoridades monetárias.

.....

GOVERNO ADMITE QUE A ATUAL POLÍTICA ECONÔMICA É INSUFICIENTE CONTRA A INFLAÇÃO ⁹³

HIPERINFLAÇÃO OU ESTABILIZAÇÃO ⁹⁴

REFORMA EXIGE REVISÃO AO ACORDO DA DÍVIDA ⁹⁵

O novo programa econômico que o Governo vai lançar nos próximos dias para o controle à inflação deve incluir a revisão do acordo da dívida externa, a fim de que também a transferência de recursos para o exterior sofra substancial redução.

.....

INFLAÇÃO DE JANEIRO CHEGOU A 70,28% ⁹⁶

PRODUÇÃO SIM, ESPECULAÇÃO NÃO ⁹⁷

.....

O Governo já tentou de tudo, mas sempre evitou renegociar civilizadamente as duas dívidas. O Plano Cruzado buscou desindeflexar a economia mas acabou provocando uma brutal explosão de consumo, desabastecimento, ágio e ainda o esgotamento de nossas reservas cambiais. O Plano Bresser reabriu o diálogo com a comunidade internacional mas, internamente, limitou-se a uma trégua de três meses, depois da qual a inflação voltou com toda a força, tornando a URP insuportável para o setor público e autoalimentadora do processo inflacionário no setor privado. O plano do feijão-com-arroz nos tirou da moratória — parabéns —, mas acabou levando o barco para a beira da hiperinflação. O “choque verão”, agora, tenta quebrar as pernas do consumidor e do produtor a um só tempo correndo o duplo risco do desabastecimento de produtos e de desabastecimento de salários.

.....

93 *Folha de São Paulo* de 22 de outubro de 1988.

94 *Folha de São Paulo* de 29 de novembro de 1983 (artigo de Elijana Cardoso).

95 *O Globo* de 6 de janeiro de 1989 (entrevista de Marcílio Marques Moreira a Cristina Chacel).

96 *O Globo* de 4 de fevereiro de 1989.

97 *Folha de São Paulo* de 5 de fevereiro de 1989 (artigo de Antônio Ermírio de Moraes).

SALÁRIOS PERDEM ATÉ 49,91% COM CHOQUE, DIZ DIEESE⁹⁸

ANDIMA REIVINDICA NOVO INDEXADOR⁹⁹

FALTA DE INDEXADOR LEVA EMPRESÁRIO A IMPASSE¹⁰⁰

GOVERNO QUEBRA SE JUROS NÃO BAIXAREM, DIZ AMATO¹⁰¹

FIM DA CORREÇÃO PROVOCA CORRIDA EM BUSCA DE UM NOVO INDEXADOR¹⁰²

OPERAÇÃO "CATRACA" INVERTE FLUXO DE RECURSOS DO MERCADO PARALELO DE DÓLAR¹⁰³

REINDEXAR É PRECISO¹⁰⁴

OS RISCOS DO PLANO VERÃO¹⁰⁵

.....

Não temos razão para acreditar no sucesso do Plano Verão a médio/longo prazos. Os altofornos inflacionários básicos continuam acesos — foram apenas temporariamente abafados.

.....

Sem ser *catastrofistas* deve-se alertar para o risco, que permanece, da hiperinflação.

.....

NOVO DESALENTO¹⁰⁶

.....

Três planos de estabilização frustrados. Todos deixando intocada a questão financeira, num País que realiza, há muito tempo, uma experiência original — a de não ter moeda ou, o que é a mesma coisa, a de ter uma moeda indexada.

98 *Folha de São Paulo* de 10 de fevereiro de 1989.

99 *O Globo* de 11 de fevereiro de 1989.

100 *Jornal do Brasil* de 20 de fevereiro de 1989 (reportagem de Jorge J. Obubaro).

101 *Folha de São Paulo* de 6 de março de 1989 (artigo de Armando Ourique).

102 *O Globo* de 6 de março de 1989 (reportagem de Sonia Soares).

103 *Folha de São Paulo* de 2 de março de 1989 (reportagem de João Carlos de Oliveira).

104 *O Globo* de 11 de março de 1989 (artigo de Joelmir Betting).

105 *Folha de São Paulo* de 14 de março de 1989 (artigo de Joaquim Elói Cirne de Toledo).

106 *O Globo* de 23 de março de 1989 (Editorial).

...é que o País tem uma moeda para o trabalhador, sem correção monetária, e uma outra para os aplicadores, com correção monetária, juros reais e liquidez absoluta.

.....

TREGUA ANTES DA TORMENTA ¹⁰⁷

...a crise é essencialmente financeira, cuja raiz se localiza na extravagante experiência de indexar o dinheiro. Este fenômeno da gestão monetária "à brasileira" precisa ser corrigido, como condição para que as autoridades recuperem a capacidade efetiva de realizar uma política monetária que controle a liquidez do mercado.

INDEXAÇÃO JA ¹⁰⁸

REINDEXAÇÃO E ESPECULAÇÃO ¹⁰⁹

A correção monetária que sempre impedia a queda da inflação brasileira ameaça voltar, como resultado da intensa campanha desencadeada nas últimas semanas, pelos especuladores de sempre.

.....

INPC DE 16,8% MOSTRA DISPARADA DA INFLAÇÃO ¹¹⁰

BEM-VINDO, BTN FISCAL ¹¹¹

.....

Vamos aproveitar este doce momento de volta da droga e deixar os problemas futuros que ela nos trará para mais tarde.

ECONOMISTAS PREVÊEM BTN FISCAL COMO NOVA MOEDA ¹¹²

HÁ RISCO DE INFLAÇÃO EM BÔNUS ¹¹³

...pode surgir uma inflação em BTNs, melando a arquitetura de expectativa da proposta...

107 O Globo de 9 de abril de 1989 (Editorial).

108 Jornal do Brasil de 14 de abril de 1989 (artigo de Léo Cochrane).

109 O Globo de 16 de abril de 1989 (artigo de Aloysio Biondi).

110 O Globo de 8 de junho de 1989 (reportagem de Mônica Magnavita).

111 Folha de São Paulo de 18 de junho de 1989 (artigo de Luiz Carlos Mendonça de Barros).

112 Folha de São Paulo de 18 de junho de 1989.

113 Folha de São Paulo de 18 de junho de 1989 (artigo de Gilson Schwartz).

O GOVERNO PRECISA PARAR COM A HIPERINFLAÇÃO IMEDIATAMENTE ¹¹⁴

CAOS ¹¹⁵

O estado de desorganização na economia brasileira vai se manifestando, com peculiar agudeza, num aspecto até certo ponto subjetivo, mas nem por isto menos importante: o da completa desorientação dos agentes econômicos — e do próprio Governo — quanto ao conteúdo e significado das fórmulas sempre renovadas, sempre desmentidas, sempre desatualizadas, sempre contraditórias ou confusas, que se elaboram cotidianamente nos laboratórios oficiais.

PORQUE A ECONOMIA NÃO FUNCIONA ¹¹⁶

É fato que a economia brasileira vem funcionando de modo a tornar-se inevitável um quadro caótico de desorganização.

INFLAÇÃO JÁ ATINGE 35%; DÓLAR SOBE MAIS ¹¹⁷

JUROS DOS CDB's ATINGEM 9.300% AO ANO; OURO SOBE ¹¹⁸

INFLAÇÃO DE OUTUBRO PODE CHEGAR A 40% ¹¹⁹

CHOQUE MONETÁRIO ¹²⁰

Para reunificar o sistema monetário é preciso escrever uma nova Constituição monetária.

MAILSON ADMITE NÃO CONTROLAR PREÇOS ¹²¹

BRASIL VIVE HIPERINFLAÇÃO REPRIMIDA ¹²²

DÓLAR NO CÂMBIO NEGRO TEM A MAIOR ALTA DA HISTÓRIA ¹²³

114 *O Globo* de 9 de julho de 1989 (entrevista de Jeffrey Sachs).

115 *Folha de São Paulo* de 12 de julho de 1989 (nota da Redação).

116 *Folha de São Paulo* de 19 de julho de 1989 (artigo de Dércio Garcia Munhos).

117 *Folha de São Paulo* de 23 de setembro de 1989 (manchete de 1ª página).

118 *Folha de São Paulo* de 26 de setembro de 1989.

119 *O Globo* de 28 de setembro de 1989.

120 *Jornal do Brasil* de 8 de outubro de 1989 (artigo de Paulo Rabello de Castro).

121 *O Globo* de 8 de outubro de 1989.

122 *Folha de São Paulo* de 11 de dezembro de 1989 (artigo de Armando Ourique).

123 *Folha de São Paulo* de 12 de dezembro de 1989 (manchete de 1ª página).

O dólar no câmbio negro e o ouro registraram ontem a maior valorização em um só dia na história do País.

*HIPERINFLAÇÃO AGORA ASSUSTA GOVERNO*¹²⁴

*PREÇOS TÊM ALTA RECORDE DE 31% NA SEMANA; GOVERNO PREVÊ INFLAÇÃO DE 80% EM FEVEREIRO*¹²⁵

*GOVERNO ESGOTOU OS INSTRUMENTOS PARA CONTER INFLAÇÃO, DIZ MINISTRO*¹²⁶

*A ECONOMIA SE DESORGANIZA*¹²⁷

*O FIM DA DÉCADA (OU DA PICADA)*¹²⁸

*NINGUÉM MAIS ACOMPANHA OS PREÇOS*¹²⁹

A inflação de mais de 50% ao mês está levando consumidores e autoridades a perder a noção dos preços. Jório Dauster, Presidente do Instituto Brasileiro do Café, não sabe o preço de um cafezinho. . .

.....
*INFLAÇÃO FICA EM 56,11% NO MÊS DE JANEIRO*¹³⁰
*BRASIL TEM 6.ª MAIOR HIPER, DIZ ECONOMISTA*¹³¹
*INFLAÇÃO PREVISTA PELO GOVERNO É DE 72%*¹³²

Com idêntico estilo sensacionalista a imprensa noticiou o Plano Collor:

*CHOQUE DO PLANO COLLOR É O MAIOR DE TODA A HISTÓRIA*¹³³

*REFORMA DE COLLOR FAZ TERREMOTO NA ECONOMIA*¹³⁴

6. A política da desindexação do Governo Collor

O objetivo do Governo Collor era eliminar a indexação dos salários (exceto o salário mínimo), retirando ao mesmo tempo o caráter geral,

124 O Globo de 16 de dezembro de 1989 (reportagem de Regina Alvarez).

125 *Folha de São Paulo* de 25 de dezembro de 1989 (manchete de 1ª página).

126 *Folha de São Paulo* de 27 de dezembro de 1989 (entrevista de Luiz Roberto Ponte a Deomilson Roldo).

127 *Folha de São Paulo* de 31 de dezembro de 1989 (artigo de Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque).

128 *Folha de São Paulo* de 31 de dezembro de 1989 (artigo de Luiz Carlos Mendonça de Barros).

129 *Folha de São Paulo* de 21 de janeiro de 1990 (nota da Redação).

130 *Folha de São Paulo* de 31 de janeiro de 1990 (nota da Redação).

131 *Folha de São Paulo* de 11 de fevereiro de 1990 (reportagem de Armando Ourique).

132 *Folha de São Paulo* de 13 de fevereiro de 1990.

133 *Folha de São Paulo* de 17 de março de 1990 (manchete de 1ª página).

134 *Jornal do Brasil* de 17 de março de 1990 (manchete de 1ª página).

automático e freqüente da correção das demais obrigações monetárias. No tocante à estratégia de combate à inflação, consistiu ela numa diminuição, abrupta, da quantidade de dinheiro na Economia (não só de moeda, como de créditos indexados), seguida da desmontagem dos mecanismos (como o *open* e o *overnight*) que impediam o Banco Central de exercer, de fato, a Administração monetária. Quanto ao congelamento, ele foi utilizado como instrumento auxiliar, e não mais essencial, do programa de estabilização (daí o caráter chamado néo-ortodoxo, não heterodoxo, do Plano).

Num primeiro momento o Governo não considerou necessário extinguir o BTN, bastando, a seu ver, controlá-lo. A Medida Provisória n.º 153, de 15 de março de 1990 — que inicia a série numérica das dezessete que constituíram o “pacote” do Plano Brasil Novo (e que, por sinal, pouco depois, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal) —, chegou a tipificar como crime, sujeito à pena de reclusão, a aplicação de “fórmulas de reajustamento de preços ou de indexação de contratos proibidos por lei, regulamento, instrução ministerial ou de outro órgão ou entidade competente, ou diversos daqueles que forem legalmente estabelecidos”. . . O BTN, porém, acabou sendo revogado como unidade-de-conta, cerca de dez meses depois, pela Medida Provisória n.º 294, de 31 de janeiro de 1991, editada quando o Plano de Estabilização parecia, aliás, desmoralizado. Além de eliminar o BTN o Governo procurou desprestigiar todos os índices (retirando-lhes caráter oficial e restringindo a sua divulgação), demonstrando, assim, ter percebido, pela evolução dos acontecimentos, que a desindexação era um resultado mais importante, e difícil de alcançar, do que lhe parecera inicialmente.

A prolongada transição de um regime de desorganização financeira para uma razoável ordem monetária gerara, como já vimos, inúmeras pendências, agravadas pelos sucessivos choques, e respectivos fracassos. Ao lado disso, o crescente conflito — democraticamente saudável, mas ainda pouco lapidado — entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário tornou mais complexo o encaminhamento das mudanças. Houve, por outro lado, muita incompreensão entre o Governo e setores da sociedade, e destes entre si, em torno da desindexação, o que dificultou a sua administração, embora não tenha impedido, de todo, o seu progresso, no final das contas, lento, mas positivo. O Governo Collor, enfim, no primeiro ano, foi muito mais fundo do que o anterior, em todo o seu período, na luta contra a inflação.

6.1. A discussão sobre a indexação dos salários

A desindexação dos salários era questão fechada no Governo. Em entrevista à *Folha de S. Paulo*, de 4 de julho de 1990, afirmava, peremptoriamente, o Presidente da República que iria vetar “qualquer proposta que preveja reajustes salariais de acordo com a inflação”. Segundo o jornal, “Collor não admite discutir sequer a possibilidade de indexar os

salários inferiores a três mínimos, idéia que vem sendo negociada pelos líderes governistas no Congresso”.

Em discurso pronunciado em cadeia de rádio e televisão,¹³⁵ reiterou o chefe do Governo a sua posição:

.....
Neste momento, alguns menos atentos estão tentando iludir o trabalhador, acenando com a indexação dos salários, como se isso fosse uma solução.

Minha gente, eu quero apenas lembrar a vocês que, nos últimos anos, todos tiveram os salários indexados. A hiperinflação explodia, e o salário ficava sempre atrás. O que aumentava, antes, eram os preços. No fim do mês vinha a tal indexação, mas o trabalhador já tinha perdido muito.

De 1988 a 1989, todos os meses, o salário teve indexação. E vocês recordam o que aconteceu com os salários? A hiperinflação foi de quase 1.400% e a perda do trabalhador foi de quase oito salários durante o ano. Isso quer dizer que, em um ano, somando todos os salários, recebendo todo o mês a tal indexação, o trabalhador perdeu mais de 60% do seu poder de compra. Essas contas, minha gente, não são nossas, são de um órgão sindical. Mas nem precisamos de números para medir o sofrimento que essa indexação causou. O povo sentiu na pele que indexação é inflação. Era, na verdade, um mecanismo que garantia que os preços aumentassem automaticamente, em uma corrida que o trabalhador jamais pode ganhar.

.....
Estaremos juntos combatendo o bom combate. Unidos, com a ajuda de Deus, pela construção do Brasil Novo, sem indexação, sem inflação, confiar a justiça social.

A posição do Ministério da Economia era igualmente firme a respeito, como se pode ver pelas notícias abaixo:

GOVERNO DECRETA LIVRE NEGOCIAÇÃO; SALÁRIO FICA SEM O REAJUSTE OFICIAL¹³⁶

O Governo decidiu fixar a livre negociação salarial entre patrões e empregados. Oficialmente, para cumprir determinação legal, fixou em zero o índice para reajuste mínimo dos salários.

135 O Globo de 21 de agosto de 1990 (Íntegra do discurso do Presidente Collor em cadeia de rádio e tv).

136 Folha de São Paulo de 17 de maio de 1990.

ZÉLIA AFIRMA QUE NÃO HAVERÁ UMA VOLTA A INDEXAÇÃO¹³⁷

.....

Para a Ministra, admitir reposição de perdas é uma prática que “conduz ao mesmo erro que comprometeu planos econômicos anteriores e não deve ser admitido”. Zélia disse também que não haverá repasse automático da inflação passada e que a proposta de livre negociação salarial está mantida. “O País não corre o risco de retomar à indexação”, afirmou.

.....

GOVERNO NÃO QUER REAJUSTE AUTOMÁTICO DE SALÁRIO¹³⁸

*SALÁRIO. ZÉLIA NÃO ADMITE REPOR PERDAS*¹³⁹

*ZÉLIA: SALÁRIOS PODEM CAUSAR INFLAÇÃO*¹⁴⁰

.....

Zélia observou que a indexação salarial, embora tenha vigorado no Brasil nos últimos 20 anos, não pôde impedir que a participação dos salários na renda nacional, nesse período, caísse de 50% para 30%.

*LUTA DA ECONOMIA É CONTRA A INDEXAÇÃO*¹⁴¹

Após cem dias de Governo, a economia brasileira, que foi submetida a forte choque monetário, ainda está desorganizada e a equipe econômica encontra-se diante de um período delicado de transição de um sistema totalmente indexado para a liberação do mercado. O maior desafio é avançar rumo à desindexação, contra os interesses de grande parte da sociedade que, segundo a Ministra Zélia Cardoso de Mello, “tem uma cabeça completamente indexada”. “A indexação é inaceitável. Defendo isso até o último grau de resistência”, salienta a Ministra.

Se o Congresso indexar os salários, caminharemos, sem dúvida, para a hiperinflação”, alerta Zélia.

*ABONO SERÁ NOMINAL E DE UMA SÓ VEZ*¹⁴²

.....

A proposta de conceder abono nominal foi defendida pela equipe econômica porque representa, na prática, um impacto me-

137 *Folha de São Paulo* de 26 de maio de 1990.

138 *Folha de São Paulo* de 27 de maio de 1990.

139 *O Globo* de 7 de junho de 1990.

140 *O Globo* de 9 de junho de 1990.

141 *O Globo* de 22 de junho de 1990.

142 *O Globo* de 26 de julho de 1990.

nor sobre a inflação e beneficia mais os assalariados de menor renda. "A proposta de abono percentual teria impacto imprevisível sobre salários e preços" — argumentou um dos assessores de Zélia.

.....

Os partidos de oposição, ao contrário, defendiam, no Congresso, não só a reposição das perdas ocorridas com os choques, como a reindexação salarial, no que eram, mais ou menos discretamente, apoiados por parte dos empresários, que viam na proposta de correção monetária dos salários uma forma de preservar o regime de indexação que os beneficiava.

SEM ACORDO COM GOVERNO, PARTIDOS TENTAM ELABORAR NOVA LEI SALARIAL ¹⁴³

*PERDAS NOSSAS DE CADA DIA*¹⁴⁴

.....

O Governo, ao liberar preços e "desindexar" salários, se abstém de intervir nos conflitos distributivos, de arbitrar impasses...

.....

OPOSIÇÃO DEFINE PROJETO QUE REINDEXA SALÁRIO ¹⁴⁵

Os partidos de posição ao Governo Collor fizeram ontem um acordo para apresentação de um projeto de lei salarial que repasse mensalmente o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) do mês anterior para quem ganha até 5 salários mínimos.

.....

EMPRESÁRIOS PAULISTAS ADMITEM A INDEXAÇÃO DE UMA FAIXA DOS SALÁRIOS ¹⁴⁶

O empresariado paulista começa a admitir a indexação de uma faixa restrita de salários. A proposta surgiu ontem no Fórum de Acompanhamento de Política Econômica, reunido para discutir o projeto de lei salarial a ser votado pelo Congresso Nacional na próxima quarta-feira.

.....

143 *Folha de São Paulo* de 30 de maio de 1990.

144 *Folha de São Paulo* de 2 de junho de 1990, (artigo de Paul Singer).

145 *Folha de São Paulo* de 7 de junho de 1990.

146 *Folha de São Paulo* de 14 de junho de 1990.

*ECONOMISTAS DEFENDEM ADOÇÃO DA LEI SALARIAL*¹⁴⁷

Economistas das mais variadas tendências defendem a instituição de uma lei salarial que garanta a reposição das perdas anteriores ao Plano Collor e a indexação dos salários.

.....

*MEDEIROS QUER VOLTA DA INDEXAÇÃO SALARIAL*¹⁴⁸

O Presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, Luiz Antônio de Medeiros, defendeu ontem a volta da indexação dos salários indo de encontro aos interesses do Governo, que quer evitar o retorno da indexação.

*GOVERNO RESTRINGE REAJUSTE SALARIAL E PROÍBE O REPASSE PARA OS PREÇOS*¹⁴⁹

*SALÁRIOS. FIESP CRITICA VETO A REPASSE DE PREÇOS*¹⁵⁰

*VOTAÇÃO DA LEI SALARIAL FICA PARA AGOSTO, GOVERNO ESTUDA INDEXAÇÃO*¹⁵¹

.....

Os líderes governistas evitavam falar em indexação. Eles preferiam afirmar que a proposta representa um abono salarial para a faixa até três mínimos.

.....

*PMDB E PSDB QUEREM REINDEXAÇÃO DE SALÁRIOS*¹⁵²

Os líderes do PMDB e do PSDB na Câmara dos Deputados, Ibsen Pinheiro (RS) e Euclides Scalco (PR) querem substituir o abono salarial de Cr\$ 3 mil concedido pela Medida Provisória 199, por uma política salarial que estabeleça a reindexação (repasse automático dos índices da inflação para os salários).

.....

147 *O Globo* de 17 de junho de 1990 (reportagem de Léa Cristina).

148 *Folha de São Paulo* de 26 de junho de 1990.

149 *Folha de São Paulo* de 27 de junho de 1990.

150 *Folha de São Paulo* de 28 de junho de 1990.

151 *Folha de São Paulo* de 3 de julho de 1990.

152 *Folha de São Paulo* de 28 de julho de 1990.

*EMPRESAS MANTÊM INDEXAÇÃO PARA OS SALÁRIOS*¹⁵³

*CUT FICA NO PACTO E VAI INSISTIR NA INDEXAÇÃO*¹⁵⁴

.....

O Presidente da CUT, Jair Meneguelli, criticou a proposta de prefixação de preços e salários argumentando que ela ignora as perdas passadas. "Outro problema é como garantir que os preços serão controlados".

.....

*PLANO ALTERNATIVO DO PT PROPÕE INDEXAÇÃO SALARIAL*¹⁵⁵

*DESINDEXAÇÃO É MOTIVO DE LUTA ENQUANTO EXISTIR INFLAÇÃO NO PAÍS*¹⁵⁶

"Nós temos que lutar contra a desindexação, enquanto a inflação não tiver desaparecido. A parte mais fraca do jogo econômico, o assalariado, vai ter prejuízo fantástico."

.....

O argumento é do economista e Secretário de Planejamento do Município de São Paulo, Paul Singer.

6.2. *Confronto com o empresariado*

Nas suas linhas gerais o programa de desindexação dos salários, não obstante algumas manifestações divergentes, ampliou o apoio com o qual o Governo já contava nos setores mais conservadores da sociedade, e na comunidade internacional de negócios, compensando, parcialmente, o desprestígio sofrido, nesses mesmos círculos, e nas áreas liberais, em decorrência do bloqueio dos ativos financeiros. Vejamos o que dizia, a respeito, a imprensa:

*COMPROMISSO VENCIDO*¹⁵⁷

.....

O vício do processo de indexação produziu uma cultura jurídica que alicerçou julgamento de pendências negociais e dissídios salariais.

.....

153 *Folha de São Paulo* de 23 de setembro de 1990 (reportagem de Fernando Canzian).

154 *Folha de São Paulo* de 23 de novembro de 1990.

155 *O Globo* de 17 de fevereiro de 1991.

156 *O Globo* de 28 de fevereiro de 1991.

157 *Jornal do Brasil* de 20 de maio de 1990 (Editorial).

Trata-se de resquícios de um passado que deve ser apagado da vida brasileira...

.....
INDEXAR É RECUAR ¹⁵⁸
.....

Segue-se, logicamente, que, em vez de discutir regras de indexação, Governo e Congresso deveriam agora estar procurando estabelecer mecanismos de fazer a livre negociação funcionar a salvo de abusos de poder e pressões indevidas.

.....
ALEMANHA É CONTRA REINDEXAÇÃO SALARIAL ¹⁵⁹
.....

O Ministro da Cooperação Econômica da Alemanha Ocidental, Jurgen Warnke, declarou ontem que a eventual reindexação dos salários criará um "impedimento" aos investimentos estrangeiros no Brasil. Em entrevista coletiva ele disse que o Governo alemão "aplaude" a política econômica da administração Collor, "principalmente a liberalização do comércio externo e a resistência à indexação salarial".

.....
"Se a indexação for afastada, afirmou "Warnke, "o capital internacional procurará outros lugares com condições mais favoráveis para investir. A indexação é um empecilho aos investimentos. Favorece os que têm emprego, mas impede a criação de novos empregos para os que não têm."

Com o tempo, porém, diante do aparente "corpo-mole" da maioria dos empresários em cooperar com o programa antiinflacionário do Governo, tornaram-se, também eles, alvo direto das críticas da equipe econômica, que passou a combater a indexação "informal", e a usar a recessão como uma forma de sanção contra as empresas.

GOVERNO OPTA PELA RECESSÃO PARA VENCER INFLAÇÃO ¹⁶⁰

A equipe econômica do Governo decidiu alterar a estratégia adotada até agora e optar pela recessão, apertando ao máximo a liquidez (volume de dinheiro em circulação) e cortando o déficit público. A decisão foi tomada após a constatação de que a inflação voltou, o hábito da indexação foi retomado, e as empresas estão concedendo reajustes salariais que são repassados aos preços.

.....

¹⁵⁸ *O Globo* de 10 de junho de 1990 (Editorial).

¹⁵⁹ *Folha de São Paulo* de 20 de julho de 1990.

¹⁶⁰ *O Globo* de 12 de junho de 1990.

GOVERNO DECIDE RETOMAR PACTO SOCIAL PARA
TENTAR CONTER ALTA INFLACIONÁRIA ¹⁶¹

.....
A idéia do Governo é criar um fórum para negociar ajustes na economia.
.....

O fórum serviria para a discussão em torno da livre negociação salarial e, em especial, do fim da “reindexação dos lucros”, expressão cunhada pela Ministra Zélia.
.....

KANDIR CULPA EMPRESÁRIO E TRABALHADOR POR
CRISE ¹⁶²

.....
Se empregados e empregadores chegarem a um acordo para a desindexação formal de preços e salários, os juros vão cair.
.....

ZÉLIA DIZ QUE EMPRESARIADO SENTE FALTA DA
CIRANDA ¹⁶³

.....
... segundo Zélia, o empresariado é quem mais ganha com a inflação alta “porque consegue colocar seus preços à frente dos salários”.
.....

EQUIPE ECONÔMICA CULPA A SOCIEDADE E INO-
CENTA COLLOR ¹⁶⁴

.....
Nenhuma delas (autoridades econômicas) se arrisca a fazer projeções sobre a trajetória de queda da inflação, nem a apostar que a equipe sobreviverá no Governo para aferir tais resultados.
.....

MOMENTO CRÍTICO ¹⁶⁵

.....
O que a maioria dos empresários deseja é a volta da moeda indexada, que o Banco Central acomode a liquidez da economia ao ritmo do aumento de preços.
.....

161 *Folha de São Paulo* de 1º de setembro de 1990 (reportagem de Gilberto Dimenstein).

162 *Folha de São Paulo* de 1º de novembro de 1990.

163 *Folha de São Paulo* de 6 de novembro de 1990.

164 *O Globo* de 11 de novembro de 1990 (reportagem de Sílvia Faria).

165 *Folha de São Paulo* de 11 de novembro de 1990 (artigo de Luiz Carlos Mendonça de Barros).

ERIS DESAFIA EMPRESÁRIOS A CRIAR FÓRMULA CONTRA A INFLAÇÃO ¹⁶⁶

INDEXAÇÃO ESTÁ PRESENTE NA ECONOMIA ¹⁶⁷

... até parlamentares próximos ao Governo, como o líder do PDS, na Câmara, Amaral Netto, começam a criticar a insistência da equipe econômica em condenar a indexação salarial. "Ou a indexação vale para todo mundo ou não vale para ninguém", sugere Amaral Netto que apresentou um projeto de lei propondo a extinção do BTN e do BTN fiscal...

PRESIDENTE DO GRUPO "GRADIENTE" QUER FIM DA INDEXAÇÃO SALARIAL ¹⁶⁸

Eugenio Staub, apesar de mostrar-se preocupado com a evolução da crise, defende o caminho adotado pelo Governo. "Estávamos numa hiperinflação e não havia outro remédio". No seu entendimento, a inflação não terá fôlego para continuar subindo, "mas também não se deve pensar que ela irá cair do dia para a noite. O processo é longo mesmo e a política do Governo está na direção correta".

6.4. A montagem do "over" e o fim do BTN

O pleno funcionamento, no País, do regime de indexação automática generalizada dependia do respaldo burocrático de diversos mecanismos financeiros (que alguns chamavam "ciranda", outros "moeda indexada") que vieram sendo instalados ao longo dos anos, desde o tempo da ditadura militar.

Estimulado pela retomada, incipiente, do controle da política monetária, decorrente do enxugamento da liquidez e do alongamento do perfil da dívida pública (obtidos pelo choque de 15 de março de 1990), tentou o Governo combater a "ciranda" através da tributação, via Imposto sobre Operações Financeiras — (IOF) das aplicações de curto prazo. A medida foi elogiada por alguns comentaristas:

O FIM DA MOEDA INDEXADA ¹⁶⁹

Com a incidência do IOF sobre as aplicações financeiras de curto prazo, começa finalmente em termos práticos o processo de eliminação da dupla moeda na economia brasileira.

166 *O Globo* de 11 de novembro de 1990.

167 *Folha de São Paulo* de 13 de novembro de 1990.

168 *Folha de São Paulo* de 5 de dezembro de 1990.

169 *O Globo* de 26 de julho de 1990 (artigo de J. Carlos de Assis).

O progresso mais significativo se deu, sem dúvida, no domínio da política monetária. A moeda brasileira não está mais indexada. É certo que a economia, infelizmente, ainda está parcialmente indexada. Mas o dinheiro, este deixou de ter uma garantia diária contra os efeitos da inflação.

O passo seguinte seria acabar com o BTN:

GOVERNO DECIDE ACABAR COM O BTN ¹⁷¹

O BTN fiscal e o BTN mensal, últimos indexadores do mercado financeiro e dos tributos federais estão com os seus dias contados. Ontem a Ministra da Economia Zélia Cardoso de Mello afirmou: "Conforme já disse o Presidente do Banco Central, nós um dia vamos ter que extinguir o BTN fiscal! Ela explicou que, com a inflação em queda, chegará um momento em que não será necessário manter o indexador. Na realidade, a equipe econômica do Governo já prepara as providências técnicas para extinguir os dois índices, como último passo rumo à desindexação total da economia. Serão proibidos também os contratos não financeiros (prestação de serviços, bens para entrega futura e obras) com cláusula de reajuste por períodos inferiores a seis meses. A equipe econômica acha que este é o momento ideal para concluir o processo de desindexação, pois a inflação está em queda, com perspectiva de estabilizar-se em um dígito, e os agentes econômicos estão acreditando no desaquecimento da alta de preços. Mesmo que seja incontornável arcar com alguma perda de arrecadação, com a eliminação do BTN (que corrige o valor dos impostos em atraso) a avaliação é que esse ônus é totalmente aceitável, ante a conquista da desindexação total.

Já foram realizados estudos sobre esta questão. Tomou-se como exemplo o mês de julho, quando a arrecadação estimada era de Cr\$ 280 bilhões e a projeção de inflação era de 12%. A perda de receita seria de Cr\$ 5 bilhões, considerada plenamente aceitável. Se necessário, a Receita pode ainda reduzir essa perda, através de um sistema de multas e juros sobre o recolhimento de impostos atrasados.

O mercado financeiro já vem se preparando, desde o mês passado, para operar sem o indexador diário, segundo informações apuradas por assessores do Governo. As instituições já sabem como trabalhar sem a indexação formal, usando o sistema *pro rata*

170 O Globo de 28 de julho de 1990 (artigo de Raphael de Almeida Magalhães).

171 O Globo de 3 de agosto de 1990 (reportagem de Sílvia Faria e Regina Alvarez).

(proporcional ao tempo) para aplicações com vencimento ao longo do mês. A extinção do BTN era esperada para 1.º de julho. A Comissão de Valores Mobiliários manifestou algumas preocupações em relação à extinção do BTN mensal, que corrige o resultado operacional das empresas. Para esta finalidade, estuda-se tornar o BTN trimestral. A desindexação começou com o Plano Collor, através do congelamento de preços e sua posterior liberação. Logo depois, foi liberado o câmbio. Depois, o Governo destrelou da inflação as taxas de juros do *overnight*, passando a regulá-las pelo nível de liquidez do mercado. As tarifas públicas e os contratos não financeiros (principalmente entre os setores público e privado) também não estão mais vinculados à inflação. Os reajustes dos salários foram submetidos à livre negociação pela Medida Provisória n.º 199, os alugueres ainda estão congelados, mas o Ministério da Economia pretende acabar com os contratos quadrimestrais, permitindo apenas os semestrais, com indexadores livremente negociados. Restam, ainda, as mensalidades escolares; para estas, o Ministério da Educação tende a fixar um valor previamente anunciado para o semestre.

BTNF SÓ ACABA COM O FIM DA INFLAÇÃO, DIZ BC¹⁷³

O Diretor de Política Monetária do Banco Central, Luiz Eduardo de Assis, disse que o Governo só deverá extinguir o Bônus do Tesouro Nacional Fiscal (BTNF) quando a inflação acabar.

BC PODE EXTINGUIR BTNF EM 60 DIAS¹⁷⁴

O BTN Fiscal deverá ser extinto dentro de 30 a 60 dias se a inflação ficar mesmo estabilizada, informou ontem o Presidente do Banco Central, Ibrahim Eris, ao se reunir com as principais lideranças do mercado financeiro do Rio, confirmando notícia dada pelo *O Globo*. A medida, no entanto, deverá respeitar os contratos anteriores, indexados ao BTN Fiscal.

EXTINÇÃO DO BTN TEM SEU PRAZO ADIADO¹⁷⁵

A expectativa de inflação em torno de 22% em janeiro fez o Governo arquivar o projeto de acabar com o Bônus do Tesouro Nacional (BTN). A queda da inflação iria fortalecer a tese de que o País teria condições de trabalhar somente com uma moeda: o cruzeiro.

173 *Folha de São Paulo* de 4 de agosto de 1990.

174 *O Globo* de 14 de agosto de 1990.

175 *Folha de São Paulo* de 25 de janeiro de 1991.

A idéia de acabar com o BTN divide a equipe da Ministra Zélia Cardoso de Mello, da Economia. O Tesouro Nacional é contra o projeto. Isso porque o BTN fiscal, por exemplo, é utilizado como base de cálculo do imposto das aplicações financeiras que são tributadas sobre o ganho real. Se o Governo acabasse com o BTN fiscal, o Tesouro deixaria de arrecadar boa parte de seus ganhos com a tributação reajustada mensalmente.

A equipe da ministra tem ainda nomes influentes que são contra o término da indexação pelo BTN. Eduardo Teixeira, Presidente da Petrobrás, e Antonio Kandir, Secretário de Política Econômica, são dois dos que defendem a continuidade do BTN e ainda a volta da adoção do controle de preços de produtos básicos de diversos setores, principalmente os relacionados à alimentação, higiene e limpeza, saúde — os que direta ou indiretamente pesam na inflação. Em contrapartida, os Secretários João Maia (Executivo) e Edgard Pereira (Nacional da Economia) defendem a liberação total de todos os preços para criar competitividade no mercado, simultaneamente ao combate dos oligopólios e cartéis, e o fim do BTN. Em suas teses, conservar o BTN significa ter a necessidade de indexar a economia do País através de repasses de preços que pressionam a inflação para cima.

.....

O anúncio pela imprensa do fim próximo do BTN provocou, contudo, uma violenta reação da clientela da correção monetária, que usou de toda a sua força para desarticular o plano e desestabilizar a equipe da Ministra da Economia, elevando a inflação.

SEMINÁRIO CONCLUI QUE A INDEXAÇÃO É NECESSÁRIA ¹⁷⁶

Taxas anuais de inflação de 30% ainda não permitem que as empresas desindexem seus balanços. Esta foi a principal conclusão da primeira fase do seminário. "A administração das empresas em um contexto, inflacionista: o caso Brasil" promovido pela Câmara de Comércio Brasil/França e a Fundação Getúlio Vargas.

.....

Idealizado no início do ano, quando a inflação no Brasil rondava os 80% mensais, o seminário não perde interesse pelo fato de hoje estas taxas estarem entre 10% e 20%, afirmam o Presidente da Comissão Financeira da Câmara de Comércio Brasil/França, Pascal Garcia, e o Diretor do Instituto Brasileiro de Economia (Ibre) da FGV, Julian Chacel.

.....

176 O Globo de 18 de agosto de 1990.

PARA ECONOMISTA, INFLAÇÃO VOLTA COM AJUSTE CAMBIAL¹⁷⁷

.....

Cardoso questiona algumas “verdades bíblicas” — como ele as chama — difundidas pela equipe do Governo para justificar o esfriamento da atividade econômica. “Atribuir à indexação a resistência da inflação em cair não é muito convincente”, diz.

A PROCURA DE UM INDEXADOR PARA O MERCADO FINANCEIRO¹⁷⁸

O ESTADO DA ECONOMIA E A NOVA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL¹⁷⁹

.....

A manutenção da correção monetária diária para os impostos, a fim de evitar o “efeito Tanzi”, indica que a administração não pode pôr em risco objetivos fiscais passando ao público uma ilusão de moeda estável.

A DOLARIZAÇÃO DO BRASIL¹⁸⁰

.....

A indexação da economia continua a ser necessária — mais necessária ainda, visto como, sem ela, o capitalismo financeiro, que teve sua escola maternal com a correção monetária de Bulhões, dará um passo atrás. Ora, já que gregos e troianos, isto é, Governo e Oposição, antipatizavam com a indexação, por motivos que não conseguem explicar, nada mais natural do que buscar uma forma simpática de apresentá-la.

INDEXADOR É “PRIORIDADE ZERO” PARA COMISSÃO¹⁸¹

A Comissão Consultiva de Normas Contábeis criada na semana passada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) elegeu como prioridade “número zero” a discussão de um indexador confiável para os balanços. A declaração é de Taiki Hirashima, 50, membro da CVM e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Contadores (Ibracon).

177 *Folha de São Paulo* de 27 de agosto de 1990 (entrevista Eliana Cardoso).

178 *Folha de São Paulo* de 8 de setembro de 1990 (artigo W. Douglas Stüber).

179 *Folha de São Paulo* de 15 de setembro de 1990 (artigo Julian Chacel).

180 *Folha de São Paulo* de 24 de setembro de 1990 (artigo Ignácio Rangel).

181 *Folha de São Paulo* de 4 de outubro de 1990.

Para ele, as empresas mais prejudicadas com o aumento da carga tributária — ocasionado pela distorção do índice de correção dos balanços no primeiro semestre — foram as companhias mais capitalizadas (com baixo endividamento).

Hirashima, que é também diretor da Arthur Andersen Consultoria, disse que em sua opinião pessoal deveria ser utilizado o Índice Geral de Preços (IGP), da Fundação Getúlio Vargas (FGV), como indexador dos balanços, por ser “mais independente do Governo”.

Segundo ele haverá problemas dentro do Governo para a fixação de um índice independente, por causa dos objetivos de arrecadação da Receita Federal e das metas fiscais estabelecidas na carta de intenções do Fundo Monetário Internacional (FMI).

ARTHUR ANDERSEN: APERTO DA LIQUIDEZ NÃO VENCERÁ INFLAÇÃO ¹⁸²

CIRANDA FINANCEIRA VOLTA COM OS JUROS REAIS AINDA MAIS ALTOS ¹⁸³

GOVERNO NÃO CONSEGUE EVITAR A INDEXAÇÃO ¹⁸⁴

A indexação da economia está de volta, apesar das tentativas do Governo em evitá-la. Seguros, planos de saúde, condomínios, mensalidades escolares, aluguéis e prestações em geral estão sendo reajustados pelo Bônus do Tesouro Nacional (BTN) ou por índices semelhantes. “Só os salários estão fora do sistema da indexação” — lembra o Diretor do Instituto de Economia Industrial (IEI), da UFRJ, economista Aluisio Teixeira. Na avaliação de economistas de várias tendências, a indexação faz com que o Governo precise redobrar esforços para combater a inflação, que atinge a marca dos 17% ao mês.

CORTE — VAMOS RODAR O FILME DO PLANO DE TRÁS PARA FRENTE ¹⁸⁵

O próprio Governo cometeu o grave equívoco de não demonstrar — ele mesmo — confiança no novo dinheiro, ao manter o índice do BTN fiscal para corrigir o valor dos impostos recolhidos.

182 O Globo de 10 de outubro de 1990.

183 Folha de São Paulo de 14 de outubro de 1990 (reportagem de João Carlos de Oliveira e Rodner Vergili).

184 O Globo de 25 de novembro de 1990 (reportagem de Cristina Alves).

185 Folha de São Paulo de 7 de dezembro de 1990 (artigo de Paulo Rabello de Castro).

JUIZ MANDA PAGAR 84,32% DE MARÇO ¹⁸⁶

.....

O Juiz da 21.^a Vara da Justiça Federal, Sérgio Lazzarini, em sentença datada de 12 de novembro, atendeu ao pedido de dez pessoas em mandado de segurança impetrado pelo IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor), (sobre rendimento de cadernetas de poupança cujo aniversário ocorreu em março de 1990).

.....

SE A INFLAÇÃO EXISTE É PORQUE ALGUÉM ESTÁ GANHANDO COM ELA ¹⁸⁷

.....

Aparentemente a inflação não interessa aos trabalhadores, aos empresários ou ao Governo. No entanto, se a inflação existe e resiste é porque alguém ganha com ela. Da mesma forma que a inflação, a deusa chamada correção monetária, parece ter seus protegidos, que também resistem à sua eliminação.

CREDORES EXTERNOS ACREDITAM NA QUEDA DE ZÉLIA ¹⁸⁸

.....

Os bancos credores desconfiam da capacidade da equipe econômica de controlar a inflação.

.....

Os banqueiros que estão apostando numa queda da Ministra são os mesmos que Zélia criticou no ano passado, atribuindo a eles uma suposta campanha para desestabilizá-la, e, com isso, derrubá-la do Governo, logo após o anúncio da proposta brasileira.

.....

Num surpreendente revide à campanha que estava sendo promovida contra a sua política econômica, o Governo, em 31 de janeiro de 1991, através das Medidas Provisórias n.ºs 294 e 295, deu fim, de uma penada, ao *open* e ao *overnight* (ou às características brasileiras peculiares que tornavam o *over* instrumento da "ciranda" financeira), substituindo-os pelo "fundão" (administrado pelo Banco Central e não mais pelos Bancos privados), e acabou com a unidade-de-conta BTN.

186 *Folha de São Paulo* de 9 de dezembro de 1990.

187 *Veja* de 2 de janeiro de 1991 (artigo de Francisco Monteiro Perez — coluna Ponto de Vista).

188 *Folha de São Paulo* de 27 de janeiro de 1990 (reportagem de Valdo Cruz).

GOVERNO EXTINGUE O BTN, MUDA REGRA DE SALÁRIOS E CONGELA PREÇOS¹⁸⁹

Um congelamento de preços por tempo indeterminado e o fim do BTN e de todas as formas de indexação são os pontos principais do pacote econômico anunciado ontem pela Ministra Zélia Cardoso de Mello.

A INTEGRA DO NOVO PLANO ECONÔMICO DIVULGADO ONTEM PELO MINISTÉRIO DA ECONOMIA¹⁹⁰

As medidas adotadas são, em resumo:

1. Desindexação da economia com a extinção do BTN e do BTNf...

2. Fim do *overnight*.

3. Estabelecimento de regra de autorização prévia para aumentos de preços por tempo indeterminado...

INDEXAR CONTRATOS AGORA É CRIME¹⁹¹

PRONUNCIAMENTO DO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA¹⁹²

Adotei medidas severas e corajosas para combater o maior inimigo do trabalhador e de todos nós — a inflação.

A inflação é um vírus que corrói o organismo do País. E anos de inflação criam mecanismo de convivência com esse vírus, que enriquece quem sempre teve dinheiro, impede o País de crescer e deixa o trabalhador de mãos atadas, assistindo ao seu empobrecimento a cada dia.

O chamado Plano Collor II, baixado pelas Medidas Provisórias acima referidas que, com modificações, se converteram nas Leis n.ºs 8.177 e 8.178, que atingem não só os salários, mas a indexação de todas as obrigações monetárias, levantou forte reação contrária por parte dos tradicionais defensores da correção monetária.

189 O Globo de 10 de fevereiro de 1991.

190 Folha de São Paulo de 1º de fevereiro de 1991.

191 O Globo de 2 de fevereiro de 1991 (manchete de 1ª página).

192 Folha de São Paulo de 3 de fevereiro de 1991 (Presidente Fernando Collor, pela televisão, dia 2 de fevereiro de 1991).

A OPÇÃO INTERVENCIONISTA ¹⁹³

.....

Quanto ao abandono do índice oficial de inflação como indexador e sua troca pela TR convém algumas indagações. Será possível, de fato, acreditar que a correção monetária pelo BTN, aplicável à caderneta de poupança, ao FGTS, aos financiamentos e depósitos a prazo pós-fixados, aos cruzados novos retidos no Banco Central, era esta a explicação para o aumento continuado de preços na economia? A nosso ver, a troca do BTN pela TR não traz qualquer benefício. Pelo contrário.

.....

O PLANO: DE FREUD A ARISTÓTELES ¹⁹⁴

.....

A correção monetária não pode ser simplesmente eliminada pelo voluntarismo político. Ela não nasceu em 1964 quando foi institucionalizada, como pensam algumas pessoas.

.....

REFLEXÕES DO CREPÚSCULO ¹⁹⁵

.....

O II Plano Collor é uma recaída no intervencionismo.

.....

Felizmente não há confisco explícito da poupança, mas ele pode ocorrer se a Taxa Referencial (TR) não refletir fielmente as taxas do mercado.

.....

Um outro namoro pode ser com ex-populistas encabulados do PDT.

.....

EMPRESAS CONTINUAM INDEXANDO CONTRATOS ¹⁹⁶

NTN PODE SER O NOVO INDEXADOR DA ECONOMIA ¹⁹⁷

A POLITICA DO "STOP AND GO BACK" ¹⁹⁸

193 *Folha de São Paulo* de 17 de fevereiro de 1991 (artigo sobre José Julio Senna).

194 *Folha de São Paulo* de 17 de fevereiro de 1991 (artigo de Antônio Delfim Netto).

195 *O Globo* de 17 de fevereiro de 1991 (artigo de Roberto Campos).

196 *O Globo* de 17 de fevereiro de 1991 (reportagem de Léa Cristina).

197 *Folha de São Paulo* de 17 de fevereiro de 1991 (reportagem de Susi Aissa).

198 *Folha de São Paulo* de 18 de fevereiro de 1991 (artigo de José de Chiaro Ferreira da Rosa).

Por isso entendemos que a desindexação pretendida contraria certos dispositivos constitucionais, os quais, à toda evidência, presuppõe a aferição e não a estimativa das taxas inflacionárias.

.....
FIM DO BTN VIRA PESADELO ¹⁹⁹
.....

Ao contrário do BTN/BTNf, que eram valores, a TR/TRO é uma taxa percentual. Assim, seu cálculo acumulado é extremamente complicado. "Isso só atrapalha a vida das empresas e dos contribuintes", diz Waldir Gomes Junior, 35, gerente da Consultoria de Impostos da COAD...

.....
CORREÇÃO DE DÉBITOS PELA TR GERA DÚVIDAS ²⁰⁰
.....

O que é a Taxa Referencial (TR) criada pelo Governo: é taxa de juros ou de inflação que substitui o BTN? A pergunta, feita pelos advogados das empresas em concordata, ainda não tem resposta. Para os advogados, se for taxa de juros — a Medida Provisória n.º 294 fala apenas em "taxa referencial" — não poderá ser cobrada, pois a Lei n.º 8.131 já estabelece a cobrança de juros de 12% ao ano.

Assim, não poderiam ser cobradas duas taxas de juros — a TR e os 12% fixados pela lei, que estabeleceu também a cobrança integral da correção monetária sobre os débitos de empresas concordatárias. Se a TR for uma taxa de inflação que substitui o BTN e que será repassada aos débitos das concordatárias, entre a economia não está desindexada, conforme afirma o Governo.

.....
O "VÍRUS" INFLACIONÁRIO ENCALHOU O PACOTE ²⁰¹
.....

Todos querem, de volta, um indexador. Não importa qual: "meu reino por um indexador". Pois, como todos sabem por experiência própria, com um indexador confiável, que balize as transações comerciais, às favas o combate à inflação que ninguém é de ferro para viver numa sociedade com moeda estável.

.....
... é preciso reconhecer que a luta distributiva se decide em favor de quem fica com a parte do leão da correção monetária.
.....

199 *Folha de São Paulo* de 18 de fevereiro de 1991.

200 *Folha de São Paulo* de 18 de fevereiro de 1991.

201 *O Globo* de 22 de fevereiro de 1991 (artigo de Raphael de Almeida Magalhães).

CESAR MAIA: BANCOS BOICOTAM PLANO²⁰²

“O sistema financeiro está colocando uma resistência fantástica ao Plano Collor II porque se sente prejudicado pela desindexação — que cortou ganhos especulativos — e está trabalhando para desestabilizar a equipe econômica”, disse ontem o Deputado Cesar Maia.

.....

Maia acredita que a desindexação determinada no Plano Collor II tem um sentido diferente agora, porque o Governo procura acabar com a correção monetária, que sempre serviu como preço básico da economia. Ele alertou para o perigo da moeda indexada, que impede a queda da inflação mesmo quando há reversão das expectativas.

FIESP REJEITA A POLÍTICA ECONÔMICA²⁰³

PLANO COLLOR II NÃO LIQUIDARÁ INFLAÇÃO²⁰⁴

.....

Lopes defende um caminho alternativo para o combate à inflação, que é a total indexação, seguindo o que ele classifica de solução natural de mercado.

.....

Levando-se em conta o caminho da desindexação, o desempenho do Governo Collor não vem sendo ruim.

.....

BAIXO ASTRAL²⁰⁵

.....

A este choque inicial, que incide sobre um congelamento cujo gerenciamento tem sido problemático, sobrepõem-se o projeto de desindexação por decreto, que repete o Plano Verão em provocar indexação informal mal feita, desarrumando os contratos, desalinhando preços e gerando inflação reprimida. O uso da TR como indexador é complexo, pois se subestima a inflação instantânea, gera calotes para o fisco, poupadores, titulares de cruzados e credores em geral, e ganhos para as concordatárias e outros devedores...

.....

202 *O Globo* de 22 de fevereiro de 1991.

203 *O Globo* de 22 de fevereiro de 1991 (reportagem de Beatriz Abreu).

204 *O Globo* de 24 de fevereiro de 1991 (entrevista de Francisco Lopes a George).

205 *Folha de São Paulo* de 24 de fevereiro de 1991 (artigo de Gustavo H. B. Franco).

ADVOGADOS QUEREM INDEXADOR²⁰⁶

.....

“É impossível desindexar a economia com inflação em alta e o Governo, querendo ou não, terá que reavaliar essa medida”, diz o Presidente da Associação de Advogados de São Paulo, Antonio Corrêa Menezes.

.....

É PRECISO REAGIR²⁰⁷

O desrespeito aos cidadãos está sendo levado ao paroxismo pelos repetidos pacotes de estabilização.

.....

A tentativa de desindexação forçada desestruturou o mercado locatício. Contratos em plena validade passaram a ser letra morta, principalmente se contemplavam a utilização de indexadores, como a BTN, que deixaram de existir.

.....

É preciso dar um basta. É preciso reagir.

Ao lado das opiniões desfavoráveis, viam-se, evidentemente, também, na Imprensa, observações elogiosas:

O CORCUNDA DE NOTRE-DAME²⁰⁸

.....

Finalmente, a extração da memória inflacionária do passado, que sobrevivia ao nosso sistema de indexação, é medida indispensável para se viabilizar uma trajetória de queda inflacionária. Só esta inovação é o bastante para diferenciar-se esse plano de todas as frustradas tentativas anteriores de derrubar a pressão dos preços.

.....

DESINDEXAÇÃO TERÁ APROVAÇÃO DO PCB²⁰⁹

.....

Sem medo de parecer apoiar o Governo federal o PCB aprovará as medidas de desindexação da economia do Plano Collor II, embora vá pedir destaque de alguns pontos de que discorda, para poder votar contra eles.

.....

206 *Folha de São Paulo* de 27 de fevereiro de 1991.

207 *Folha de São Paulo* de 3 de março de 1991 (artigo de Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque).

208 *Folha de São Paulo* de 18 de fevereiro de 1991 (artigo de Matias Machilne).

209 *O Globo* de 26 de fevereiro de 1991 (reportagem de Nilson Tosta).

CONGRESSO APROVA COM EMENDAS A DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA ²¹⁰

O Congresso aprovou no final da tarde o projeto de conversão — ressalvados os destaques que seriam votados separadamente — à Medida Provisória n.º 294, que estabelece a desindexação da economia e cria a Taxa de Referência (TR) para remunerar os depósitos em cadernetas de poupança. O texto obteve o voto favorável de 318 Deputados e 58 Senadores, PT, PDT, PCB, PC do B e parte do PDS votaram contra . . .

A INDEXAÇÃO NA HORA DA VERDADE ²¹¹

O Congresso Nacional aprovou o princípio da desindexação da economia.

A verdade é que ninguém tem coragem de defender, abertamente, agora que a questão está posta, a manutenção do instituto. Defendê-la equivale a defender a própria inflação.

OBSERVAÇÕES À MARGEM DO DEBATE EM TORNO DO PACOTE ²¹²

Acho que já está dando para tirar algumas lições a partir do que se passou no curso do processo de edição e votação do controvertido pacote econômico do Governo. Primeiro para, mais uma vez, enaltecer a coragem épica e solitária da equipe econômica que, quando a inflação escapava para os vinte por cento mensais — um horror — resolveu, a todo risco, atirar no tigre.

. . . a maioria dos brasileiros não sabe mais viver sem a ilusão inflacionária ou sem o *doping* da correção monetária, estado d'alma que se refletiu na reação do Congresso Nacional ao examinar a matéria.

A onda contra o pacote foi, assim, gigantesca. Desencadeada à direita como à esquerda.

210 O Globo de 28 de fevereiro de 1991.

211 O Globo de 1º de março de 1991 (artigo de Raphael de Almeida Magalhães).

212 O Globo de 8 de março de 1991 (artigo de Raphael de Almeida Magalhães).

E que imaginação para acusar a equipe econômica! Valeu tudo, desde a invocação do sacrossanto princípio do respeito aos contratos e às regras do mercado, brandido pela direita, até a apaixonante defesa do entendimento nacional, mesmo em abstrato, lançado pelas esquerdas. Ora, todos sabemos que não pode haver contratos estáveis sem moeda estável. E que não há moeda estável em economia indexada, cujo pressuposto é a instabilidade sistemática do valor da moeda.

.....

O Governo, neste clima, fez as concessões que podia para salvar o principal. É claro que o pacote ficou meio avariado. Mas muita coisa importante foi aprovada.

.....

6.5. O combate aos índices

Abolido o indexador oficial, foi necessário combater, a seguir, os índices, que, indicando o "valor real", ameaçavam se tornar, eles próprios, os novos indexadores da economia.

*INFLAÇÃO OFICIAL ATINGE 20,21% EM JANEIRO*²¹³ *ZÉLIA NÃO QUER DIVULGAR IPC*²¹⁴

.....

A área econômica teme o efeito psicológico da divulgação do IPC de fevereiro, que deverá ser muito alto, por conta do último reajuste das tarifas públicas.

*IPC PODE DEIXAR DE SER DIVULGADO*²¹⁵

A cúpula do Ministério da Economia volta a pensar em deixar de divulgar um índice de preços: desta vez a vítima é o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o indexador oficial do Governo Sarney e o preferido dos sindicatos nas negociações salariais. A idéia é tentar minimizar as expectativas inflacionárias.

Logo depois do Plano Collor II, que extinguiu três índices do IBGE, entre eles o IPC, a Ministra Zélia Cardoso de Mello anunciou o fim da divulgação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC). Mas a taxa referente a janeiro foi divulgada, e a decisão de não mais informar os resultados do INPC acabou revogada pela Lei n.º 8.177; o Congresso manteve a extinção do Índice de Reajuste de Valores Fiscais — (IRVF) e do Índice da

213 *Folha de São Paulo* de 1º de fevereiro de 1991.

214 *Folha de São Paulo* de 5 de março de 1991.

215 *O Globo* de 21 de março de 1991 (reportagem de Léa Cristina).

Cesta Básica, mas não fez qualquer referência ao IPC e determinou que o INPC fosse mantido.

Dois motivos levam o Governo a pensar em não divulgar o índice. Um deles, de conseqüências jurídicas: a grande maioria dos aumentos salariais julgados pelos Tribunais vem sendo há quatro anos fixados com base na variação do IPC. O outro motivo é prático: "um índice que é divulgado no fim de cada mês, convida à indexação", afirma o Presidente do IBGE.

GOVERNO ACABA COM IPC PARA INIBIR EXPECTATIVA DE INFLAÇÃO²¹⁶

Deixa de ser calculado a partir deste ano o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o indexador do Governo Sarney.

Para Zélia, índices prejudicam o País.

CRISE LEVA FIPE A NÃO PROJETER INFLAÇÃO²¹⁷

DISPUTA TAMBÉM ENVOLVE CORREÇÃO INTEGRAL²¹⁸

Os atingidos pelo bloqueio não devem ir à Justiça apenas para desbloquear os cruzados retidos no Banco Central. Além de desbloquear é possível "brigar" para reaver — no caso de poupadores com cadernetas que faziam "aniversário" em 14 e 28 de março de 1990 — os 84,32% de correção mais 0,5% de juros.

6.6. As perspectivas após o Plano Collor II

No seu discurso de despedida do Ministério da Economia, a ex-Ministra Zélia Cardoso de Mello manifestou grave preocupação com os riscos de dolarização e de reindexação da economia:

INTEGRA DO DISCURSO DA EX-MINISTRA ZÉLIA CARDOSO DE MELLO²¹⁹

Senhor Presidente, é com preocupação que acompanho as manifestações de personalidades das mais variadas extrações teóri-

216 O Globo de 28 de março de 1991 (reportagem de Léa Cristina).

217 Jornal do Brasil de 4 de abril de 1991.

218 Folha de São Paulo de 6 de abril de 1991.

219 O Globo de 11 de maio de 1991.

cas, políticas e ideológicas no sentido de atacar a orientação geral da atual política econômica.

Em sua cômoda posição de críticos, ignoram os avanços conseguidos até aqui: subestimam as dificuldades de gerenciar um país que encontramos aos escombros, prisioneiro de uma gravíssima crise fiscal, de uma profunda crise de crédito, da falta de investimentos. Um país ineficiente e com profundas desigualdades regionais e sociais.

Direi mais: não apresentam alternativas ou, quando o fazem, ignoram a Nação e endereçam as soluções a alguns segmentos que puderam prosperar nos últimos anos. Quero referir-me especificamente às propostas de reindexação e dolarização da economia. No primeiro caso, reduz-se a questão aos segmentos que têm emprego ignorando-se os 50 milhões de brasileiros alijados do mercado de trabalho e de consumo. Ignora-se, ademais, a inquestionável erosão dos salários sob 25 anos de indexação. No segundo caso, quer-se reduzir a economia brasileira ao setor exportador, um recuo que destruiria as conquistas materiais dos últimos 60 anos em benefício de uns poucos.

Preocupa-me, Senhor Presidente, a incapacidade de uma elite de discutir com objetividade e confiança o País que queremos e precisamos construir.

.....

Os perigos vislumbrados pela Professora Zélia são percebidos, também, por observadores externos:

*JORNAL DENUNCIA LOBBY PRÓ-INFLAÇÃO NO BRASIL*²²⁰

The Wall Street Journal de Nova Iorque publica em sua capa uma análise das razões para o fracasso da política antiinflacionária do Presidente Fernando Collor de Mello em seu primeiro ano de Governo. Afirma em manchete que os esforços para acabar com a inflação foram frustrados "porque muitas pessoas gostam dela".

Para o jornal ninguém, no Brasil, "está disposto a fazer sacrifício" e os choques heterodoxos aplicados pela equipe do Governo "apenas atrapalham a economia".

Ao assumir o Governo em 15 de março de 1990, relata o jornal, o objetivo prioritário de Collor era atacar uma inflação de 1.764% ao ano. O Plano Collor I parecia ser um remédio tão

²²⁰ *Folha de São Paulo* de 30 de março de 1991.

duro quanto a doença. Ele congelou metade do dinheiro em circulação na economia, além de todos os preços.

“Agora, menos de um ano depois, o que está fazendo o Sr. Collor? — pergunta o jornalista Thomas Komm, autor da reportagem. E a seguir responde: Em 31 de janeiro de 1990 impôs um outro programa antiinflacionário.”

O *Diário Econômico Nova Iorque* questiona “o que aconteceu na economia desta nação — uma nação cuja saúde econômica concerne profundamente à sua legião de credores americanos — que faz o recuo da inflação tão difícil?

Segundo o jornal, a resposta parece repousar na cultura inflacionária brasileira. “Resistindo às diversas políticas inflacionárias postas em prática no Brasil está um poderoso lobby pró-inflação”.

Para o diário, este lobby incluiria “assalariado, cujo pagamento é indexado; devedores, cujo débito tem o valor depreciado; companhias que repassam facilmente os aumentos de custos para seus clientes; e os bancos cujos lucros são alavancados pela corretagem da dívida interna do Governo”.

Há um fato novo, contudo, que pode consolidar a estabilização monetária: a atitude independente e mais dinâmica do Poder Judiciário — especialmente do Supremo Tribunal Federal — que, fortalecido pela Constituição de 1988, parece finalmente disposto a fazer imperar, entre nós, uma verdadeira ordem monetária:

SETOR VAI À JUSTIÇA CONTRA CONGELAMENTO ²²¹

As indústrias de macarrão e biscoito pretendem entrar com mandado de segurança contra o congelamento de preços na próxima semana...

LIMINAR PROÍBE CORRIGIR TRIBUTO PELA TR OU TRD ²²²

A advogada Lourdes Helena Moreira de Carvalho, do escritório Garcia & Keener Advogados, defendeu a tese de que a TR e a TRD são taxas remuneratórias de capital, calculadas com base na taxa média mensal de juros praticados no mercado financeiro, totalmente desvinculadas da inflação. “Assim, a sua incidência não tem as características próprias da correção monetária. Por-

²²¹ *Folha de São Paulo* de 26 de março de 1991.

²²² *Gazeta Mercantil* de 9 de abril de 1991 (reportagem de Maria Augusta Valla).

tanto, não pode ser aplicada às obrigações tributárias como atualização monetária”, alegou.

.....
LIMINAR AFASTA CORREÇÃO PELA TRD ²²³
.....

Através do Escritório Daudt, Andrade e Castro Advogados, as empresas alegaram que a exigência de atualização feita pelo Instituto Nacional de Seguridade Social é ilegal.

Segundo o pedido feito à Justiça, a Lei n.º 8.177, ao determinar a aplicação da TRD sobre impostos e contribuições, estava referindo-se a tributos já vencidos.

“O Governo extinguiu a indexação. Logo, a dedução é que a Lei n.º 8.177 não quer atualizar os impostos, mas fazer incidir juros acessórios aos débitos vencidos”, argumentaram as empresas.

.....
EMPRESAS OBTÊM NA JUSTIÇA LIMINARES CONTRA CORREÇÃO DE IMPOSTOS PELA TR ²²⁴
.....

GOVERNO MANTÉM DESINDEXAÇÃO MESMO COM A QUEDA NA ARRECADAÇÃO ²²⁵
.....

O projeto de lei da desindexação dos impostos passou pela última avaliação no final da noite de ontem, pela equipe da Receita Federal e pelo Procurador-Geral do Ministério da Economia Cid Heráclito.

.....
INDEXAÇÃO PELA TRD É CRITICADA POR ADVOGADO ²²⁶
.....

A indexação de impostos e contribuições à TRD (Taxa Referencial Diária) é inconstitucional porque significa aumento de tributo ao mesmo exercício financeiro, contrariando o inciso III do art. 150 da Constituição.

.....
STF MUDA CORREÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA ²²⁷
.....

223 *Gazeta Mercantil* de 17 de abril de 1991 (reportagem de Marcio Aith).

224 *Folha de São Paulo* de 16 de maio de 1991 (reportagem de Elvira Lobato).

225 *Gazeta Mercantil* de 24 de abril de 1991 (reportagem de Ivanir José Bortot).

226 *Folha de São Paulo* de 16 de maio de 1991.

227 *O Globo* de 30 de maio de 1991.

7. Algumas reflexões

Há mais de uma década debate-se a Nação brasileira na busca de uma saída para a arapuca da indexação em que alguns espertalhões meteram-na há 25 anos atrás.

A fórmula de desindexação da Nova República foi o *congelamento*, disciplinado na lei como uma modalidade de tabelamento oficial. Diferentemente, porém, do tabelamento, o congelamento imposto como o principal instrumento da luta contra a indexação não atinge, apenas, alguns produtos ou serviços oferecidos ao mercado: ele é globalizante, total, abrangendo os contratos, as unidades-de-conta e as quantias resultantes da incidência dessas sobre os atos jurídicos em geral.

O pressuposto do congelamento é, portanto, o mesmo da indexação, só que ele é aplicado no sentido contrário. A sua lógica, contudo, é a da correção monetária, ou seja, a de que há, na economia, *valores reais*, dos quais a moeda seria a medida. Se esses valores reais apresentam-se instáveis, as unidades-de-conta que refletem a sua variação devem indexar a própria moeda. Da estabilização desses valores, afinal, por força do tabelamento geral de preços e salários, decorreria a desindexação.

A política de buscar a eficácia da moeda por meio do congelamento é fruto da ignorância, por parte dos tecnocratas, da Teoria Geral do Estado. A generalização do tabelamento não se pode dar fora do âmbito do conceito de ordem jurídica. Ou, em outras palavras, a ordem jurídica não é suscetível de ser congelada, porque ela é, por definição, uma "estabilidade".

O congelamento é, pois, apenas, uma forma política atraente de enfrentamento da crise, porque constitui um poderoso apelo à mobilização (que o digam os "fiscais do Sarney" do Plano Cruzado). Institucionalmente, porém, o congelamento é um equívoco, como, na prática, foi um fracasso. Do ponto-de-vista do Direito interno ele distorce a ordem jurídica, cuja eficácia global pretende substituir; do ponto-de-vista do Direito Internacional, ele acaba enfraquecendo o poder nacional, precisamente porque não é apto, senão a curto prazo, a resolver os conflitos internos.

Estamos numa *transição* política em direção a um Estado de Direito. O que buscamos é a restauração da normalidade democrática, que significa o restabelecimento pleno da ordem jurídica constitucional. Não devemos nos enganar quanto ao sentido desse reordenamento jurídico do País: perseguimos regras jurídicas claras, ordem jurídica estável.

Esse é o objetivo a alcançar, que não será atingido — ou demorará enormemente a sê-lo se a estratégia usada for injurídica, baseada nas mesmas doutrinas anteriores, de cujos efeitos estamos procurando nos livrar. Não adianta, em suma, para sair da indexação, utilizarmos-nos de conceitos que nos levaram a ela, como, por exemplo, o de valor real.

A necessidade de sairmos da crise, por meios jurídicos, que não prescindam do conceito de Estado — ou não procurem substituí-lo por modismos acadêmicos — evidencia a importância do debate jurídico sobre a desindexação.

A pobreza da discussão jurídica sobre esse tema decorre da preocupação obsessiva dos economistas e advogados com o *valor real*. Em momento algum, na doutrina, na opinião pública, é mencionado o *princípio do valor nominal*. Todos tratam do valor real como se dominassem essa noção com absoluta segurança. O *valor real* está em toda parte: no *salário real*, no *juro real*, no *lucro real*, até no *plano real*.

Creio que essa atitude da intelectualidade brasileira diante do conceito de *real* seja influenciada por uma noção jurídica vulgar de propriedade, especialmente de propriedade imobiliária — o direito real por excelência. A visão grosseira, coisificada, do Direito há de ter contaminado a doutrina dos economistas e, de tabela, confundido a cabeça de nossos juristas, mesmo aqueles mais esclarecidos.

Essa ascendência do pensamento econômico — impregnado, na origem, por falsas noções jurídicas, por eles reelaboradas — sobre os juristas brasileiros, tem sido perniciosa. Se não fosse por ela, a noção de valor nominal já teria aflorado; pois não tenho dúvida de que os juristas brasileiros sabem distinguir, *perfeitamente* (salvo alguns empedernidos marxistas-leninistas ou jusnaturalistas), entre o plano da realidade (do que é *real*) e o plano das normas.

Dizer que um valor é real é o mesmo que dizer que uma norma é a realidade — e os juristas brasileiros, na sua quase totalidade, não ignoram que uma norma, embora diga respeito a uma realidade (a uma conduta real), não é a realidade a que ela diz respeito. Assim como uma norma não é a realidade, um valor não é a realidade, mas um modo de conhecer e de julgar a realidade.

Quando os economistas enchem a boca para dizer que o *salário real* foi tanto, o *juro real* deve ser tanto, o *lucro real* foi tanto, o *valor real* é quanto, eles nada mais estão fazendo do que comparar quantias nominais. Pois o *valor*, afinal, será tanto mais real quanto maior a soma em moeda nacional de que se cogita for equivalente a outro montante similar em moeda estrangeira.

O poder aquisitivo não é, por igual, um valor real. Ele é medido por índices, ou unidades-de-conta, distintos da unidade monetária nacional, que mostram as suas variações num período considerado. Ele não é, destarte, a realidade, mas a representação de uma realidade. Não nos devemos esquecer, por outro lado, que o poder aquisitivo refere-se a níveis (numéricos) de preços, e que os preços, todos eles, são constituídos em moeda (nacional ou estrangeira), o que *significa*, em última análise, que mesmo a “realidade” do poder aquisitivo é uma expressão de valores nominais.

A sociedade brasileira é chegada à noção de valor real não só porque, quando pensa nisso, se lembra da propriedade imobiliária, como porque temos a nostalgia do ouro e da prata que os portugueses tiraram de nosso território para pagar as suas dívidas com a Inglaterra. Gosta-se muito, por aqui, da idéia do ouro. Numa época recente, em fins do Governo Sarney, quando o País suportava, em crise, uma superinflação, o Banco do Brasil oferecia os seus produtos acrescentando à designação dos mesmos a palavra ouro: era a poupança *ouro*, o cheque *ouro*, a conta *ouro*, o fundo *ouro*, etc. Como se os clientes fossem adoradores de bezerras-de-ouro...

Não basta tratar a questão monetária em termos exclusivamente jurídicos. O Direito tem limites óbvios, nessa área. Há conceitos jurídicos que não podem, porém, ser ignorados, ao se cogitar do tema. O enfoque jurídico, enfim, não é suficiente, mas é absolutamente necessário, e dele não se pode prescindir. As noções jurídicas de moeda nacional, de moeda estrangeira, de obrigação pecuniária, de ordem monetária — e, acima de todas, a de Estado, que fixa o padrão monetário e emite o dinheiro — têm que ser levadas em conta na formulação de qualquer política de estabilização, e na interpretação das regras através das quais essa se manifesta, sem falar da conveniência, nem sempre obedecida, de utilizar-se a boa técnica do Direito na elaboração das leis. Daí a relevância do Direito Monetário nesta fase da vida do País — porque é esse ramo do direito que lida com os conceitos a que há pouco aludi.

A principal categoria do Direito Monetário é o nominalismo, ou o princípio do valor nominal. Isso significa que, para debater a crise monetária brasileira em termos jurídicos — o que é, como vimos, indispensável — não se pode deixar de considerar o nominalismo, tradicional princípio não só do nosso, como do direito dos demais países modernos civilizados.

Em todos os países, sempre que se pensa em moeda — mesmo que ela seja tratada por especialistas de outras áreas — está *implícito* o conceito de valor nominal. Não é preciso falar dele expressamente: ele está sempre subentendido, nunca é esquecido.

Uma seqüela grave da prolongada desordem monetária brasileira provocada pela indexação é que esse princípio básico e fundamental foi, levemente, descartado. Em dez anos de debate sobre a desindexação pela Imprensa não há, como vimos, referência, salvo indireta ou incidental, ao princípio do valor nominal. Não porque fosse dispensável cuidar-se expressamente dele, por estar pressuposto, mas porque a maioria pensa que esse princípio foi... revogado!

É através do nominalismo que se torna possível a compreensão das inter-relações dos conceitos de moeda, de obrigação pecuniária e de Estado. O nominalismo explica a subordinação da moeda nacional, e da moeda estrangeira — e das obrigações nelas respectivamente expressas — à ordem jurídica nacional. É o nominalismo que nos diz porque não podem coexistir alguns postulados valoristas com certos princípios jurídicos (entre nós, de

resto, constitucionalmente consagrados) como os do respeito ao ato jurídico perfeito e à imutabilidade da coisa julgada; e porque são incompatíveis com a ordem jurídica nacional as unidades-de-conta que pretendem desfigurar o monopólio de emissão da moeda, e do estabelecimento de uma e, evidentemente, única unidade monetária pelo Estado.

O processo da desindexação brasileira está repleto, ainda, de pontos fracos. Há frestas pelas quais a indexação poderá acabar voltando. O perigo não está só na reindexação dos salários, mas na correção dos tributos e, especialmente, das demonstrações financeiras das empresas. O balanço é a expressão monetária da atividade empresarial; e se as empresas, hoje, concentram a riqueza do País, corrigir as demonstrações financeiras delas é promover, pelas bases, a reindexação da economia.

Outra vulnerabilidade do atual esforço de desindexação — além da própria lentidão, em si, do processo — é a tentativa de solução dos casos passados. Há, por aí, tabelas para medir a correção monetária pretérita, e, algumas delas — como uma estapafúrdia produzida, há tempos, pela Receita Federal —, pretendem fazer retroagir a correção a períodos anteriores a 1964.

Para usar uma linguagem muito do agrado dos economistas, para os quais a inflação é um câncer, podemos dizer que não basta remover o tumor da correção monetária: é preciso fazer uma *ressecção*, isto é, extirpar em volta, ou o órgão todo, para que o mal não volte. Quando foi abolida a cláusula-ouro no Brasil, em 1933, fez-se assim: não só foram proibidas as convenções para o futuro, como declararam-se não escritas as cláusulas anteriores.

É verdade que, em 1933, estávamos ingressando numa ditadura; e que hoje estamos emergindo de outra, o que nos faz olhar com receio medidas de caráter aparentemente retroativo, não sendo desejável, por isso, a esta altura, ir buscar o ponto de partida da anulação da correção monetária nas suas origens, como fez o legislador da revolução de 1930. E nem podemos nos esquecer de que os sucessivos planos de estabilização convalidaram situações passadas.

Não terá sentido, porém, convalidarmos, de novo, as novas correções feitas a partir do último plano de estabilização, o que implicaria em usar a reforma monetária, medida extrema, como forma de resolver conflitos particulares. Tudo aconselha, por isso, no caso brasileiro, que uma eventual reforma futura — que espero não aconteça — recue um pouco no tempo, para atingir as unidades-de-conta no nível de seu último “congelamento”. Para os casos mais antigos, pode-se aplicar o remédio da prescrição ou da decadência, quer se trate de títulos de créditos, de dívidas líquidas e certas ou de ações pessoais sujeitas a prescrição vintenária. Outra forma de promover uma *ressecção* do tecido afetado seria conceder-se uma *anistia*, nos moldes da que foi aplicada, com bons resultados (nada obstante a gritaria contra) pelas Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

Como o princípio do valor nominal não equivale à decretação da irrelevância jurídica da variação do poder aquisitivo das obrigações monetárias, a nossa submissão a ele não implica em excluir, necessariamente, do ordenamento jurídico (embora possa ser conveniente fazê-lo) as cláusulas monetárias, nem na desconsideração da doutrina das dívidas chamadas de valor.

As cláusulas monetárias, contudo, devem ser tratadas como um caso de aplicação da moeda estrangeira aos atos da ordem jurídica nacional, sujeitas, portanto, a rígido controle do Banco Central. Não nos podemos abstrair dos riscos de abusos, que haverá fatalmente, depois de 25 anos de predomínio da doutrina da correção monetária. A interpretação dessas cláusulas deverá ser restritiva; e o seu emprego não poderá, em hipótese alguma, importar em desrespeito à garantia do ato jurídico perfeito e da irretroatividade das normas.

No que tange às dívidas de valor pode haver o recurso a essa noção em casos judiciais, mas em hipóteses limitadas, e sempre com fiel observância ao princípio da coisa julgada, de modo que uma vez fixado o montante da condenação, não se procedam aos eternos reajustes até o efetivo embolso da quantia, que tão bem conhecemos na prática judiciária brasileira. Cabe ao juiz proferir decisões imutáveis quanto ao montante, em moeda nacional, da condenação, e não ao Contador do Juízo reajustar esses montantes periodicamente, com fundamento em índices ou critérios exteriores ao processo. Lembremo-nos, a esse propósito, das indenizações bilionárias de acidentes de trabalho pagas pelo INSS, que não haveria se os cálculos das correções monetárias não fossem, como ainda são, cumulativos e intermináveis; e, por isso mesmo, ininteligíveis.

Aplicar, aos casos judiciais, a doutrina das dívidas de valor, não importa, pois, em admitir que o processo seja infinito, nem que os efeitos pecuniários da decisão possam escorrer das páginas dos autos para a realidade. Depois de fixada a importância da condenação, e definido o processo, a revisão do *quantum* dependerá, nas hipóteses em que a lei o preveja (como das pensões alimentícias, por exemplo), de nova ação judicial.

Quanto ao salário mínimo, a Constituição brasileira já estabeleceu a sua disciplina. Ele é uma expressão definida, que se deve usar apenas no singular: ele é o salário mínimo, e não *um* salário mínimo, não podendo servir de indexador para qualquer efeito, salvo as exceções previstas, aliás equivocadamente, na próxima Constituição.

Tributos e dívidas de dinheiro em geral, de qualquer natureza, inclusive trabalhistas, não podem sofrer atualização. Para penalizar o devedor relapso cumpre impor multas, ou cobrar juros, estes em taxas prefixadas, não podendo ser alteradas, sob pena de ferir-se o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada.

A Integração Econômica da América Latina

Perspectivas de Futuro

LEONARDO NEMER CALDEIRA BRANT

A finalização dos acordos para a criação da Comunidade Econômica Européia, prevista para 1992, inaugura uma nova etapa de amadurecimento das relações internacionais. A imprevisibilidade contorna este momento com sucessivas transformações, tanto de ordem econômico-política, quanto social. Não se pode afirmar com segurança as conseqüências dessa nova organização. O que se deve salientar, entretanto, é o acelerado processo de redefinição da ordem internacional.

A idéia da criação de blocos não é nova. Desde os anos 50, com o Tratado de Roma, a Europa passou a caminhar nesse sentido.

A esse desafio também procederam de forma similar os países da América Latina, com a criação da ALALC do mercado centro-americano, no início da década de 60, e do Pacto Andino, na sua segunda metade. Contudo, o que aparece como grande novidade atualmente, parece ser a evolução do Mercado Comum Europeu, e as conseqüências da consecução do seu mercado único anunciado para a partir de 1993. O impacto que esta união poderá causar no comércio internacional é ainda desconhecido, já que a Comunidade Econômica Européia é hoje responsável por 40,91 das exportações e 39,2% das importações mundiais.

Sob a luz das transformações internacionais, é mister suscitar o crescimento acelerado da economia japonesa e dos chamados "novos países industrializados" (NPI): Coréia do Sul, Taiwan, Hong Kong, Cingapura, nas últimas décadas. Em estudos recentes, estima-se a possibilidade da transferência do próximo núcleo do pólo econômico de poder do Atlântico para o Pacífico, o qual em poucos anos representará mais de 25% da economia mundial.

A curiosidade, entretanto, recai sobre um novo paradigma. O de avanço tecnológico. Sob esse novo foco de poder, o mundo procura adequar-se consciente de que esse novo valor se consolidará como responsável pela distribuição da riqueza e do poder no século XXI.

Obviamente, como resultante desse novo reordenamento da economia internacional, toda uma movimentação tende a ocorrer, o que, frente às novas dificuldades impostas, permitiria a abertura de espaços que poderiam ser preenchidos por países da América Latina. À ocasião, portanto, torna-se

Este trabalho foi preparado especialmente para o Concurso "Premio a Estudiante de Derecho" — Federación Interamericana de Abogados — XXVIII Conferência, Washington, D.C., 1990.

imperativo um aprofundamento desenvolvimentista cumulado a uma política integracionista, visando à inserção destes na primeira onda de expansão.

Assim, resta-nos uma única perspectiva: ou nos engajamos frente às novas projeções internacionais ou pereceremos com uma visão estática e superada, estagnado por problemas domésticos. Estaríamos, assim, impossibilitados de participar ativamente do que se convencionou chamar de 3.^a Revolução Industrial, renovando-se apenas o conceito de país periférico.

A tendência que se verifica, entretanto, na América Latina, é a de crise. Uma crise que domina toda nossa estrutura e que aparece espelhada no conjunto de dificuldades político-econômico-financeiro-institucional de investimentos e de confiança.

A bem da verdade, não nos cabe sucumbir aos problemas que a região atravessa. São verdadeiras as palavras de SIMON BOLIVAR de que "não são necessariamente as sociedades ricas as que mais se desenvolvem. As nações possuidoras de ouro e petróleo nem sempre se caracterizam como sendo as que mais cresceram na sua fase de riqueza".

Cabe-nos encontrar o nosso papel e a integração da nossa região aparece como um caminho sólido e necessário.

Numa rápida análise, gostaria de citar o trabalho dos NPI asiáticos como exemplos de países e fases de desenvolvimento que parecem estar alcançando altos níveis de aproveitamento e produção.

Os países da Ásia, como em revoada de gansos, impulsionados pelo potencial dos investimentos diretos e indiretos japoneses, avançam determinados, envoltos pela nova ordem econômica. Um exemplo disso é a Coréia do Sul que, em 1987, dedicou cerca de 2,2% do seu PIB em investimentos no setor da ciência e tecnologia e tenciona elevar esta percentagem a 5% no ano 2.001, à proporção de países avançados.

Como se poderá competir no futuro se esta mesma Coréia atinge índices de 89% de população dotada de educação secundária, enquanto, por exemplo, o Brasil ostenta um pálido 17%?

Em documento do ILPES de Santiago do Chile, estima-se que 98% das inovações tecnológicas registradas nos dias atuais provêm dos EUA, Japão, CEE e outros países industrializados, enquanto que dos 2% restantes, apenas 0,02% corresponde à América Latina.

É patente que as potências desenvolvidas busquem atualmente investir em países também desenvolvidos.

As estatísticas, no caso japonês, nos mostram que até o final dos anos 70, 60% em média dos investimentos diretos dirigiram-se para países em desenvolvimento e NPI em geral. Em 1986 a situação se inverteu: 67% dos investimentos japoneses destinaram-se a países industrializados. Os países da orla asiática do Pacífico (NPI-ANSEA) receberam apenas 10% do total do ano.

O que se pode concluir com estes dados é que não podemos ser simplórios em acreditar que basta dispor de mão-de-obra barata de um enorme mercado interno a ser preenchido ou de recursos naturais em abundância, para mantermo-nos na crista da política de investimento e transferência de tecnologia e desenvolvimento.

As clássicas facilidades oferecidas pelos países em desenvolvimento não valerão mais para o século XXI.

O mundo contemporâneo necessita cada vez menos de mão-de-obra barata. As práticas do fordismo se vêem superadas a partir do aperfeiçoamento tecnológico. Inaugurava-se, assim, uma nova etapa na divisão internacional do trabalho, valendo-se de mecanismos distintos, como o uso poupado e racional de energia, a produtividade mais elevada e a substituição contínua de tecnologia. A mão-de-obra barata perdeu assim o seu potencial como chamativo de investimento, pois passou a não ser objetivamente proporcional ao lucro. Conseqüentemente, tornou-se empecilho, pois outra maneira de obter uma produtividade mais elevada veio à tona. É a ampla redistribuição de renda, que incluirá uma elevação gradual do nível educacional e técnico da força de trabalho, permitindo aumento de salários e absorção de maior quantidade de bens de consumo.

A idéia de apenas um enorme mercado interno também não se sustenta. O desenvolvimento do comércio em blocos possibilitará às economias avançadas ingressarem suas mercadorias em gigantes mercados únicos e não tarifados. Mesmo que a política econômica externa da próxima década se caracterize pelo protecionismo dos anos 80, estes países tenderiam a manter em nível elevado sua alto-suficiência, ainda que para isso tenham que renovar o conceito de soberania. A necessidade pré-existente não é a de um enorme mercado interno, mas de um mercado interno com alto grau de absorção, devido à grande variedade de produtos e a previsível fugacidade destes.

A reciclagem é tema intrínseco no processo tecnológico, tendo portanto como necessário um mercado capaz de absorver os constantes aperfeiçamentos, vinculados a uma indústria capaz de promovê-lo.

Quanto aos recursos naturais, também perderão seu poder de barganha. Após a crise do petróleo em 1973, novas técnicas de obtenção de energia têm se desenvolvido rapidamente. É observada como meta dos países desenvolvidos, a substituição de matérias-primas por produtos artificiais, de maneira a suprir internamente suas necessidades e criar um desaquecimento da importância da matéria-prima bruta como um todo.

O papel que caberá à América Latina do século XXI dependerá basicamente da reflexão e da mobilização para temas como o exposto.

A primeira conseqüência econômica relevante na América Latina, gerada pelo conjunto de modificações no cenário internacional, está sendo promovida pela decisão unilateral do governo dos EUA de perdoarem 7 do montante de 12 bilhões de dólares emprestados a países da América Latina, que certamente marcará uma nova etapa nas relações entre as duas regiões.

Evidentemente, o valor em tese pode parecer irrelevante, se computado que a dívida contraída pelos países latino-americanos está hoje avaliada em cerca de 400 bilhões de dólares.

Contudo, nos cabe salientar que esta atitude do governo dos EUA indica uma virtual preocupação diante da nova ordem econômica que se insinua no cenário internacional e conseqüentemente uma viável revisão da postura do governo norte-americano nas relações entre este e a América Latina.

O conflito Leste-Oeste a partir da II Guerra Mundial, que passou a caracterizar a tônica dos acontecimentos internacionais, não poderia deixar de submeter também a América Latina à força de sua lógica de confrontação.

A partir deste raciocínio ideológico, a prioridade da política externa dos EUA frente à América Latina era a da manutenção do sistema econômico de livre comércio entre as duas regiões e o trabalho rigoroso na obtenção da estabilidade política frente às "cacocracias" latino-americanas.

O mecanismo desenvolvimentista foi a primeira técnica adotada. Atribuindo como causa da instabilidade política o atraso econômico, os EUA passaram a ser responsáveis por grande quantidade de investimentos privados em setores produtivos, inversões diretas e por uma alta fluidez de capital em áreas distintas.

A partir de meados dos anos 70, abalados por problemas domésticos e pela percepção de que a instabilidade política na América Latina era conseqüência de problemas estruturais, novos mecanismos foram inseridos nas relações entre as duas regiões, marcando um prolongado período de distanciamento. A política externa norte-americana com relação à América Latina se consolidaria portanto, basicamente, na manutenção das vantagens já adquiridas.

Na ótica brasileira, o surgimento de dificuldades de relacionamento com os EUA facilitaram uma política de aprofundamento da diversificação de mercado (Japão, CEE, Ásia) e da busca incessante de superação da dependência regional.

Evidentemente, com o advento dos anos 80 a dívida externa veio como novo fator crescer a enorme dificuldade do Brasil e da América Latina na inserção no contexto internacional e como assinalou muito bem o Embaixador Baena Soares, na Assembléia Geral da OEA, em São Salvador, em 1988. Os países latino-americanos não estão em vias de desenvolvimento, mas de empobrecimento. Muito dessa dificuldade se deveu à inoperância da OEA (Organização dos Estados Americanos), delegando ao consenso de Cartagena, mecanismo à parte do sistema interamericano, o encaminhamento da grave questão da dívida. Sua omissão na solução de problemas de tal envergadura tornou passível de questionamento sua própria finalidade e o modelo que ditou sua criação em 1948, deixando de refletir o equilíbrio esperado pelos países da América Latina de uma ampla e deci-

siva cooperação norte-americana. A OEA caracterizou-se nestes termos como organismo multilateral incapaz de defender os interesses latino-americanos, em variadas vezes divergentes dos norte-americanos. Aliás, não poderia ser diferente, já que 66% do orçamento desta organização provêm dos EUA: cerca de US\$ 40,600.00 do montante do orçamento total de US\$ 60,000.00, e apenas 9,36% do Brasil, 7,47% da Argentina e 3,59% da Venezuela.

Há de se tentar entender, entretanto, o porque do acatamento de uma nova política externa pelo governo norte-americano diante da América Latina.

A evolução do cenário internacional aponta para uma nova motivação ideológica. O esvaziamento das tensões bélicas e o surgimento de blocos ameaçadores da hegemonia econômica norte-americana.

A luz deste novo sistema, o mundo tende a uma maior estratificação, marcada por áreas de influência comercial, em que cada superpotência parece arrecadar sua própria periferia. Caracteriza-se, assim, a importância de escalas periféricas como parte de uma nova redistribuição da ordem econômica.

A tendência que se apresenta na política norte-americana parece ser a da busca da diminuição da asfixia, devido à dívida externa em que se encontram as economias latino-americanas.

No caso brasileiro, esta dívida chegou mesmo em 1989 a 120 bilhões de dólares, ou seja, 38% do PIB, e seu serviço consome 80% do saldo comercial do País.

É curioso notar que esta tendência se verifica imediatamente após a decisão do Governo de liberalizar a importação, reduzir as tarifas alfandegárias e buscar como meta uma política menos protecionista.

Logo, o que parece fazer parte hoje do pensamento externo norte-americano é a necessidade de uma reaproximação com as economias periféricas da América Latina, que estas se tornem saudáveis e permaneçam obviamente dependentes.

A lógica é velha. Consiste na crença de que com uma política neo-liberal se poderá evitar a competitividade entre as duas regiões, através da impossibilidade dos países da América Latina, inclusive o Brasil, de se manterem na corrida tecnológica (fonte hoje da real expectativa ao desenvolvimento futuro). Os EUA acreditam que fornecendo de bom grado políticas baratas de complementação entre as duas regiões, alcançará a custo baixo um enorme mercado, ávido por desenvolvimento e capaz de consumir o excesso na produção de bens norte-americanos.

Mantém-se, assim, a mesma divisão na ordem internacional, apenas reciclados seus compromissos.

Neste estudo, não pretendo absolutamente discorrer sobre os motivos que levaram à não-realização dos efeitos esperados pela Associação Latino-Americana de Livre Comércio — ALALC —, criada em fevereiro de 1960, através do Tratado de Montevidéu, e da qual se incorporaram diversos paí-

ses da América Latina. A expectativa em torno dessa Associação era, na época, de que num prazo de doze anos, posteriormente estendido por mais sete anos, até 1980, seríamos capazes de obter os resultados previstos. A alusão ao seu fracasso, no entanto, provocou mais tarde sua substituição pela ALADI, que também não foi capaz de promovê-la.

Os objetivos consistiam, basicamente, em que as partes contratantes eliminassem em seu comércio recíproco todos os direitos aduaneiros e quaisquer outros encargos de efeitos equivalentes que incidissem sobre as importações, além de uma liberalização intra-regional e que a redução das restrições se fizesse produto por produto, através da elaboração de listas nacionais e de uma lista comum.

Buscarei, momentaneamente, me ater ao mecanismo de integração efetuado pela ALALC, apenas como fonte capaz de possibilitar a formulação e perspectivas de uma nova visão integracionista.

Como nos ensina Sônia de Camargo, é praticamente unânime a idéia de que a ocorrência de desequilíbrios comerciais sistemáticos no marco da ALALC criou dificuldades para os países-membros que não tinham condições de manter saldos deficitários permanentes com outros países associados, e dificultou grandemente a ampliação do comércio intra-regional. Da mesma forma, a ausência de acordos e mecanismos que facilitassem os pagamentos recíprocos teve uma influência altamente negativa na consolidação de um mercado ampliado. Por outro lado, os reduzidos esforços no sentido de uma integração mais ampla, envolvendo as políticas nacionais das diversas partes contratantes, dificultaram um possível ajustamento e equiparação entre suas diversas economias.

A conotação dada à integração pela ALALC e ALADI, apesar da criação do Pacto Andino e do Mercado Comum Centro-Americano, permite apenas uma interpretação: a de que a integração deveria se dar num contexto amplo, seguindo o exemplo europeu, que significa englobar diversos países de forma igualitária e sistemática, sem levar em conta o perfil de suas diferenças.

A força direcionadora da integração limitava-se às relações Estado-Estado. A atuação deste como promotor de uma política comunitária delegava-lhe em hipótese de que seria o Estado o grande beneficiado com uma união de mercados; contudo, devido ao caráter volúvel e pouco representativo que estes regimes alcançavam, os interesses entre os diversos Estados poderiam ser facilmente divergentes, variando de governo a governo, e sendo, portanto, pouco confiável a médio e longo prazos.

As políticas internas dos Estados latino-americanos nas décadas passadas se caracterizaram por conjugar perfis autoritários às administrações burocráticas. Os modelos de integração, contudo, não poderiam espelhar outra coisa. Uma situação em que a integração permanecia nas mãos de técnicos e de representantes governamentais, sem praticamente nenhuma participação de representantes setoriais. Com isso deu-se um divórcio entre os que elaboraram o modelo e os setores reais encarregados de utilizar os

mecanismos previstos por este modelo, isto é, empresários e força trabalhadora.

A postura nacionalista, da qual o conceito de soberania se aproxima intimamente da idéia de autonomia, trazia em seu conteúdo também um imenso distanciamento da política comunitária. Essa definição difundia-se em nossa estrutura de poder, de forma não apenas a dificultar, quanto também a impedir, através de políticas de rivalidade, qualquer iniciativa integracionista.

Avançava-se na idéia de uma integração regional, como se a interdependência entre os países da América Latina permitisse uma política de complementariedade e por si só conseguisse contrabalançar as dificuldades resultantes de uma política de integração.

Apesar de se denominarem países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, a história nos mostra que os países da América Latina apresentam distintos graus de produtividade, dinamismo industrial e diversificação de mercado. Apesar de apresentarem em conjunto diversos problemas em comum, a tendência na América Latina para a próxima década não poderia ser outra. A criação de blocos sub-regionais aparece como alternativa acertada, tornando-se claro de que países como Brasil e Argentina mantêm em sua economia uma estrutura de complementariedade acentuada, marcada por benefícios comuns.

O programa de integração e cooperação Argentina/Brasil (PICAB) trouxe à tona as possibilidades de convergência entre os dois países, e apesar de interesses distintos, assumiam no conteúdo uma agenda bilateral comum.

A Argentina, visando promover sua reinserção externa e devido à Guerra das Malvinas, buscando modificar seu perfil de "praxis" internacional, enquanto o Brasil, por sua vez, procura consolidar o conjunto de redefinições na sua política externa, que desde meados da década de 70, vêm sendo mantido com importantes implicações no âmbito de toda a América Latina

A retração econômica na qual se encontram os dois países propiciou que o tema nuclear, inicialmente assunto discreto, passasse gradualmente a ocupar um papel central na agenda bilateral comum. Esta alternativa, como contrapeso às dificuldades econômicas, demonstra que a integração tem um caráter geral, e se encontra espelhada em questões amplas e controvertidas. No caso Brasil/Argentina, o impacto nuclear foi em grande medida o propulsor de uma política de convergência, baseada no consenso de que autonomia tecnológica é entendida como soberania nacional. Todo o cone Sul, a princípio, direta ou indiretamente toda a América Latina, se vê interessado nesta possibilidade de integração bilateral; na medida em que, de uma forma ou outra, todos poderão ser afetados por ela.

O tema é de certa forma tão relevante, que a Constituição Brasileira de outubro de 1988, no Título I — Dos Princípios Fundamentais, reza no seu art. 4.º, parágrafo único, que

"A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações."

Sob esta ótica legal, o legislador brasileiro pretendeu delinear o que, de certa forma, já é patente: a busca dos estados latino-americanos de uma integração viável e eficaz, concordando quanto à imperatividade de sua proposta e a necessidade da conjunção de forças para sua realização.

A tendência parece ser de que o Brasil e a Argentina se tornem os propulsores dessa integração real e efetiva, consolidando-se em políticas de convergência, complementariedade e interesse comum, não caracterizando a essa integração como fruto de uma abstração ou idealização das partes contratantes, mas como resultado de um árduo trabalho conjunto, visando ao bem comum.

Após a análise das diversas modificações ainda em curso, do esclarecimento dos motivos responsáveis pelo fracasso da ALALC e ALADI, na tentativa de uma integração regional, da elucidação da vontade do Brasil e Argentina de efetivar a criação de um mercado comum sub-regional, já em 1994, o que se pode prever como perspectiva de integração econômica latino-americana é que essa deverá recair na internacionalização do capital, a qual nenhum país de dimensões razoáveis poderá estar alijado.

Os Estados, de uma maneira geral, parecem estar se tornando mais sensíveis à influência do mundo comercial e financeiro, na medida que, progressivamente, reavaliam seu conceito de soberania, passando esse a consistir como a capacidade adequada de estabelecer este relacionamento, ou seja, a soberania passou a ser a capacidade de negociar as interdependências.

Desta forma, a integração se faz necessária na medida em que acumula vantagens aos países contratantes.

Os países da América Latina têm de perceber que o grande proveito advindo de uma integração econômica de mercados aparece na possibilidade destes de criar maiores vantagens para investimento doméstico e estrangeiro, o que, inevitavelmente, trará divisas, acesso à tecnologia, emprego e desenvolvimento. Uma integração econômica só será de todo eficaz, atualmente, se tiver em sua base a iniciativa privada. É ela a locomotiva que tece as interligações, e que num terreno fértil pode aflorar, gerando divisas. Mas o fluxo de capital não se transfere equivocadamente; este se tornou de tal forma interligado num emaranhado de interesses, que necessita de garantias e práticas seguras.

Não podemos, diante dessa nova ordem internacional, nos dar ao luxo de repetir 1986, quando estimou-se que os investimentos estrangeiros no Brasil não teriam ultrapassado a ordem de US\$100.000.000,00, enquanto as saídas de capital estrangeiro teriam alcançado, somente no 1.º semestre, cerca de US\$ 400.000.000,00 mediante encerramento de negócios das multinacionais e sua venda para empresas privadas brasileiras.

Institutos jurídicos como as *Joint Ventures* e *Franchise* devem ser aperfeiçoadas numa prática comum. A proposta de um código comunitário, que regulará as inversões de capital, se faz como necessidade premente.

Como se trata de uma forma associativa *sui generis*, modelo jurídico nascido da prática dos negócios e configurado por via contratual, as *Joint Ventures* devem ser de forma pujante, incentivadas, como uma maneira concreta de se ter acesso às tecnologias modernas, através de capital de risco, em associação com empresas nacionais.

A contribuição efetiva para os grupos empresariais latino-americanos, associados a *Joint Ventures*, está na complementariedade, principalmente na área de gerenciamento, treinamento de pessoal e transferência de tecnologia, e políticas em relação a *royalties* é importante, já que somos deficientes nestas áreas, e são as empresas estrangeiras que podem suprir estas carências. Por outro lado, se para associarmos-nos a essas empresas pagássemos um preço bem alto, para que com elas pudéssemos aprender, isso levaria à falência anos de sacrifício numa política de substituição de importações. Por isso, temos que buscar soluções através de uma legislação legal, comunitária e capaz de adequar os interesses transnacionais às estratégias econômicas comunitárias.

A franquia ou forma de licenciamento pela qual o proprietário de um produto, serviço ou método, obtém sua distribuição através de revendedores filiados, é também um instituto jurídico dotado de indiscutível relevância para a arrecadação de investimentos. Tanto quanto as *Joint Ventures*, a falta de legislação específica nesta determinada área dificulta a incrementação deste instituto nos países da América Latina.

O franqueador, fornecendo ao franquiado o direito de participar de seu aviamento, ou seja, a mais-valia do estabelecimento em decorrência de sua organização e capacidade de atrair clientela, seja internamente, ensinando como organizar e exercer atividades bem sucedidas, seja externamente, autorizando a usar seus sinais distintivos, de forma que a clientela possa reconhecê-lo, como se fizesse parte de uma cadeia ou rede, também é parte primordial nas relações de transferência de tecnologia, *know-how* e gerência.

Desta forma, através de uma política comunitária ampliando seus mercados, criando-se uma legislação compatível com os interesses nacionais e transnacionais, que poderiam incentivar a criação de *Joint Ventures* e *Franchise*, o sucesso de uma integração econômica estará de nós bem mais perto.

Bibliografia

- ALVES, Dário M. de Castro. *Perspectiva do Sistema Interamericano. Tema de Políticas Externa e Brasileira. Coleção Relações Internacionais*. Instituto de Pesquisa em Relações Internacionais IRRI, 1989. Brasília.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Soberania. Revista Brasileira de Estudos Políticos 63/64. Julho de 1986 a janeiro de 1987*. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

- BITAR, Sérgio. Los intereses económicos de Estados Unidos y su Política hacia América Latina. *Revista de Estudios Internacionales*. Universidad de Chile, nº 86, 1984.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Da caracterização dos Regimes Autoritários na América Latina. O novo autoritarismo na América Latina. *Coleção Estudos Latino-Americanos*, Volume 18. Editora Paz e Terra.
- CAVALCANTI, Geraldo Holanda. O Brasil e a comunidade Econômica Européia. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. IPRI. 1989, Brasília.
- CORREA, Luiz Felipe de Seixas. As relações internacionais do Brasil ano 2000. Temas de Política Externa Brasileira. *Coleção Relações Internacionais*. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais IPRI. 1989, Brasília.
- HIRTS, Mónica. Las relaciones de Estados Unidos con las potencias medianas en América Latina. Los casos de México y Brasil. *Estudios Internacionales*. Universidad de Chile, nº 70, 1985.
- JAGUARIBE, Hélio. O Brasil e a América Latina nas Condições Mundiais. I Forum Euro-Latino-Americano, 11-12 julho de 1990. FIESP, Building. São Paulo.
- LIMA, Paulo Tarso Flexa de. Dados para uma reflexão sobre a política comercial brasileira. Instituto de pesquisa de relações internacionais IPRI, Brasília, 1989. *Coleção Relações Internacionais*.
- NETTO, Sebastião do Rêgo Barros. Política Externa e as Questões da Alta Tecnologia. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais IPRI, 1989, Brasília. *Coleção Relações Internacionais*.
- NETTO, Francisco. Integração Brasil-Argentina: Origem, Processo e Perspectiva. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais IPRI, 1989. Brasília. Temas de Política Externa Brasileira. *Coleções Internacionais*.
- O'DONNELL, Guilherme. *Tensões do Estado Autoritário-Burocrático e a Questão da Democracia. O Novo Autoritarismo na América Latina*. Editora Paz e Terra. *Coleção Estudos Latino-americanos*. Volume 18.
- OLIVERIA, Amaury Porto. Brasil e Países de Industrialização Recente na Ásia. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais IPRI. 1989. Brasília. *Coleção Relações Internacionais*.
- RICUPERO, Rubens. Comércio Exterior Brasileiro: competitividade e perspectiva. Instituto de Pesquisa e Relações Internacionais IPRI, Brasília, 1989. *Coleção Relações Internacionais*.
- SILVA, Celson J. Em busca de um estatuto teórico para a integração regional latino-americana. *Estudos Pecla*. Volume 1, nº 5, agosto de 1982. Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais.
- CAMARGO, Sônia de. Brasil-Argentina: a integração em questão. *Revista de Contexto Internacional*.
- HIRST, Mónica e BOCCO, Héctor Eduardo. Cooperação Nuclear e Integração Brasil-Argentina. *Revista de Contexto Internacional*.
- SILVEIRA, Neston. O contrato de "Franchise" e a transferência de tecnologia. *Revista Industrial Mercantil e Financeira*.
- OLIVEIRA, José Carlos Costa. "Joint Venture": uma estratégia para o desenvolvimento de novos negócios. *Revista da Fundação João Pinheiro*.
- WALD, Arnoldo. Alguns aspectos jurídicos do capital estrangeiro. *Revista de Direito Mercantil, Econômico, Financeiro e Industrial*.
- _____. Internacionalização, desestatização e mercado de capitais. *Revista de Direito Mercantil, Econômico, Financeiro e Industrial*. Abril/junho de 1989.

O Apelo ao Legislador—Appellentscheidung — na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República, requisitado. Adjunto do Subsecretário-Geral da Presidência da República. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade de Münster — RFA (1990), com a tese “Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal” (*O controle abstrato de normas perante o Bundesverfassungsgericht e o Supremo Tribunal*).

SUMÁRIO

I — Introdução. II — O Apelo ao Legislador na Práxis do Bundesverfassungsgericht. a) Considerações Preliminares. b) A Appellentscheidung e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung). c) Tipos de Appellentscheidungen. (aa) O apelo ao legislador em virtude de mudanças das relações jurídicas ou fáticas. (aaa) Divisão dos Distritos Eleitorais. (bbb) Pensão previdenciária em virtude da morte do cônjuge do sexo feminino. (ccc) Tributação do Transporte de Carga de Longa Distância. (ddd) A Práxis da Execução Penal Mutação Constitucional. (bb) Inadimplemento de Dever Constitucional de Legislar. (aaa) Re-

Este trabalho foi desenvolvido, inicialmente, no “Referat” *Appellentscheidung — Fälle und Rechtsfolgen*, apresentado no Seminário sobre Jurisdição Constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), realizado pelo Professor Ingwer Ebsen na Universidade de Münster — RFA (Semestre de Verão 1989). Posteriormente, parte desse trabalho foi desenvolvida e incorporada à Dissertação de Doutorado apresentada à Universidade de Münster — RFA, em julho de 1990 (*Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*).

vogação do Estatuto de Ocupação. (bbb) Igualdade dos filhos havidos fora do casamento. (ccc) Dever de proteção (Schutzpflicht) e dever de adequação do legislador (Nachbesserungsvorbehalt). (cc) Apelo ao Legislador por "Falta de Evidência" da Ofensa Constitucional. III — O "Apelo ao Legislador" na Ordem Constitucional Alemã. IV — Consequências Jurídicas do Apelo ao Legislador. Bibliografia.

ABREVIATURAS

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
<i>Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen</i>	(Decisões do Tribunal Constitucional Alemão) — o primeiro número refere-se ao volume; o segundo às páginas.
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblatt
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EUGrZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
VVDStRL —	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
RGZ	Reichsgerichtszeitschrift

I — Introdução

Há muito não se limita o *Bundesverfassungsgericht* a declarar, simplesmente, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei. A par dessas técnicas clássicas de decisão e do especial significado emprestado à *interpretação conforme à Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*)¹ a Corte Constitucional alemã desenvolveu determinadas variantes de decisões que conferem maior relevo à eterna discussão sobre o binômio "*direito e política*". Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou *ainda* inconstitucional e exorta o legislador a que proceda — às vezes dentro de determinado prazo — à correção ou à adequação dessa

1 Em virtude de sua flexibilidade, a "interpretação conforme à Constituição" assume particular relevância na prática do *Bundesverfassungsgericht*. A sua utilização é justificada com fundamento na unidade do ordenamento jurídico (*Einheit der Rechtsordnung*) e no princípio da conservação da norma, que recomenda o respeito à vontade do legislador. A sua qualificação dogmática não é pacífica. Significativa parcela da doutrina defende a sua caracterização como simples caso de *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, uma vez que, normalmente, acarreta exclusão de algumas das possíveis interpretações da norma, reduzindo o seu âmbito de aplicação (*Cf. Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlin, 1973, p. 108; Moench, *Verfassungswidrigen Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977, p. 19).

“situação ainda constitucional”² (*Appellentscheidung*). Em outros casos, cinge-se o Tribunal a constatar a inconstitucionalidade da lei sem declarar a sua nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*).³

2. Essas diferentes formas de decisões revelam uma peculiaridade da jurisdição constitucional alemã. Em nenhum outro sistema de controle jurisdicional de normas, seja ele *difuso* ou *concentrado*, logra-se constatar a utilização de tão ampla gama de técnicas de decisão.⁴

3. Tal diversidade expressa o papel singular exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* no sistema constitucional alemão. A ampla competência que lhe foi outorgada pela Lei Fundamental (arts. 93, 18, 21, parágrafo 2.º, 41

2 BVerfGE 7, 282; 16, 130; 21, 12 (42); 25, 167; Cf. dentre outros, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 132; Zeidler, Wolfgang, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen*, EuGRZ, 1988, p. 207 (210 s.); Pestalozza, Christian, “Noch verfassungsmässige” und “bloss verfassungswidrige” Rechtslagen, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, 1976, v. 1, p. 520 (540); Schulte, Martin, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DVBl. 1988, p. 1200 s.

3 Cf. dentre outros, BVerfGE 6, 246; 6, 282, 7, 320; 13, 248; 18, 257; 26, 79; 26, 100; 26, 163; 28, 227; 28, 324; 29, 58; 29, 71; 30, 227; 30, 292; 31, 1; 31, 229; 31, 275; 32, 173; 32, 199; 32, 365; 33, 90; 33, 106; 33, 303; 34, 9; 34, 71; 35, 79; 36, 146; 37, 154; 37, 217; 37, 342; 38, 2; 38, 41; 38, 61; 38, 213; 39, 316; 40, 196; 40, 298; 42, 176; 43, 58; 43, 242; 45, 104; 45, 376; 46, 97; 48, 64; 48, 227; 48, 327; V. também, Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 107 s.; Zeidler, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen*, EuGRZ, 1988, p. 207 (313). Originariamente, a Lei do *Bundesverfassungsgericht* contemplava apenas duas formas de decisão nos processos de controle de normas: o Tribunal deveria declarar a constitucionalidade ou a nulidade da lei (§ 78). Somente em 1970, a “declaração de inconstitucionalidade” sem a consequência da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*) foi incorporada ao § 31, (2), 2º e 3º períodos e ao § 79, (1), da referida lei.

4 A Corte Constitucional austríaca detém ampla margem de *discrição* para *dispor* sobre as consequências jurídicas de suas decisões. Ela tanto pode estabelecer que a lei não é mais aplicável a outros processos ainda não cobertos pela coisa julgada (Constituição da Áustria, art. 140, parágrafo 7º, 2º período), ou fixar prazo de até um ano, dentro do qual se mostra legítima a aplicação da lei. (Art. 140, parágrafos 5º e 7º). Essa possibilidade de *dispor* sobre as consequências jurídicas da decisão tornou dispensável a adoção de outras técnicas de decisão no direito austríaco (Cf. Korinek, Karl, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, VVDStRL (Publicação da Associação Alemã dos Professores de Direito Público) nº 39, p. 38/39; Oberndorfer, Peter, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, Europäische Grundrechtszeitschrift (EUGrZ)*, 1988, p. 193 (203). O modelo americano — restrito ao caso concreto, — não se afigura compatível, em princípio, com essas novas técnicas de decisão. Todavia, em tempos mais recentes, pode-se identificar, nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências editadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas. Caso as autoridades legislativas ou administrativas não cumpram o estabelecido no julgado, os tribunais podem assumir

(Continua)

parágrafo 2.º, 61 parágrafos 1.º e 2.º, 84 parágrafo 4.º, 115 "h", parágrafo 1.º, a *força de lei* (*Gesetzeskraft*) das decisões proferidas nos processos de controle de normas (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31 (2), o *efeito vinculante* (*Bindungswirkung*) das decisões para os órgãos constitucionais e autoridades administrativas (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31 (1)),⁶

(Continuação da nota 4)

a responsabilidade pela execução do julgado. Essa jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos no Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial nas escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown vs. Board of Education* (347 US 483 (1954) e 439 US 204 (1955) e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (*v. Bounds et al. vs. Smith et al.*, 430 US 817; reproduzido, parcialmente, in: *Europäischen Grundrechtszeitschrift*, 1977, p. 509 s.) (Cf. a proposta, Seibert, *in: Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, Bericht über Vortrags- und Diskussionsabend der Deutsch-amerikanischen Juristenvereinigung, Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1978, p. 384 (386).

5 A constitucionalidade de uma norma pode ser examinada pelo *Bundesverfassungsgericht*: (a) no processo de controle abstrato de normas (Lei Fundamental, art. 93, I, n.º 2), a requerimento do Governo Federal, de um Governo Estadual, ou de um terço dos membros do Parlamento Federal; (b) no processo de controle concreto de normas, mediante provocação de juiz ou tribunal que reputa inconstitucional a lei a ser aplicada a um caso concreto (art. 100 parágrafo 1º, da Lei Fundamental) ou através de (c) "recurso constitucional" (*Verfassungsbeschwerde*), interposto contra *decisão judicial*, eventualmente lesiva dos direitos fundamentais ou ato normativo dotado de eficácia imediata, (art. 93 I, 4º da Lei Fundamental). A decisão do Tribunal possui, no controle de normas, eficácia *erga omnes* ou, tal como formulado na Lei do *Bundesverfassungsgericht*, "força de lei". Essa *eficácia geral*, prevista inicialmente na Lei Fundamental (art. 94, parágrafo 2º), já havia sido contemplada no art. 3º (3), da Lei de 8-4-1920, que disciplinou o processo de controle abstrato de leis estaduais, consagrado pela Constituição de Weimar (art. 13, parágrafo 2º). Segundo o entendimento então dominante, além de retirar a lei do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes*, a decisão proferida nesse processo de controle abstrato continha uma interpretação autêntica do direito federal (Cf. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 1930, p. 107, Jullinek, *Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts, VVDStRL 2* (1925), p. 43). Em outros termos, deixava-se assente que o direito federal não poderia tolerar disposição idêntica ou semelhante constante do direito de outro *Land* ou do direito do Estado-Membro cuja disposição tivera a sua inconstitucionalidade reconhecida (Jullinek, *op. cit.*, p. 43). Esse *efeito vinculante* amplo não era aceito por Triepel. A *força de lei* abrangia, na sua opinião, somente a parte dispositiva, publicada no *Diário Oficial*. Disposições idênticas constantes do direito de outros Estados-Membros, bem como a norma nova editada pelo Estado que teve o seu preceito censurado não estariam por ele abrangidas. (Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern*, (reimpressão), 1966, pp. 112-113). Essa polémica exerceu influência sobre a nova ordem instituída pela Lei Fundamental de 1949. Como assinalado, a Lei Fundamental autorizou o legislador a estabelecer os casos nos quais as decisões do *Bundesverfassungsgericht* poderiam ser dotadas de "força de lei" (*Gesetzeskraft*) (art. 94, parágrafo 2º). Segundo o disposto no § 31 (2), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, são dotadas de força de lei: (1) as decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto de normas, (2) nos pro-

(Continua)

e a inequívoca autoridade de que goza o Tribunal emprestam ao *Bundesverfassungsgericht* considerável influência na conformação da própria realidade político-social da República Federal da Alemanha.⁶

4. Essa influência não se limita às questões submetidas diretamente à apreciação do Tribunal. Ao contrário, nota-se uma forte tendência das forças políticas de adaptarem-se ao entendimento já manifestado pelo Tribunal. Essa tendência atribui invulgar *eficácia prévia* (*Vorwirkung*) às suas decisões.⁷ Essa *eficácia prévia* revela-se sobretudo na tendência demonstrada pelo Parlamento de positivar as decisões, ou até mesmo as recomendações oriundas da Corte Constitucional.⁸ Muitas iniciativas do legislador são determinadas por decisões proferidas pelo *Bundesverfassungsgericht*, como se pode constatar nas próprias exposições de motivos de alguns projetos de lei.⁹ Nas discussões parlamentares, evidencia-se, não raras vezes,

(Continuação da nota 5)

cessos de qualificação de normas, destinados a aferir a compatibilidade de norma pré-constitucional com direito federal (art. 126 LF); (3) nos processos de verificação de normas destinados a aferir se determinada norma de Direito Internacional Público integra o direito federal (art. 25 c/c art. 100 (2) LF). A parte dispositiva das decisões proferidas nesses processos deve ser publicada no *Diário Oficial da União* (*Bundesgesetzblatt*) (Lei do *Bundesverfassungsgericht*, § 31 (2), 2ª parte). O legislador federal previu, ademais, no § 31 (1), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, que as decisões da Corte Constitucional têm efeito vinculante para todos os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como para todos os Tribunais e órgãos administrativos. Segundo a jurisprudência do Tribunal, o efeito vinculante abrange não só a parte dispositiva, mas também os "motivos determinantes" da decisão (*tragende Gründe*) (BVerfGE 1, 14 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (87); 40, 88 (93)). Esse entendimento amplia a eficácia da decisão do Tribunal, impondo aos diferentes órgãos estatais o dever de observar a interpretação da Constituição fixada pelo Tribunal. No caso de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o efeito vinculante dos motivos determinantes proíbe não só a edição de norma de teor idêntico ou semelhante pelo ente político que teve a lei declarada inconstitucional, mas veda também a promulgação por outros entes políticos de "normas paralelas" (Cf. Pestalozza, *Christian, Verfassungsprozessrecht*, Munique, 1982, p. 171).

6 Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, Berlim, 1985, pp. 11-12; Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1976, p. 22.

7 Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, p. 16; Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, 1983, pp. 51 s.

8 Cf., a propósito, Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, p. 16; Landfried, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, 1983, pp. 51 s.

9 Cf., v.g. Projeto de reforma da lei de proteção de informações (*Datenschutzgesetz*), que, na sua justificação, enfatiza a necessidade das alterações por força da decisão proferida pelo *Bundesverfassungsgericht* sobre a Lei do Censo, de 1981 (BVerfGE 65, 1, pp. 3 s.).

a preocupação de realizar as pretendidas reformas legislativas em consonância com a efetiva ou suposta orientação do Tribunal, como demonstram as tentativas de identificar, antecipadamente, a eventual decisão do Tribunal através da solicitação de pareceres de especialistas e da realização das "audiências públicas".¹⁰

5. A preeminente posição assumida pelo *Bundesverfassungsgericht* no sistema político-constitucional da República Federal da Alemanha traduz séria mudança na sistemática tradicional de divisão de poderes.¹¹ Não se trata de um desenvolvimento casual ou aleatório, mas da conseqüente aplicação de um sistema de controle jurídico do poder político.¹²

6. A influência dos grupos de pressão sobre o legislador, o déficit de racionalidade identificado no processo legislativo e a possibilidade de que as decisões majoritárias do corpo legislativo venham a lesar direitos de minorias constituem elementos denotadores de uma mudança do papel desempenhado pela *lei* nos modernos sistemas constitucionais.¹³ A existência de órgão judicial especial, incumbido de exercer o controle constitucional, impõe aos órgãos submetidos a esse sistema de controle um "dever de racionalidade" (*Zwang der Rationalität*) na concretização da Constituição. Como acentua Starck, se se entender a democracia como representação funcionalmente legitimada e controlada, a jurisdição constitucional, longe de configurar um corpo estranho, expressaria essa idéia fundamental de controle.¹⁴

10 A título de exemplo, considere-se a discussão travada por ocasião da apresentação do projeto de lei de co-gestão paritária (*paritätische Mitbestimmung*), aprovado em março de 1976, pela coalizão social-liberal (Governo do Chanceler Schmidt). Da audiência pública realizada em dezembro de 1974, participaram os seguintes professores de direito: *Thomas Raiser, Rupert Scholz, Konrad Duden, Ernst-Joachim Mestmäcker, Peter Ralsch, Hans Heinrich Rupp, Franz Jürgen Säcker, Spiros Simitis, Ekkehart Stein, Klaus Stern e Hans Zacker*. Seis desses especialistas consideraram constitucional o projeto, enquanto outros cinco sustentaram a sua inconstitucionalidade. Essa situação levou o Professor Ralsch a afirmar que todas as opiniões possíveis faziam-se representar naquela audiência, o que dava "uma imagem adequada da forma como se pode praticar a Ciência Jurídica" (Cf. Landfried, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, pp. 52 s. (55)). A questão constitucional acabou sendo submetida, posteriormente, ao *Bundesverfassungsgericht*, que reconheceu a constitucionalidade das disposições impugnadas (BVerfGE 50, 290 (322)).

11 Cf. sobre o assunto Kimminich, Otto, "A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes", *Revista de Informação Legislativa* nº 105, (1990), pp. 283 (292 s).

12 Confira, a propósito, Marcic, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1967, p. 342.

13 Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, 1976, pp. 22-23; Cf. também Marcic, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1967, pp. 336 s.

14 Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, 1976, p. 11.

7. Podê-se afirmar, portanto, que, ao compensar eventuais debilidades identificadas no processo legislativo, a jurisdição constitucional não está usurpando funções tradicionais da representação popular, mas apenas exercendo as atribuições que lhe foram confiadas dentro desse novo modelo constitucional.¹⁵

8. Nesse contexto, o desenvolvimento pelo *Bundesverfassungsgericht* de novas formas de decisão expressa o propósito de cumprir, efetivamente, o complexo mister de órgão central de controle jurídico. Não se pode olvidar que a função de Guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*) exige que contemple, nas suas decisões, a necessidade de preservação da ordem constitucional que deve ser protegida.¹⁶ É que, enquanto órgão constitucional que participa na formação da vontade do Estado, a Corte Constitucional está obrigada a considerar as conseqüências jurídicas de suas decisões para a sociedade estatal, evitando orientar-se, simploriamente, pelo tema *fiat justitia pereat mundus*.¹⁷

9. Acentue-se que a preocupação com as conseqüências jurídicas das decisões proferidas no juízo de constitucionalidade já se mostrava presente na literatura jurídica da época de Weimar. Assim, sustentava Triepel, no conhecido *Referat* sobre “a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional”, que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários.¹⁸ “Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...) de condenação, de cassação de atos estatais — dizia Triepel — mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas”.¹⁹

10. Quase simultaneamente esforçava-se Walter Jellinek para reduzir o conteúdo normativo do art. 13, § 2.º, da Constituição de Weimar,²⁰ afir-

15 Cf. sobre o assunto Kimminich, Otto, “A jurisdição constitucional” e o princípio da divisão de poderes, *Revista de Informação Legislativa* nº 105, (1990), pp. 283 s.

16 Cf. Rupp v. Brünneck, Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, pp. 355 (365).

17 Rupp v. Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? in: *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, pp. 365-366 segs.

18 Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL*, vol. 5 (1929), p. 26.

19 Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL*, vol. 5 (1929) p. 26.

20 Art. 13, parágrafo 2º, da Constituição de Weimar: “As autoridades federais ou estaduais competentes poderão, na forma da lei federal, provocar a decisão de um Tribunal do Reich, em caso de dúvida ou controvérsia sobre a compatibilidade de disposição do direito estadual com o direito federal” (Bestehen

(Continua)

mando que o Reichsgericht somente poderia conhecer de uma argüição de inconstitucionalidade, no processo de controle abstrato de normas estaduais, se a declaração de nulidade da lei estadual se mostrasse apta a resolver a controvérsia.²¹ Esse seria o caso se, v.g., a norma declarada inconstitucional pudesse ser substituída por outra norma de clareza inquestionável. Ao contrário, não deveria ser declarada a inconstitucionalidade se pudesse advir uma lacuna a ser colmatada pelo legislador estadual. Assim, o *Reichsgericht* estaria impedido de declarar, na sua opinião, a inconstitucionalidade de uma lei estadual disciplinadora do processo eleitoral que se afigurasse incompatível com o princípio da proporcionalidade fixado no art. 17 da Constituição, pois “teria como consequência o caos, o Estado não daria de uma lei eleitoral”.²²

11. Como já enunciado, essas reflexões ganharam novo desenvolvimento sob o império da Constituição de Bonn (Lei Fundamental = Grundgesetz). Ao lado do apelo ao legislador e da interpretação conforme a Constituição, vale-se a Corte Constitucional também da “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade” (Unvereinbarkeitserklärung). Essa última variante, desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional, declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade — foi incorporada à Lei do Bundesverfassungsgericht em 1970 (§§ 31, (2), 2.º e 3.º períodos e 79, (1)). A pronúncia de inconstitucionalidade perde, nesse caso, o caráter cassatório, assumindo um *conteúdo condenatório* (*verpflichtend* ou *obligatorisch*) ou, se quisermos utilizar a terminologia dominante no Brasil, um *caráter mandamental*. O legislador está obrigado a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade, ficando suspensa a aplicação da lei censurada (*suspensão de aplicação* ou *Anwendungssperre*).

(Continuação da nota 20)

Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landescentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines Gerichtshofes des Reichs anrufen). As leis federais de 30-3-1920 e de 8-4-1920 outorgaram competência para conhecer dessas ações, respectivamente, ao Tribunal de Finanças (*Finanzhof*), no caso de aferição sobre compatibilidade entre o direito estadual e o direito federal em matéria tributário-financeira, e, nos demais casos, ao *Reichsgericht*. As decisões dessas Cortes eram dotadas de força de lei (§ 3º nº 3, da Lei de 8-4-1920 (cf. a propósito, Triepel, *Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern* (reimpressão), 1965, pp. 44, 67 e 112). Deve-se acentuar que esse instituto da Constituição de Weimar (1919), embora limitado ao controle do direito estadual, constitui a verdadeira matriz do controle abstrato de normas nos tempos modernos. Modelo semelhante veio a ser adotado pela Constituição austríaca de 1º-10-1920 (art. 140 (1)).

21 Jullinek, Walter, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, Leipzig e Berlin, 3ª ed., 1927, p. 27; Cf. também Fiad, Wolfgang, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution*, Heidelberg, 1929, p. 33.

22 Jullinek, Walter, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, 1927, p. 27.

12. A prática do *Bundesverfassungsgericht* revela, ainda, a ampla utilização de *obiter dicta*²³ com recomendações dirigidas ao legislador. A utilização de *obiter dicta* dá-se não só nas decisões confirmatórias da constitucionalidade da lei (*sentença de rejeição da inconstitucionalidade*),²⁴ mas também na *interpretação conforme a Constituição*,²⁵ na declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarkeitserklärung*), e até mesmo nas decisões de índole *cassatória* (declaração de nulidade).²⁶

13. Feitas essas considerações, imprescindíveis à compreensão do papel desempenhado pelo *Bundesverfassungsgericht* no sistema constitucional alemão, passaremos a analisar o significado das chamadas *Appellentscheidungen* na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão.

II — O “Apelo ao Legislador” na Prática do *Bundesverfassungsgericht*

a) Considerações preliminares

14. Tanto quanto é possível precisar, a decisão proferida em 4 de maio de 1954 sobre o Estatuto do Sarre (*Saarstatut*)²⁷ constitui o ponto de partida para o desenvolvimento das *Appellentscheidungen* na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*. Ficou assente, no referido julgado, que as providências legislativas empreendidas com vistas a superar o “estatuto de ocupação” — ainda que se mostrassem imperfeitas ou incompletas — contribuíam para uma gradual compatibilização da situação jurídica com a Lei Fundamental e deveriam, por isso, ser consideradas *ainda constitucionais* (*noch verfassungsgemäss*).²⁸

23 Cf. a propósito, Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Munique, 1982, pp. 397 s.; Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, p. 125. Sobre a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* “coisa dita de passagem”, (acessorialmente) v. Rónai, Paulo “não perca o seu latim”, Rio de Janeiro, 1984, isto é, entre os fundamentos essenciais à prolação do julgado e aquelas considerações que integram os fundamentos da decisão, mas que são perfeitamente dispensáveis, v. Schlüter, Wilfried, *Das Obiter Dictum*, Munique, 1973, pp. 77 s.

24 BVerfGE 40, 296 (329).

25 BVerfGE 36,1.

26 BVerfGE 39, 1 (44 s.).

27 Nessa decisão, formulou o *Bundesverfassungsgericht* a chamada “Teoria da Aproximação” (*Annäherungslehre*), que recomenda ao Tribunal abster-se de pronunciar a inconstitucionalidade nos casos em que se reconhece estar o legislador empreendendo esforços para superar, gradualmente, o estado de inconstitucionalidade.

28 BVerfGE 4, 157 (177-178); Cf., também Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 181; Pestalozza, “Noch verfassungsmässige” und “bloss verfassungswidrige” Rechtslagen, 1976, 547 s. Crítico, a propósito, Lerche, Peter, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der “Annäherung” an der Verfassungsgewollten Zustand*, DöV 1971, pp. 721 s.

15. A expressão *Appellentscheidung* foi utilizada, porém, pela primeira vez, no conhecido escrito de Rupp v. Brünneck, de 1970, no qual a antiga juíza da Corte Constitucional defendeu a pronúncia, em determinados casos, da *sentença de rejeição de inconstitucionalidade* vinculada a uma conclamação ao legislador para que empreendesse as medidas corretivas necessárias.²⁹

b) A *Appellentscheidung* e a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (unvereinbarkeitserklärung)

16. A própria designação *Appellentscheidung* (decisão de apelo; apelo ao legislador) não expressa conceito unívoco da doutrina. Designa-se *Appellentscheidung* a decisão na qual o Tribunal reconhece a situação como *ainda constitucional*, anunciando a eventual conversão desse estado de *constitucionalidade imperfeita* numa situação de *completa inconstitucionalidade*.³⁰ Alguns autores utilizam a denominação *Appellentscheidung* também para designar as decisões do *Bundesverfassungsgericht* que declaram a inconstitucionalidade da norma sem, no entanto, pronunciar a sua nulidade.³¹

17. Nem sempre afigura-se possível diferenciar, com precisão, a *Appellentscheidung* da declaração de *inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* (*Unvereinbarkeitserklärung*).³² A simples determinação para que o legislador regule determinada matéria dentro de certo prazo não expressa

29 Rupp v. Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? in: Festschrift für Gerbard Müller, 1970, pp. 355 s.; Cf. também, Schefold-Leske, Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig aber nicht nichtig, NJW 1973, pp. 1.297 (1.299): Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, pp. 37 s.; Maurer, Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlin, 1974, p. 363; Pestalozza, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Vol. I, pp. 519 (540); Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977, des Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, p. 70.

30 Ipsen, Jörn Rechtsfolgen, der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 132; Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige Rechtslagen", 1976, p. 540; Schulte, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1988, pp. 1.200 (1.201).

31 Schefold/Leske, Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig — aber nicht nichtig, NJW, 1973, pp. 1.297 (1.299); Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, p. 37.

32 Cf., a propósito Sachs, Michael, Tenorierung bei Normenkontrolle des Bundesverfassungsgerichts, DöV, 1982, pp. 23 (27 und 30). Diferentemente do apelo ao legislador, a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes* (*Gesetzeskraft*) e força vinculante (*Bindungswirkung*) para todos os órgãos da União e dos Estados, assim como para todos os Tribunais e autoridades administrativas (§ 31, parágrafo 1º, da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) (Cf. a propósito Maunz, Theodor, Das Verfassungswidrige Gesetz, BayVBl., 1980, pp. 513 (518), também *infra* IV.

característica exclusiva da *Appellentscheidung*, uma vez que também da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade constam*, não raras vezes, recomendações ou exortações expressas para que o legislador promulgue uma nova lei.³³ Também a possibilidade de eventual aplicação da lei censurada não se afigura suficiente para fixar uma decisiva distinção entre a *Appellentscheidung* e a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, pois, consoante a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, “em casos excepcionais, podem ser aplicados, parcial ou totalmente, os dispositivos inconstitucionais (...)”.³⁴

18. Pode-se assentar, porém, que, embora subsistam dúvidas na doutrina sobre os efeitos jurídicos da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (Unvereinbarkeitserklärung)*,³⁵ é certo que ela contém um juízo de desvalor em relação à norma questionada, o que obriga o legislador a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade,³⁶ nos termos dos arts. 1.º, parágrafo 3.º (vinculação dos

33 Zeidler, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, pp. 207 (214).

34 BVerfGE 61, 319 (356); Cf. também Maurer, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, p. 347.

35 A discussão doutrinária sobre o significado da “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade” assenta-se, principalmente, nas teorias da nulidade e da anulabilidade da lei inconstitucional. Enquanto significativa corrente doutrinária sustenta que a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* traz insita uma proibição de aplicação da lei questionada (*Anwendungssperre*) (Cf. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, pp. 218-219; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, pp. 172-173; Heussner, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, pp. 257 (258), Hein. Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988, p. 181), alguns autores, influenciados pela teoria da anulabilidade (*Vernichtbarkeitslehre*), sustentam a plena aplicabilidade da norma declarada inconstitucional até a sua revogação pelo Poder Legislativo (Söhn, Hartmut, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, Frankfurt am Main, 1974, p. 171; Moench, Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, 1977, p. 172). Na prática, embora o *Bundesverfassungsgericht* reconheça que essa decisão deva acarretar a proibição de aplicação da lei inconstitucional, admite-se, em casos especiais, a aplicação temporária da lei inconstitucional para evitar as situações de vácuo legislativo ou de eventual caos jurídico (BVerfGE 55, 100 (110)).

36 Segundo o entendimento praticamente unânime da doutrina constitucional alemã, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade tem caráter mandamental (*verpflichtend*), obrigando o legislador a editar, com a urgência devida e se for necessário e possível, com caráter retroativo, as medidas legislativas reclamadas. Esse entendimento mostra que, diferentemente da declaração de nulidade, a simples pronúncia de inconstitucionalidade não retira a lei do ordenamento jurídico. Daí ter a jurisprudência do Tribunal Constitucional consagrado orientação segundo a qual a pronúncia de inconstitucionalidade importa na suspensão de aplicação da lei questionada (*Anwendungssperre*) (Cf. acima, nota 35). Em estreita vinculação com a “suspensão de aplicação”, identifica-se

(Continua)

órgãos estatais aos direitos fundamentais) e 20, parágrafo 3.º (garantia do Estado de Direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Constituição), da Lei Fundamental.

19. Deve-se ressaltar, portanto, que, enquanto a *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* (*Unvereinbarkeitserklärung*) contém uma declaração de inconstitucionalidade, o apelo ao legislador configura peculiar *sentença de rejeição de inconstitucionalidade*.³⁷ Vê-se, pois, que o apelo ao legislador tem conteúdo preventivo, operando no "campo preliminar da patologia constitucional".³⁸ A *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade*, ao revés, tem caráter *mandamental*, obrigando o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade.³⁹

c) Tipos de *Appellentscheidungen*

20. As *Appellentscheidungen* formam uma constelação fortemente diferenciada na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, o que dificulta a sistematização mais precisa dessa categoria. Esses diferentes tipos podem ser identificados também sob uma forma mista. Não obstante, afigura-se possível designar, com alguma segurança, pelo menos três grupos típicos dessa categoria:

(1) *Apelo ao Legislador* em virtude de mudança nas relações fáticas ou jurídicas;

(2) *Apelo ao Legislador* em virtude de descumprimento de dever constitucional de legislar;

(Continuação da nota 36)

uma outra consequência jurídica desse tipo de declaração de inconstitucionalidade: ela deve ensejar a suspensão dos processos judiciais ou administrativos até a edição do ato legislativo requerido, permitindo, sobretudo nos casos de ofensa ao princípio da isonomia, que os eventuais prejudicados sejam contemplados na nova regulamentação (Maurer, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, pp. 345 (361 s.); Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, p. 212; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, pp. 172 s.; Hein, Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden, 1988, pp. 168 s.). Em casos excepcionais, o Tribunal tem determinado a aplicação da lei declarada inconstitucional (Cf. também a nota nº 35).

37 Schulte, Martin, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, BVBl, 1988, 1.200 (1.201). O Bundesverfassungsgericht tem reconhecido, nos últimos tempos, que, nos casos de declaração de *inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* — particularmente na hipótese de afronta ao princípio da igualdade —, deverá o legislador, em muitos casos, emprestar eficácia retroativa às novas disposições (BVerfGE 55, 100).

38 Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 268.

39 Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden, 1980, pp. 268-269.

(3) *Apelo ao Legislador* em virtude da falta de “evidência” de inconstitucionalidade.

(aa) *O Apelo ao Legislador em virtude de mudanças das relações jurídicas ou fáticas*

21. O *apelo ao legislador* em virtude de uma mudança das relações fáticas ou jurídicas forma a mais importante categoria dessa modalidade de decisão na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*.⁴⁰ Alguns exemplos colhidos na jurisprudência do Tribunal hão de contribuir para esclarecer esse tipo de *Appellentscheidung*.

(aaa) *Divisão dos Distritos Eleitorais*

22. A decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 22 de maio de 1963 revela exemplo clássico do *processo de inconstitucionalização (Verfassungswidrigwerden)* em virtude de uma mudança nas relações fáticas. Ressaltou-se, nesse acórdão, que, em virtude da significativa alteração na estrutura demográfica das diferentes unidades federadas, a divisão dos distritos eleitorais, realizada em 1949 e preservada nas sucessivas leis eleitorais, não mais atendia às exigências demandadas do princípio de igualdade eleitoral⁴¹ (Lei Fundamental, art. 38). O Tribunal absteve-se, porém, de pronunciar a inconstitucionalidade sob a alegação de que tal situação não podia ser constatada na data da promulgação da lei (setembro de 1961).⁴² O *Bundesverfassungsgericht* logrou infirmar, assim, a ofensa ao art. 38 da Lei Fundamental. Conclamou-se, porém, o legislador “a empreender as medidas necessárias à modificação dos distritos eleitorais, com a redução da discrepância existente para patamares toleráveis”.

23. Essa exortação do Tribunal foi atendida com a promulgação da Lei de 14 de fevereiro de 1964 (*Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes* de 14 de fevereiro de 1964).

24. Assinale-se que esse caso estava marcado por peculiar dilema. Caso o *Bundesverfassungsgericht* tivesse declarado a inconstitucionalidade da lei que disciplinava a divisão dos distritos eleitorais, ter-se-ia de reconhecer a invalidez das últimas eleições parlamentares e, por conseguinte, a ilegitimidade do Parlamento e do próprio Governo. Nessa hipótese, inexistiria órgão com legitimidade para promulgar uma nova lei eleitoral, uma vez que a legislatura anterior já se havia encerrado (Lei Fundamental, art. 39, parágrafo 1.º, 2.º período) e a disposição sobre o *estado de necessidade legisla-*

40 O *Bundesverfassungsgericht* e a doutrina constitucional moderna admitem que, de alguma forma, o conteúdo normativo pode sofrer mudanças, fazendo com que, apesar da subsistência do texto original, a norma nele contida adquira outro significado (cf. a propósito, Hesse, Konrad, *Grenze der Verfassungswandlung*, in: *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1984, pp. 29 (31).

41 BVerfGE 16, 130 s.

42 BVerfGE 16, 130 (141/142).

tiva (*Gesetzgebungsnotstand*) não se mostrava aplicável à situação em apreço (Lei Fundamental, art. 81).⁴³

(bbb) *Pensão previdenciária em virtude da morte do cônjuge do sexo feminino*

25. Cobra relevo ressaltar, todavia, que nem sempre o *processo de inconstitucionalização* baseia-se, de forma evidente, na mudança das relações fáticas.⁴⁴ Logra-se identificar, muitas vezes, notória *confusão* entre elementos fáticos e jurídicos.⁴⁵

26. As decisões do *Bundesverfassungsgericht* sobre a pensão previdenciária por morte do cônjuge do sexo feminino configuram clássico exemplo do processo de inconstitucionalização em virtude de mudança das relações fáticas e jurídicas (*Witwerrenten-Entscheidungen*).⁴⁶ Consoante o § 43, (1), da Lei de Seguridade, e do § 1.266 (1) do Regulamento da Previdência Social, o cônjuge do sexo masculino somente faria jus à pensão previdenciária se os ganhos da segurada fossem fundamentais para o sustento da família. Ao contrário, assegurava-se a pensão à viúva, independentemente de qualquer consideração sobre os ganhos auferidos pelo *segurado* para o sustento da família. Na primeira decisão (*erstes Witwerrenten-Urteil*), proferida em 24-7-63, reconheceu o Tribunal a constitucionalidade dessas disposições, com o fundamento de que apenas no caso da viúva poder-se-ia identificar uma perda de rendimentos suscetível de ser compensada economicamente.⁴⁷ O reduzido número de mulheres casadas entre a população economicamente ativa (1950, cerca de 7,5%) estava a indicar que o legislador não ultrapassara os limites de uma tipificação admissível.⁴⁸

27. Na segunda decisão, de 17 de dezembro de 1974, considerou o *Bundesverfassungsgericht* que as normas constantes do § 43, (1), da Lei de Seguridade, e do § 1.266, (1), do Regulamento de Previdência Social,

43 Rupp v. Brüneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, 1970, p. 372; Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 182; Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985, p. 211.

44 Bryde (*Verfassungsentwicklung*, p. 283) ressalta que, no processo de concretização e desenvolvimento da Constituição, as mudanças do *âmbito normativo* (*Regelungsbereich*) e as mudanças nas concepções valorativas estão indissociavelmente vinculadas, de forma que uma "mudança nas relações fáticas" influencia a valoração normativa e uma alteração das concepções valorativas não se opera sem que haja um motivo de ordem fática (cf., também, Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1988, pp. 154 s.).

45 Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 134.

46 Decisões de 24-7-63 e de 12-3-74, (BVerfGE 17, 1 e BVerfGE, 39, 169).

47 BVerfGE 17, 1 (19).

48 BVerfGE 17, 1 (23).

“ainda não eram inconstitucionais”. No entanto, o legislador estava obrigado a promulgar uma nova lei, porque as disposições em apreço estavam submetidas a notório *processo de inconstitucionalização*. É que, argumentava-se, no período 1950-1973, o número de mulheres casadas economicamente ativas havia quadruplicado.⁴⁹ Era possível constatar, ademais, uma significativa mudança da divisão de tarefas no âmbito da *relação conjugal*, suficiente, por si só, para reabrir a questão sobre a constitucionalidade dos preceitos impugnados.⁵⁰

28. A configuração de ofensa ao princípio da igualdade deveria ser infirmada (Lei Fundamental, art. 3.º, parágrafo 2.º), porque a mudança referida havia-se operado em grupos que ainda não tinham alcançado a idade para aposentadoria.

(ccc) *Tributação do Transporte de Carga de Longa Distância*

29. Nesse contexto, há de ser considerado o grupo de casos no qual o *Bundesverfassungsgericht*, embora reconhecesse que a regulamentação ainda se mostrava compatível com a Constituição, recomendava, expressamente, a adoção de medidas corretivas. É que se afigurava possível a configuração de afronta ao princípio da isonomia⁵¹ em virtude de mudanças na situação econômica ou social.

30. Os “recursos constitucionais” impugnavam o § 11, parágrafo 1.º n.º 2 b, da Lei de 30 de junho de 1958. O referido diploma fazia recair carga tributária mais pesada sobre o transporte de longo percurso do que aquela incidente sobre os demais ramos dessa atividade econômica.⁵² Essa decisão do legislador tinha por escopo não o aumento da receita tributária, mas o estabelecimento de condições equilibradas de concorrência com a Companhia Federal de Transportes Ferroviários (*Bundesbahn*).⁵³

49 BVerfGE 39, 169 (184).

50 BVerfGE 39, 169 (189).

51 Vgl. Zeidler, Wolfgang, *Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen*, EuGrZ 1988, pp. 207 (211).

52 Cf., a propósito, Krause-Palfner, Thilo, *Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen*, Diss., 1973, p. 35.

53 Na justificação do Ministério dos Transportes, de 9-7-1954, ficou assente: “constitui principal objetivo da política de transportes do Governo Federal a limitação do transporte de cargas de longa distância”. Também o Parecer da Comissão de Tributação e Finanças, de 12-3-1953, continha a seguinte conclusão: “concordou-se que as mudanças destinavam-se a reordenar o setor, não devendo ter conteúdo político-financeiro. A obtenção de receita não estava, portanto, em primeiro plano. Essas disposições deveriam assegurar idênticas condições básicas ao transporte ferroviário e rodoviário. Buscava-se, principalmente, restringir o transporte rodoviário de longo percurso (*Werkfernverkehr*)”. Citação, de acordo com BVerfGE, 16, 147 (161 e 171).

31. O *Bundesverfassungsgericht* teve de aferir a compatibilidade da legislação em apreço em face do art. 12 (*liberdade de exercício profissional — mormente em relação ao princípio da proporcionalidade*), bem como do art. 14, § 1.º (*propriedade*) e do art. 3.º, § 1.º, da Lei Fundamental (*igualdade*). Cumpria verificar se as mudanças operadas nesse ramo de atividade eram tão significativas a ponto de tornar inconstitucional a lei referida.

32. O Tribunal acentuou que, como se tratava de lei nova, não se afigurava possível proceder a uma rigorosa avaliação dos objetivos alcançados pelo legislador.⁵⁴ De resto, o próprio legislador, mostrava-se consciente da provisoriedade da medida.⁵⁵ Reconheceu-se, pois, a constitucionalidade da lei, nos seguintes termos:

“A tributação especial do transporte de carga de longo percurso, com base na Lei de Transporte de 1955, não é, pelo menos neste momento, inconstitucional.”⁵⁶

33. Segundo a orientação adotada pelo Tribunal, a rigorosa tributação a que estava submetido o transporte de carga de longo percurso *situava-se no limite do tolerável*.⁵⁷

(ddd) *A Práxis da Execução Penal: Mutação Constitucional*

34. Finalmente, cumpre mencionar os casos de mudança na concepção jurídica que podem produzir uma *mutação normativa* ou a *evolução na interpretação*, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária dominante, marcada por uma alternativa rigorosa entre *atos legítimos* ou *ilegítimos* (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um *processo de inconstitucionalização* (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*).⁵⁸ Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.⁵⁹

54 BVerfGE 16, 147 (161 s.).

55 BVerfGE 16, 147 (174 s., 182, 187).

56 BVerfGE 16, 147, Ementa (*Leitsatz*) n.º 4: “Die Sonderbesteuerung des Werkfernverkehrs aufgrund des Verkehrsgesetzes 1955 ist — jedenfalls zur Zeit — nicht verfassungswidrig”.

57 BVerfGE 16, 147 (187).

58 Ipsen, Jörn *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 137.

59. Ipsen, Jörn *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, p. 137.

35. O *Bundesverfassungsgericht* colocou em dúvida esse entendimento na decisão proferida sobre problemática da execução penal, como se logra depreender da seguinte passagem do acórdão:

“O constituinte contemplou, por ocasião da promulgação da Lei Fundamental, a situação tradicional da execução da pena, tal como resulta dos artigos 2, § 2.º, 2.º período, e 104, §§ 1.º e 2.º da Lei Fundamental, não existindo qualquer sinal de que ele partira da premissa de que o legislador haveria de editar uma lei imediatamente após a entrada em vigor da Lei Fundamental. Na apreciação da questão sobre o decurso de prazo razoável para o legislador disciplinar a matéria e, por conseguinte, sobre a configuração de ofensa à Constituição, deve-se considerar também que, até recentemente, admitia-se, com fundamento das *relações peculiares de poder (besondere Gewaltverhältnisse)*, que os direitos fundamentais do preso estavam submetidos a uma restrição geral decorrente das condições de execução da pena. Cuidar-se-ia de limitação implícita, que não precisava estar prevista expressamente em lei. Assinale-se, todavia, que, segundo a orientação que se contrapõe à corrente tradicional, a Lei Fundamental, enquanto ordenação objetiva de valores com ampla proteção dos direitos fundamentais, não pode admitir uma restrição *ipso jure* da proteção dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas. Essa corrente somente impôs-se após lento e gradual processo.”⁶⁰

36. Vê-se, pois, que, segundo a concepção tradicional, o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos presidiários mediante atos normativos secundários era considerada, inicialmente, compatível com a Lei Fundamental. A evolução do entendimento doutrinário e jurisprudencial — uma autêntica *mutação constitucional* — passava a exigir, no entanto, que qualquer restrição a esses direitos devesse ser estabelecida mediante expressa autorização legal.⁶¹

37. A especificidade da situação impunha, todavia, que se tolerassem, provisoriamente, as restrições aos direitos fundamentais dos presidiários, ainda que sem fundamento legal expresso. O legislador deveria emprestar nova disciplina à matéria em consonância com a orientação agora dominante sobre os direitos fundamentais.⁶²

(bb) *Inadimplemento de Dever Constitucional de Legislar*

38. O inadimplemento de *dever constitucional de legislar dá ensejo*, não raras vezes, à pronúncia da *Appellentscheidung*. O *Bundesverfassungsge-*

60 BVerfGE 33, 1 (12).

61 Crítico, a propósito, Starck, Anmerkung zum Strafvollzugsurteil, JZ, 1972, 360 (361).

62 BVerfGE 33, 1 (13).

richt reconhece, freqüentemente, que a omissão legislativa revela-se ainda constitucional (*noch verfassungsgemäss*), enfatizando o dever do legislador de promulgar as providências reclamadas.

39. O dever de legislar pode decorrer de expressa exigência constitucional (*Verfassungsauftrag; norma-tarefa*, na tradução proposta por Canotilho),⁶³ ou pode derivar do chamado *dever de proteção* (*Schutzpflicht*), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por terceiros.⁶⁴ O Tribunal tem identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o *dever geral de adequação* (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), que impõe ao legislador a obrigação de corrigir as conseqüências danosas ou perversas para os direitos fundamentais resultantes da aplicação da legislação existente.

40. A referência a alguns precedentes jurisprudenciais poderá ilustrar melhor o *apelo ao legislador* em virtude do inadimplemento de *dever constitucional de legislar*.

(aaa) *Revogação do Estatuto de Ocupação*

41. Tal como acentuado, os casos relativos à aplicação do *estatuto de ocupação* constituíram o ponto de partida para o desenvolvimento das *Appellentscheidungen* na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Na decisão de 4 de abril de 1955, relativa à constitucionalidade da lei federal de 23 de outubro de 1954, que aprovava o Tratado sobre Sarre (*Saarstaatut*), formulou o *Bundesverfassungsgericht* sua famosa *Teoria da Aproximação* (*Annäherungstheorie*).⁶⁵ Afigura-se digna de registro a síntese dessa orientação, tal como formulada no acórdão, *verbis*:

“Afasta-se a declaração de inconstitucionalidade, porque a situação criada pelo Tratado está mais próxima do estabelecido

63 Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1986, p. 135.

64 A jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* tem reconhecido que os direitos fundamentais asseguram ao indivíduo não apenas *direito de defesa* contra intervenção do Estado (*Abwehrrecht*) e eventual direito a prestações positivas (*Leistungsrecht*), mas também um direito de proteção contra lesões ou ameaças a valores ou bens (vida, saúde, liberdade, propriedade, etc.) provenientes da ação de terceiros. A ameaça de morte por seqüestradores, a utilização de instalações perigosas, ou o tratamento conferido a cidadão alemão ou estrangeiro, ao arropio do Direito Internacional Público, são exemplos de situações que exigem uma conduta ativa do Estado — no plano legislativo judicial ou administrativo — para garantir ou proteger direitos fundamentais (cf., Klein, Eckart, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW, 1989, pp. 1.633 s.).

65 Cf., a propósito, Lerche, Peter, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der “Annäherung” an den verfassungsgewollten Zustand*, DÖV 1971, p. 721.

na Lei Fundamental do que aquela anteriormente em vigor. Se se pretendesse uma disciplina plenamente compatível com a Lei Fundamental, ter-se-ia a consagração de um rigorismo constitucional que se deixa resumir pela seguinte fórmula: “a situação ruim deve subsistir se o melhor não puder ser alcançado”. Essa orientação não corresponde à vontade da Lei Fundamental.”⁶⁶

42. Esse entendimento foi confirmado e concretizado em outras decisões proferidas sobre a legitimidade das leis que restringiam a atividade econômica (*Zwangswirtschaft*). Enfatizou-se então que cassar ou simplesmente revogar esse complexo normativo daria ensejo a uma situação de caos e que o legislador não disporia de condições para uma imediata substituição do estatuto vigente.⁶⁷

43. É fácil de ver que os casos pertinentes ao “estatuto de ocupação” e à legitimidade do direito pré-constitucional não se deixavam tipificar, simplesmente, como “situações ainda constitucionais”. Tratava-se, em verdade, de situações incompatíveis com a Lei Fundamental. A decretação de sua nulidade — consequência inevitável do reconhecimento da inconstitucionalidade, segundo a concepção então vigorante — poderia trazer, porém, consequências danosas ou indesejáveis.⁶⁸

(bbb) *Igualdade dos Filhos Havidos Fora do Casamento*

44. O art. 6.º, § 5.º, da Lei Fundamental,⁶⁹ estabelece que o legislador deve assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas de desenvolvimento físico, espiritual e social àquelas vigentes para os filhos legítimos. Ao apreciar “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) interposto contra decisão do Tribunal Estadual de Kiel, considerou a Corte Constitucional que ainda não havia decorrido o “prazo razoável” assegurado ao Parlamento para o cumprimento do dever constitucional de legislar.⁷⁰ Este expirar-se-ia com o término daquela legislatura.⁷¹ Não obstante, como se tratava de norma constitucional bastante

66 BVerfGE 4, 157.

67 BVerfGE 9, 63 (72); 12, 281 (292); 15, 337 (342, 346, 351 s.); cf. também Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 72; Schneider, Bernd-Jürgen, *Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze*, 1988, pp. 214 s.

68 Esses casos compõem, hodiernamente, um dos tipos da chamada *declaração de inconstitucionalidade sem a consequência da nulidade* (*Unverträglichkeitserklärung*). Cf. supra, II, “b”.

69 Lei Fundamental, art. 6, parágrafo 5º: “a lei deve assegurar ao filho ilegítimo condições de desenvolvimento físico, espiritual e social idênticas àquelas outorgadas aos filhos legítimos.”

70 BVerfGE 25, 167 (187).

71 BVerfGE 25, 167 (187).

precisa, enfatizou o *Bundesverfassungsgericht* que, configurada a mora do legislador, poderiam os Juízes e Tribunais aplicá-la diretamente.

45. Anteriormente, o Tribunal adotara orientação semelhante. Tratava-se de disposição constitucional que admitia a subsistência do direito ordinário contrário ao postulado da igualdade até a sua devida adequação a esse princípio. Esta deveria realizar-se, porém, até 31 de março de 1953 (Lei Fundamental, art. 117, § 1.º). Após o decurso desse prazo, passaram alguns Tribunais a aplicar diretamente o princípio da igualdade, até que fosse promulgada a legislação requerida. O *Bundesverfassungsgericht* considerou correta essa orientação.⁷²

(ccc) *Dever de proteção (Schutzpflicht) e dever de adequação do legislador (Nachbesserungsvorbehalt)*

46. No âmbito do *dever de proteção do legislador (Schutzpflicht)*, vem assumindo relevância peculiar constelação, concernente às matérias complexas, que requerem uma constante aferição para eventual correção ou adequação das providências legislativas.⁷³

47. Na decisão proferida em 8 de agosto de 1978, relativa ao relator nuclear de Kalkar (*Kalkar-Beschluss*), reconheceu o *Bundesverfassungsgericht* que, em virtude de novos desenvolvimentos científicos, o legislador estava constitucionalmente obrigado a reexaminar a sua decisão em favor do uso pacífico da energia atômica.⁷⁴

Apreciando diferentes “recursos constitucionais”, interpostos por moradores da região próxima às instalações nucleares, deixou assente o Tribunal, de forma lapidar:

“Caso se constatem indícios de perigo proveniente de reatores nucleares do tipo *Schneller Brüter* (...), está o legislador obrigado a promulgar as novas medidas requeridas.”⁷⁵

48. Pronunciamento de teor semelhante contém a decisão de 14 de janeiro de 1981, sobre a poluição sonora causada por aviões.⁷⁶

49. Em outros casos, tem-se enfatizado que, na hipótese de regulamentação nova, concernente a matérias complexas, a intervenção da jurisdição constitucional somente há de ocorrer se o legislador, a despeito das experiências colhidas, deixar de empreender as melhorias e adaptações necessárias.⁷⁷

72 BVerfGE 3, 225.

73 BVerfGE 53, 257 (312).

74 BVerfGE 49, 89 (129).

75 BVerfGE 49, 89 (132).

76 BVerfGE 56, 54 (70).

77 BVerfGE 53, 257 (312 s.).

50. Ainda no âmbito do chamado “dever de proteção” do legislador deve ser mencionada decisão de 15 de dezembro de 1983⁷⁸ sobre a constitucionalidade da lei de recenseamento. Aqui houve por bem o *Bundesverfassungsgericht* reconhecer a existência de um *dever de adequação* imediato, independentemente de qualquer outra consideração:

“§§ da Lei do Censo 1982 são compatíveis com a Lei Fundamental. Não obstante, deve o legislador, em consonância com os fundamentos da decisão, tomar as medidas necessárias à edição de normas complementares pertinentes à organização e ao procedimento do censo.”⁷⁹

51. *Vê-se, pois, que o Tribunal declarou a constitucionalidade da lei, desde que colmatadas as lacunas atinentes à organização e ao processo.*⁸⁰ A validade da lei ficava condicionada, portanto, à edição das normas complementares sobre organização e procedimento.⁸¹

52. Como observado por Sachs, essa categoria assemelha-se a *uma declaração de inconstitucionalidade submetida a uma condição suspensiva*,⁸² uma vez que a omissão do legislador em suprir a lacuna identificada poderia comprometer a legitimidade de todo o complexo normativo.⁸³

c) “*Apelo ao Legislador*” por “*Falta de Evidência*” da *Ofensa Constitucional*

53. Em algumas *Appellentscheidungen* identifica-se o esforço do *Bundesverfassungsgericht* para infirmar a configuração de inconstitucionalidade, sustentando-se a inexistência de elementos corroboradores da evidência da colisão normativa no momento da elaboração da lei. Não se poderia, assim, afirmar, com segurança, se o legislador estaria em condições de identificar o estado de inconstitucionalidade.⁸⁴

78 Trata-se de pronunciamento que consagrou, de forma definitiva, um novo direito fundamental no âmbito da Lei Fundamental, o *direito de autodeterminação sobre informação* (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*), isto é, o direito de decidir autonomamente sobre quando e em que condições deverão ser divulgados fatos relacionados com a vida pessoal, (cf. sobre o assunto, Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte, Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 96).

79 BVerfGE 65, 1 (3), cf., também, BVerfGE 53, 257 (288).

80 Cf. também BVerfGE 53, 257 (300).

81 Sachs, Michael Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1982, pp. 23 (29).

82 Sachs, Michael Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1982, pp. 23 (29).

83 Schlalich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985 p. 183.

84 BVerfGE 16, 130 (142); cf. ainda, a propósito Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, pp. 138 s.; Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, pp. 84 s.; Pestalozza, “*Noch verfassungsmässige*” und “*bloss verfassungswidrige*” Rechtslagen, 1976, pp. 536 s.

54. A decisão sobre a divisão dos distritos eleitorais fornece nítido exemplo dessa categoria de *Appellentscheidung*.⁸⁵ Esforçou-se o Tribunal, nesse caso, para evitar as conseqüências da declaração de inconstitucionalidade, procedendo a uma sutil diferenciação entre os conceitos de *inconstitucionalidade* (*Verfassungswidrigkeit*) e *invalidade* (*Ungültigkeit*):

“Em 17-9-1961, a inconstitucionalidade da divisão dos distritos eleitorais não era, ainda, claramente identificável de modo que se pudesse reconhecer a sua invalidade naquele momento.”⁸⁶

55. Segundo a concepção então adotada, a *inconstitucionalidade* somente deveria acarretar a *invalidade*, se manifesta. Do contrário, não seria possível identificar uma conduta *censurável* do legislador. Esse entendimento revelava uma tendência de *subjetivação* da ofensa constitucional.⁸⁷ O *Bundesverfassungsgericht* houve por bem ressaltar, ainda, que, nesse caso específico, não se mostrava possível precisar o momento em que se implementaria a conversão do estado de *inconstitucionalidade em uma situação de invalidade*. É o que se lê na seguinte passagem do acórdão:

“A dificuldade de precisar o momento exato em que a divisão dos distritos eleitorais, anteriormente legítima, tornou-se incompatível com a Constituição assenta-se, principalmente, no fato de que esse desenvolvimento caracteriza-se por uma instável fase de transição, o que acabou por dificultar que esse desenvolvimento pudesse ser previsto, em sua integridade, com a necessária segurança. Essas circunstâncias (...) estão a demonstrar que, antes das últimas eleições parlamentares, faltava à ofensa contra o princípio da igualdade eleitoral (*Wahlrechtsgleichheit*) a evidência indispensável para afetar, já àquela época, a validade da divisão dos distritos.”⁸⁸

56. Assim, a caracterização objetiva de uma *inconstitucionalidade* somente poderia acarretar a *invalidade* se ela (inconstitucionalidade) se afigurasse evidente. Do contrário, não se poderia identificar uma *conduta censurável* do legislador.

57. Tem-se aqui, como assinalado, uma tentativa de *subjetivar* o ato inconstitucional.⁸⁹ Consoante essa orientação, enquanto o legislador não estivesse consciente da inconstitucionalidade, o defeito não produziria conseqüências jurídicas. A decisão do Tribunal tornaria a mácula “evidente”,

85 Cf. *supra* II, c, 2.

86 BVerfGE 16, 130 (142).

87 Cf. a propósito Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, pp. 138-139.

88 BVerfGE 16, 130 (142/143).

89 Ipsen, *Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt*, 1980, p. 222.

não podendo mais o legislador alegar desconhecimento ou ignorância do estado patológico identificado.⁹⁰

III — O Apelo ao Legislador na Ordem Constitucional Alemã

58. A utilização do *apelo ao legislador* não colhe aplausos unânimes na doutrina. Afirma-se que o Tribunal não dispõe de base legal para proferir esse tipo de decisão.⁹¹ Sustenta-se, ademais, que o *apelo ao legislador* expressa tentativa de compensar, mediante decisão judicial, o déficit identificado no processo de decisão parlamentar (*Kompensation parlamentarischer Entscheidungsdefizite*). A *Appellentscheidung* demitiria o legislador da responsabilidade de concretizar a ordem fundamental.⁹² Observa-se, ainda, que o *Bundesverfassungsgericht* não dispõe de competência para estabelecer prognósticos, sendo limitada a sua capacidade de fazer previsões.⁹³ Não pode ele estabelecer, portanto, com segurança, o exato momento da conversão de uma “situação ainda constitucional” em um *estado de inconstitucionalidade*.⁹⁴

59. A objeção concernente à eventual falta de fundamento legal para pronúncia da *Appellentscheidung* não se afigura irretorquível, sobretudo se considerada esta decisão como peculiar *sentença de rejeição da inconstitucionalidade*.⁹⁵ Se admitido que uma situação considerada constitucional pode tornar-se inconstitucional, não se deve excluir a possibilidade de que, no momento da decisão, não se tenha operado ainda essa *conversão*. Assim, de uma perspectiva formal, o *apelo ao legislador* nada mais expressaria do que a constatação desse incompleto *processo de inconstitucionalização*.⁹⁶ A *Appellentscheidung* poderia ser vista, assim, tal como proposto por Ebsen, como técnica específica para atuar sobre essas *situações imperfeitas*, sem que se tenha de pronunciar a inconstitucionalidade ou a nulidade da lei.⁹⁷

90 Ipsen, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Normen und Einzelakt*, 1980, p. 140.

91 Klein, Eckart, *Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108 (1983), pp. 410 (434); Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 395.

92 Cf. Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, pp. 397/398; Starck, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik*, p. 27.

93 Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 397; Klein, *Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108 (1983), pp. 410 (434); Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1976, p. 212.

94 Klein, Eckart, *Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108 (1983), pp. 410 (434).

95 Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 181.

96 Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, p. 96.

97 Ebsen, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, pp. 96-97.

60. Se se analisarem, porém, os grupos singulares de *Appellentscheidungen*, pode-se duvidar da correção dessa tipificação processual. Em verdade, abstém-se o Tribunal, muitas vezes, de emitir um juízo de desvalor sobre a norma para evitar conseqüências práticas danosas.⁹⁸

61. No entanto, não deve pairar qualquer dúvida de índole jurídico-funcional quanto à possibilidade de o Tribunal ressaltar, nas chamadas "situações ainda constitucionais", as deficiências da norma impugnada e a necessidade de sua substituição, derrogação ou complementação.⁹⁹

62. Conceda-se, porém, que a tentativa de identificar a consumação do processo de *inconstitucionalização* não se afigura isenta de problemas, uma vez que o Tribunal não está legitimado a proferir decisões sobre o desenvolvimento futuro com base apenas em prognósticos.¹⁰⁰

IV — Conseqüências Jurídicas do Apelo ao Legislador

63. Os efeitos do apelo ao legislador não estão disciplinados pelo direito positivo. Segundo a práxis consagrada pelo Tribunal, há de constar da parte dispositiva da decisão apenas o reconhecimento da constitucionalidade da lei. O *apelo ao legislador* integra, normalmente, os fundamentos da decisão.¹⁰¹ Estes contêm a advertência de que uma determinada situação — eventualmente, após o decurso de determinado prazo — não mais será aceita.¹⁰² Em tempos mais recentes, passou o Tribunal a declarar, na parte dispositiva, a constitucionalidade da lei "consoante os fundamentos da

98 Rupp-v. Brünneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?*, in: *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, pp. 355 (396); Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, t. I, pp. 520 (536 s.); Bryde, *Verfassungsentwicklung*, p. 366; Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung*, 1985, p. 97.

99 Bryde, *Otto, Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 396; Schulte, *Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, BVBl. 1980, pp. 1.200 (1.205); Gerontas, *Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, DVBl. 1982, pp. 486 (487); Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, p. 179. Crítico a propósito: Klein, *Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108 (1983), pp. 410 (454).

100 Bryde, *Otto, Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 397; Klein, *Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR, 108 (1983), pp. 410 (434).

101 BVerfGE 49, 169; BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, 1 (3); cf. a propósito Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 209.

102 Gusy, *Christopf, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgerichts*, 1985, pp. 209-210; Moench, *Christoph, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, p. 184.

decisão" (*nach Massgabe der Gründe*).¹⁰³ Essa referência na parte dispositiva aos fundamentos da decisão deveria cumprir, assim, uma "função de advertência".

64. As assertivas constantes da *sentença de rejeição de inconstitucionalidade* a respeito do *processo de inconstitucionalização* de uma lei não estão cobertas pela *coisa julgada* (*Rechtskraft*), nem são dotadas de *força de lei*, (*Gesetzeskraft*), porquanto, esse *desenvolvimento posterior* não é objeto do controle.¹⁰⁴ A referência aos fundamentos da decisão destina-se a impedir, todavia, que, em virtude da declaração da constitucionalidade, a lei fique isenta de críticas. Ao contrário, pretende-se assegurar a possibilidade de suscitar-se, após o decurso de determinado prazo, a inconstitucionalidade da lei.¹⁰⁵

65. Acentue-se, pois, que o *apelo* para que corrija uma "situação ainda constitucional" (*noch Verfassungsmässige Rechtslage*), antes de que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a empreender qualquer providência.¹⁰⁶ Esse entendimento há de aplicar-se, igualmente, na hipótese de o *Bundesverfassungsgericht* incorporar o *apelo* à parte dispositiva da decisão,¹⁰⁷ uma vez que apenas o conteúdo de decisões expressamente previsto na lei — declaração de constitucionalidade, declaração de inconstitucionalidade, declaração de nulidade — pode fazer coisa julgada ou ser dotado de *força de lei*.¹⁰⁸ A manifestação do *Bundesverfassungsgericht* sobre o *processo de inconstitucionalização* há de ser considerada simples *obiter dictum*.¹⁰⁹

103 Cf. Gusy, Christoph, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, p. 209.

104 Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 411; Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft*, *Festschrift für das Bundesverfassungsgericht*, vol. I, p. 609. Deve-se reconhecer que a nova jurisprudência do Tribunal está a indicar uma tendência de consolidação dessa praxis (BVerfGE 53, 257 (258); BVerfGE 65, I (3)).

105 Bryde, Otto, *Verfassungsentwicklung*, p. 411.

106 Pestalozza, Christian, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" *Rechtslagen*, 1976, p. 556; Stern, Klaus, *Bonner Kommentar*, art. 93, nº 319; Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, pp. 186-187; Gerontas, Apostolo, *Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blossen Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *BVBl.* 1982, pp. 486 (487).

107 BVerfGE 52, 257 (258); BVerfGE 65, I (3).

108 Stern, *Bonner Kommentar*, art. 93, nº 319; Sachs (*Tenorierung bei Normenkontrollentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, *DöV*, 1982, pp. 23 (29)) destaca que a incorporação de uma recomendação (*Anweisung*) dirigida ao legislador na parte dispositiva da decisão configura um *novum*, destinado, nitidamente, a emprestar maior eficácia ao julgado.

109 Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 396. Sobre *obiter dictum*, ver nota nº 23.

66. É muito provável que a qualificação do apelo ao legislador como mero *obiter dictum* não corresponda à intenção do *Bundesverfassungsgericht*,¹¹⁰ que, não raras vezes, estabelece, de forma imperativa, a situação que há de substituir após a decisão, como, v. g., no julgado sobre os filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, art. 6.º V).¹¹¹ Outras vezes, determina o Tribunal que o legislador proceda às mudanças reclamadas dentro de determinado lapso de tempo.¹¹² Todavia, é fácil de compreender que a *sentença de rejeição de inconstitucionalidade* não pode ser proferida com a imposição de um *dever de legislar*. Esse dever de legislar não pode assentar-se no § 31, (1), da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, uma vez que o efeito vinculante não abrange todos e quaisquer fundamentos da decisão,¹¹³ mas tão-somente aqueles imprescindíveis à prolação do julgado.¹¹⁴

67. Esse juízo preserva validade mesmo se se procurar estabelecer, na parte dispositiva da decisão confirmatória da constitucionalidade, o dever do legislador de complementar determinada disposição, uma vez que, como acentuado, os *efeitos vinculantes* da decisão referem-se apenas ao conteúdo da decisão legalmente definido. Qualquer outra afirmação constante da parte dispositiva da decisão que não diga respeito a esse conteúdo não tem significado jurídico-processual.¹¹⁵

68. É certo, todavia, que a aplicação posterior da lei sem as alterações ou complementações determinadas pelo Tribunal deverá ensejar — muito provavelmente — a declaração de inconstitucionalidade.

69. Também o decurso do prazo fixado pelo *Bundesverfassungsgericht* para que o legislador empreenda as medidas reclamadas não acarreta o automático reconhecimento da inconstitucionalidade da lei.¹¹⁶ É que a lei que disciplina o processo de controle de normas não prevê esse tipo de *declaração de nulidade submetida a uma condição suspensiva (aufschiebend bedingte Nichtigerklärung)*.¹¹⁷ Por outro lado, a prática demonstra que uma

110 Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 396.

111 BVerfGE 25, 167 (188). Cf. *supra* II, c, bb.

112 BVerfGE 33, 1; v. também BVerfGE 39, 169.

113 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 186.

114 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 186; Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DöV, 1982, S. 23 (29); Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, p. 397.

115 Sachs, Michael, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DöV, 1982, S. 23 (29); Stern, *Bonner Kommentar*, art. 93, nº 319; idem, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munique, 1980, vol. II, p. 1.039; cf. também Erichsen, Hans-Uwe, *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit*, München, 1979, vol. II, p. 194.

116 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187.

117 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187; Stern, *Bonner Kommentar*, art. 93, nº 319.

prorrogação do prazo estabelecido pelo Tribunal afigura-se, igualmente, possível.¹¹⁸ Esse prazo deve ser considerado, portanto, apenas como um *prazo de carência (Karenzfrist)* dentro do qual a lei "ainda constitucional" poderá ser legitimamente aplicada.¹¹⁹

70. Vê-se, assim, que o entendimento sustentado por Maunz, no sentido de que o Tribunal poderia apreciar, de ofício, a questão, após o decurso do prazo estabelecido, e, em caso de inércia do legislador, declarar a nulidade da norma,¹²⁰ carece de fundamento constitucional ou processual. É que o *Bundesverfassungsgericht* somente pode atuar em conformidade com os princípios estabelecidos na Lei Fundamental (art. 93) e consoante as regras processuais fixadas na sua lei de organização.¹²¹ A referida lei estabelece o *princípio do pedido (Antragsprinzip)* como fundamental para a instauração de qualquer processo (§ 23), não contemplando a possibilidade de o Tribunal retomar, por iniciativa própria, processo regularmente encerrado.¹²² As normas que disciplinam o processo perante o *Bundesverfassungsgericht* não admitem algo como uma "decisão final provisória (*vorläufige Endentscheidung*)."¹²³

71. Dessarte, em caso de inércia do legislador, a lei declarada "ainda constitucional" pelo *Bundesverfassungsgericht* há de ser considerada válida até que, devidamente provocado, venha o Tribunal a proferir nova decisão.¹²⁴

72. Não devem ser desconsideradas, todavia, as conseqüências fáticas do *apelo ao legislador*. O peculiar significado que os órgãos estatais — e a opinião pública — atribuem aos pronunciamentos da Corte Constitucional asseguram às *Appellentscheidungen* eficácia comparável a qualquer outra

118 BVerfGE 33, 1 (33) und 40, 273 (286 s.).

119 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, pp. 186-187.

120 Maunz, Theodor, *Das verfassungswidriges Gesetz*, BayVBl. 1980, s. 513 (518); cf., também, Sachs, *Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, DöV, 1982, pp. 23 (30).

121 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187; Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, Munique, 1982, s. 6; Hesse, Konrad, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1984, p. 312; Kimminich, Otto, *Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung*, in: *Auf dem Weg zum Richterstaat*, Munique, 1979, pp. 62 (65), ver também a tradução brasileira: a Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, in: *Revista de Informação Legislativa* n. 105, 1990, pp. 283 s.

122 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187.

123 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, 1977, p. 187.

124 Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, p. 187.

decisão de índole *mandamental ou cassatória*.¹²⁵ O apelo ao legislador tem dado ensejo, não raras vezes, a profundas reformas legislativas,¹²⁶ como demonstram os julgados proferidos sobre a situação dos filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, art. 6.º, parágrafo 5.º),¹²⁷ sobre a problemática da execução penal,¹²⁸ e a respeito das relações jurídicas nas escolas públicas.¹²⁹

Bibliografia

- BADURA, Peter, Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur "Nachbesserung" von Gesetzen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberg zum 62. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M., 1982, pp. 481-491.
- BRYDE, Otto, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional, Coimbra, 2ª ed., 1986.
- EBSEN, Ingwer, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin, 1985.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, vol. 2, 2ª Edição, Munique, 1979.
- FLAD, Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrechtsexekution, Heidelberg, 1929.
- GERBER, Phillippe, Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1989, p. 688.
- GERONTAS, Apostolo, Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die blosse Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, DBBl. 1982, pp. 486-491.
- GUSY, Christoph, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin, 1985.
- HEIN, Peter, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden, 1988.
- HEUSSNER, Hermann, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, pp. 275 (258).

125 Landfried, Christine, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden, 1983, p. 52; Krebs, Walter, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg, 1984, s. 117.

126 Cf. a propósito, Zeidler, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, pp. 207 (212).

127 BVerfGE 25, 267.

128 BVerfGE 33, 1; v., também, BVerfGE 40, 276.

129 BVerfGE 41, 251.

- HESSE, Konrad, Grenze der Verfassungswandlung, in: *Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1984, p. 29.
- IPSEN, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980.
- JEKEWITZ, Jürgen, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, *Der Staat*, vol. 19 (1980), p. 535.
- JELLINEK, Walter, *Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder*, Leipzig e Berlin, 3ª edição, 1927.
- . Der Schutz des öffentlichen Rechts, *VVDStRL*, vol. 2, (8).
- KIMMINICH, Otto, Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung, in: *Auf dem Weg zum Richterstaat*, Munique, 1979, pp. 62 (65).
- . A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlimm, in: *Revista de Direito Público*, nº 92, 1989, pp. 15-33.
- . A Jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes, tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Anke Schlimm, in: *Revista de Informação Legislativa*, a. 37, nº 105, 1990, pp. 283 s.
- KLEIN, Eckart, Verfassungsprozessrecht, — Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 108 (1983), s. 395.
- . Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, *NJW* 1989, p. 1.633.
- KORINEK, Karl, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, *VVDStRL* 39, (1981) p. 38.
- KRAUSE-PALFNER, Thilo, Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen, *Diss.*, 1973, p. 35.
- KREBS, Walter, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg, 1984.
- LERCHE, Peter, *Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der Annäherung an verfassungsgewollten Zustand*, *DöV*, 1971, pp. 721-725.
- LANDFRIED, Christine, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Baden-Baden, 1984.
- MARCIC, René, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957.
- MAUNZ, Theodor, *Das Verfassungswidrige Gesetz*, *BayVBl.*, 1980, pp. 513-518.
- MAURER, Hartmut, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: *Festschrift für Werner Weber*, Berlin, 1974, pp. 345-368.
- MOENCH, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977.
- OBERNDORFER, Peter, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, *EuGRZ* 1988, pp. 193-307.

- PESTALOZZA, Christian, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25. jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, 1976, vol. I, pp. 520-567.
- PIEROTH, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte — Staatsrecht, Heidelberg, 1988.
- RUPP v. BRUNECK, Wiltraut, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren? in Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen, 1970, pp. 355-378.
- SACHS, Michael, Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DöV, 1982, pp. 23-30.
- SCHEFOLD-LESKE, Hochschulvorschaltgesetz: verfassungswidrig — aber nicht nichtig, NJW 1973, pp. 1.297-1.303.
- SCHLAICH, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, Munique, 1985.
- SCHNEIDER, Bernd-Jürgen, Die Funktion der Normenkontrolle und des richterlichen Prüfungsrechts im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung verfassungswidriger Gesetze, Frankfurt am Main, 1988.
- SCHULTE, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBl., 1988, pp. 1.200-1.206.
- SCHLÜTER, Wilfried, Das Obiter Dictum, Munique, 1973.
- SEIBERT, Helga, Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten, EuGRZ, 1978, s. 386-389.
- SOHN, Hartmut, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, Frankfurt, 1974.
- STARCK, Christian, Anmerkung zum Strafvollzugsbeschluss, JZ 1972, pp. 360-362.
- . Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik, Tübingen, 1976.
- STEINBERG, Rudolf, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der "Nachbesserungspflicht" des Gesetzgebers, Der Staat, Bd. 28 (1987), pp. 161-186.
- STERN, Klaus, Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung), art. 93 da Lei Fundamental.
- STETTNER, Rupert, Die Verpflichtung des Gesetzgebers zu erneutem Tätigwerden bei fehlerhafter Prognose, DVBl. 1982, pp. 1.123-1.128.
- TRIEPEL, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL (1929) 5, pp. 3-39.
- . Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, Bad Homburg vor der Höhe, (reimpressão), 1965.
- VOGEL, Klaus, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, pp. 568-627.
- ZEIDLER, Wolfgang, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ, 1988, pp. 207-217.
- ZUCK, Rüdiger, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Munique, 1988.

O Aprimoramento da Prestação de Contas do Governo através da Fiscalização e Avaliação: um Estudo Comparativo entre Canadá, Estados Unidos e Brasil

HELOISA TARTAROTTI CAMARCO
Assessora Legislativa do Senado Federal

Tradução do Inglês: ISTVAN VAJDA
PATRICIA ZIMBRES
VANIRA TAVARES
Tradutores do Senado Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. IDÉIAS E CONCEITOS GERAIS. Políticas públicas. Processo de políticas. Análise de políticas. A abordagem racional. Inferências causais. Avaliação e análise. Avaliação econômica e financeira. Estratégia de avaliação. Etapas do processo de avaliação. **PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. SERVIÇO PÚBLICO. A EXPERIÊNCIA CANADENSE.** O Escritório de Controladoria Geral — OCG. A Auditoria Geral — OAG. Comentários a respeito do Sistema de Avaliação do Escritório da Controladoria Geral. Comentários a respeito das Políticas do Auditor-Geral. O Parlamento e o Sistema de Avaliação. **A EXPERIÊNCIA DE AVALIAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS.** A Inspeção Geral — OIG. O Escritório Geral de Contabilidade — GAO. Comentários sobre a Experiência Norte-americana. **COMPARAÇÃO ENTRE AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA E CANADENSE.** Lições da Experiência. **A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.** O Papel do Congresso Brasileiro. Descrição da Situação Atual. Sugestões para a Criação de um Sistema de Avaliação.

Trabalho elaborado em Ottawa, em junho de 1991, sob os auspícios do International Development Research Center, através do Pearson's Fellowship Program, que teve como orientador de projeto o Dr. Manfred Blenefeld.

Introdução

A presença crescente do Estado nos Estados modernos tem gerado demanda por maior prestação de contas*, à sociedade, dos programas e gastos do governo e por maior eficiência e eficácia na alocação de recursos. Ao mesmo tempo, há hoje uma aceitação quase universal da idéia de que o Estado tem um papel importante a desempenhar na economia.

Apesar da sua abordagem neo-liberal e de livre-mercado, o atual governo brasileiro reconhece a importância do Estado nas políticas de industrialização anteriores, e ainda chama a si um importante papel no setor público, na área de serviços. De acordo com o plano plurianual (Projeto de Lei n.º 20, de 1990), os objetivos do Estado seriam: reduzir os desequilíbrios regionais e sociais; melhorar os planejamentos de curto e longo prazos; melhorar o acesso da população de baixa renda à educação, saúde, alimentação e saneamento; e ampliar a estabilidade econômica, a justiça e a segurança nacional.

Além disso, reconhece o papel de importância incontestável do Estado no estabelecimento da infra-estrutura e da indústria atuais,¹ reconhecendo que da década de 30 para cá, o setor público promoveu e arcou com o desenvolvimento econômico, porque supunha-se que a situação exigia a implementação de projetos que extrapolavam a capacidade de investimento do setor privado.¹

Mesmo assim, a posição do novo governo está muito bem resumida na sua declaração de que atualmente o setor privado deveria assumir o papel de liderança na promoção do desenvolvimento.¹ Assim, em um único documento, o Plano Plurianual (Projeto de Lei n.º 20, de 1990), o governo, de um lado, reconhece a importância que o Estado teve, no passado, na promoção e apoio ao desenvolvimento, e de outro lado deixa claro que não mais aceitará este papel, que agora deve ser assumido pelo setor privado.

A privatização de empresas estatais é considerada atualmente como uma forma importante de se restaurar as finanças públicas, muito embora aceite-se que algumas empresas de caráter estratégico permaneçam na esfera estatal, especialmente aquelas que têm a ver com a criação e manutenção da infra-estrutura. Ao mesmo tempo, deverão ser reforçados os mecanismos institucionais para o acompanhamento da eficiência e eficácia das empresas que permanecem na órbita estatal.

Além da privatização de algumas atividades, o governo propõe-se a melhorar a eficiência e a qualidade do serviço público, mediante uma

¹ "O setor privado assumirá, dessa forma, a liderança do processo de desenvolvimento", Projeto de Lei n.º 20, de 1990, p. 13

maior descentralização, com maior participação dos governos estaduais e municipais, bem como de empresas privadas qualificadas.²

Considerando o volume dos atuais problemas que o Brasil enfrenta, mesmo esses objetivos podem ser considerados como muito ambiciosos. Além disso, a ênfase na eficiência e eficácia levanta a questão de como acompanhar e avaliar de forma eficaz os esforços do governo nesse sentido.

Baseando-se nas experiências do Congresso Nacional, bem como nas dos Parlamentos do Canadá e dos Estados Unidos, este estudo procurará identificar formas adequadas de prover o Congresso brasileiro de instrumentos para acompanhar e avaliar as ações do Executivo da forma mais eficaz e mais contínua do que tem sido feito no passado. Nesse processo, *este documento irá descrever e avaliar os sistemas de prestação de contas do Canadá e dos Estados Unidos, com ênfase especial no papel do Parlamento.*

No Brasil, as novas responsabilidades do Congresso Nacional exigem o estabelecimento de sistemas eficazes de fiscalização e avaliação, tanto para o acompanhamento contínuo dos programas e projetos do governo federal, quanto para o fornecimento de informações sobre políticas macroeconômicas. Considerando a situação atual, os requisitos mais importantes para o estabelecimento de um novo sistema seriam apoio político, acesso à informação e a não-utilização de processos excessivamente caros

A experiência tem mostrado que em muitas áreas, além de relatórios contábeis formais, preparados para atender as exigências do Tribunal de Contas e do setor responsável pelo orçamento, há atualmente muito pouco ou nenhum controle dos aspectos econômicos e técnicos dos programas e projetos públicos no Brasil.

Alguns departamentos desenvolveram sistemas para o acompanhamento de suas atividades, principalmente para poder subsidiar as gerências com informação atualizada. Muitos chegam a preparar ocasionalmente estudos de avaliação, mas o setor público como um todo não tem um sistema de avaliação institucionalizado e abrangente.

Está além do escopo deste trabalho propor um sistema adequado de avaliação a todo o governo federal, se não por outro motivo, pelo fato de que as necessidades díspares das várias atividades, instituições e regiões demandariam um estudo demorado e cuidadoso.

2 "A menor regulamentação da atividade econômica incentivará a economia de mercado, gerando receita e aliviando o *déficit* governamental, além de favorecer a luta antiinflacionária. A iniciativa da empresa privada, desse modo, não mais ficará condicionada à máquina burocrática estatal." Projeto de Lei nº 20, de 1990, p. 13.

Além disso, a atual Reforma Administrativa, que fechou muitas instituições e colocou em disponibilidade milhares de servidores públicos, e que está agora em processo de realocação de responsabilidades e recursos entre as instituições remanescentes, torna difícil, senão impossível, propor, neste momento, um modelo teórico de sistema de avaliação e acompanhamento.

Entretanto, é importante observar que atualmente o Congresso possui poucos recursos técnicos, de modo que a criação de um sistema independente externo de acompanhamento e avaliação seria potencialmente muito importante. Em face das limitações institucionais e financeiras das atividades do Congresso, nós proporíamos uma rodada de conversações entre alguns representantes do governo para estabelecer um sistema de acompanhamento e avaliação para um setor específico escolhido, para servir de piloto. Isto serviria não apenas às necessidades do Legislativo, mas também às do Executivo.

IDEIAS E CONCEITOS GERAIS

Quando se fala em acompanhamento, avaliação e análise, devemos ter em mente que isto significa mais do que simplesmente o controle financeiro ou a comparação entre custos e benefícios de projetos específicos. Na área de políticas públicas, é sempre difícil estabelecer, com certeza matemática, os custos, os objetivos, os resultados, ou mesmo os instrumentos de mensuração durante os períodos de tempo em questão.

Além disso, mesmo quando mecanismos de acompanhamento são criados, é sempre difícil determinar exatamente em que medida os resultados são devidos a projetos específicos ou são meramente resultado de outros fatores, tais como mercados externos favoráveis, ou alguma política local que pode estar melhorando os padrões de educação e saúde. É tarefa ainda mais difícil avaliar programas que são tão grandes que podem modificar toda a vida econômica e social de um país, e que têm uma duração de mais de 50 anos, como alguns projetos de geração de energia elétrica.

Assim, a avaliação e a análise nunca são tarefas meramente técnicas. É preciso levar em conta os aspectos políticos e sociais, especialmente em se tratando de políticas e projetos governamentais. Essa necessidade de se ter, ao mesmo tempo, de um lado, técnicas mais precisas e sofisticadas, e de outro lado, análise política, levou alguns autores a estabelecer uma diferença entre a avaliação e a análise de políticas no setor público.

Para oferecer uma rápida visão dos problemas gerais relacionados à avaliação de programas em políticas públicas, e para prover um embasamento para argumentações mais adiante, a próxima seção irá examinar as discussões em torno desse assunto.

Políticas públicas

“A definição geral de política pública como linha de ação ou de inação, escolhida pelas autoridades governamentais para tratar de um dado problema ou de um grupo de problemas inter-relacionados, auxilia na distinção conceitual entre política e outras decisões, comportamentos ou instituições. Porém, a descrição e a compreensão de uma dada política requer um entendimento da estrutura interna das políticas públicas. O conteúdo empírico de qualquer política pública pode ser reduzido a três elementos: definição do problema, metas e instrumentos.”³

Uma das questões principais relativas a políticas é se são executadas ativamente ou não. Assim, algumas vezes uma política é claramente identificada, com objetivos definidos, com esforços de implementação específicos e identificáveis, e com conseqüências que são de identificação relativamente fácil. Em outros casos, é possível que o governo, na verdade, esteja executando uma política através de uma inação deliberada ou evitando que certos temas específicos cheguem ao nível do debate político.

Não é fácil para o analista político decidir se os atores escolheram intencionalmente uma linha de conduta determinada, com completo conhecimento de suas conseqüências. É comum manter-se escondidos os reais objetivos de uma política — de modo que o analista precisa ter muito cuidado em distinguir entre as razões declaradas para uma política, e as razões reais, que podem estar camufladas por baixo da retórica oficial.

Processo de políticas

O processo de políticas “trata da definição de problemas da esfera pública, da obtenção de meios para tratar dos mesmos, e a implementação de uma solução e o acompanhamento do sucesso e do fracasso”.⁴

Para que se possa compreender o conteúdo e o impacto de uma política, bem como avaliar os julgamentos de valor que auxiliam no estabelecimento de políticas públicas específicas, é fundamental a compreensão do processo de políticas. Tal compreensão irá revelar que a criação de políticas é uma atividade política que não pode se basear meramente em critérios técnicos e racionais, mas que também deve levar em conta as complexas operações das estruturas burocrática e administrativa do País, com a solução dos conflitos de valor e com o processo político de intermediação de interesses.

O processo de políticas é movido por interesses, valores e suposições causais, e é complicado por um grande número de agentes, dentro e fora do governo, e por uma grande quantidade de eventos simultâneos e sobre-

3 Pal, Leslie. *Public Policy Analysis, An Introduction*, p. 10.

4 Carley, Michael; “Rational Techniques” in *Policy Analysis*; Gower Publishing Company Limited, England, p. 107.

postos, distribuídos entre os diferentes níveis de administração (nível federal, estadual e municipal).

As proposições de políticas que não levam em conta a realidade da burocracia provavelmente serão deturpadas ou ignoradas durante a implementação. Além disso, a forma como as políticas são percebidas pelos beneficiários pode afetar seus resultados. Finalmente, os interesses têm um papel muito importante nesse processo, e o analista político precisa identificar o interessado e reconhecer que os seus interesses podem estar abertamente expressos, ou escondidos atrás de alguma cortina de fumaça ideológica ou ética.

Também devem ser considerados os valores relacionados como ética, princípios morais ou tradição histórica. Geralmente, os interesses e valores são intimamente relacionados, se não por outro motivo, pelo fato de que diferentes grupos de interesses geralmente encontram alguma justificativa moral para apoiar suas reivindicações.

A necessidade do governo de tratar de muitos problemas ao mesmo tempo, cria inconsistências e conflitos entre diferentes políticas e entre formulação de políticas e sua implementação. Além disso, tais conflitos são uma característica fundamental do processo de políticas e devem ser previstos e devidamente administrados pelos formuladores e pelos analistas de políticas.

Muito embora raramente ou nunca se possa dizer que uma política é totalmente casual, seus resultados (ou a ausência dos mesmos) são muitas vezes completamente diferentes daqueles esperados.

Levando-se em conta as complexidades do processo de políticas, e o número potencialmente infinito de efeitos de uma dada política, o analista deve "traçar uma linha em torno das influências e efeitos que considera importantes".⁵ Este espaço define o espaço decisório, e a análise da política só é executada dentro desses limites.

Análise de políticas

"A análise de políticas é uma atividade cognitiva: trata de aprendizado e de raciocínio. É apenas um aspecto do processo de políticas, que é o meio através do qual os problemas de políticas são definidos, tratados, resolvidos e avaliados. Nesse processo — que é um processo vasto, coletivo, envolvendo tanto conflito como cooperação, eleitores e eleitos, grupos de interesse e legisladores, burocratas e meios de comunicação — o elemento cognitivo é fundamental, mas não necessariamente dominante."⁶

O elemento cognitivo não é necessariamente dominante porque o processo de políticas, assim como o processo político, está, em última análise,

5 Carley, Michael; p. 12.

6 Pal, Leslie. *Public Policy Analysis, An Introduction*, p. 19.

baseado nos interesses e no poder de todos os grupos envolvidos no processo de políticas — os que têm interesses em jogo. A análise de políticas pode ser caracterizada como sendo um processo decisório coletivo, possivelmente porque as decisões a respeito de políticas são baseadas em muitas fontes e no interesse geral.

A abordagem racional

Para uma melhor compreensão das técnicas racionais na elaboração de políticas, é importante definir a racionalidade econômica, que nos exige “que selecionemos, a partir de um grupo de linhas de ação alternativas, aquela que maximize o resultado para um dado insumo, ou que minimize o insumo para um dado resultado”.⁷ Em outras palavras, a racionalidade econômica busca maximizar a escolha, dentro de limites estabelecidos, e, dessa forma, é útil à formulação de políticas, desde que sejam reconhecidas as suas limitações e os seus pressupostos de valor subjacentes.

Dentre as principais críticas ao uso de técnicas racionais na formulação de políticas está a suposição de que existe uma “solução ótima”, que pode ser objetivamente identificada. Na verdade, vimos que o processo de políticas deve considerar muitas variáveis não-quantificáveis, e muitos julgamentos de valor alternativos, de modo que geralmente não existe um resultado ótimo único, e muitas vezes a melhor escolha pode não ser a solução economicamente ótima, mas aquela que é politicamente viável.

A abordagem econômica racional tem as suas raízes na economia do bem-estar social e na análise de sistemas. A economia do bem-estar social foi desenvolvida com base na suposição de que os custos sociais não podem ser ignorados, e que o bem-estar estatal difere do bem-estar privado. Isto implica em que o Estado poderá oferecer bens e serviços a pelo menos parte da população, para corrigir falhas no mercado e desequilíbrios estruturais.

A outra base para a abordagem racional dos problemas de políticas é o desenvolvimento da análise de sistemas, baseado na pesquisa operacional que foi iniciada na Segunda Guerra Mundial. “A análise de sistemas ... pode ser definida como uma abordagem sistemática para auxiliar o tomador de decisão a escolher a linha de ação mediante a investigação da natureza do problema, a pesquisa dos objetivos e alternativas e a sua comparação, à luz de suas conseqüências e dentro de uma estrutura analítica apropriada, que permita a intuição e o julgamento especializados a influir sobre o problema”.⁸

7 Carley, Michael; p. 10.

8 Carley, Michael; “Rational Techniques” in *Policy Analysis*; p. 36.

*Inferências causais*⁹

Em princípio, a avaliação consiste na comparação entre uma situação dada e uma situação anterior, que existia antes da ocorrência da intervenção planejada. Esta intervenção planejada pode ser um programa, um projeto, ou uma política de governo. Além disso, esta comparação pode ser feita com os resultados esperados de uma dada intervenção, que haviam sido planejados para que se alcançassem estes resultados específicos.

A relação entre uma ação e sua consequência reflete o "efeito causal", e a identificação de tais efeitos como elos de ligação é um dos principais problemas enfrentados pelos avaliadores.

Em experimentos científicos, o fato de que um experimento possa ser repetido muitas vezes, sob as mesmas condições, e que diferentes grupos possam receber (ou não) tratamento específico em cada caso, assegura, até certo ponto, que se possa estabelecer uma relação causal entre determinadas ações e seus resultados. Entretanto, mesmo no ambiente relativamente controlado de uma abordagem experimental em ciências sociais, não é fácil isolar-se os efeitos causais, porque variáveis internas e externas imprevisíveis irão sempre ter um papel importante.

É portanto fácil ver como é difícil o estabelecimento de efeitos causais na avaliação de programas e políticas governamentais. Programas de grande envergadura e políticas de abrangência nacional são eventos que ocorrem uma única vez, onde muitas variáveis, muitas das quais nem mesmo identificadas no estágio de planejamento, irão influenciar o resultado final. Além disso, mesmo onde uma abordagem experimental é tecnicamente viável, não é fácil justificar a situação em que alguns grupos têm o benefício de um certo programa experimental, enquanto outros, com as mesmas características, não recebem, por razões metodológicas, tais vantagens. Outras ameaças à validade desse tipo de resultado de pesquisa têm origem nas variáveis independentes, internas ou externas, que podem sempre afetar os resultados, e que precisam ser identificadas, explicadas e eliminadas tanto quanto possível.

O efeito causal de programas de grande escala deve ser tratado com cuidado, porque em muitos casos não há grupo de comparação (ou de controle) e nem há objetivos mensuráveis. Além disso, há sempre a dúvida razoável de que o processo social já em andamento teria permitido obter-se os mesmos (ou melhores) resultados sem a intervenção governamental.

Assim, na avaliação de programas e políticas governamentais é sempre importante considerar possíveis ameaças à validade das inferências causais em um ambiente que pode estar chegando aos mesmos resultados independentemente de intervenção governamental específica.

⁹ Treasury Board of Canada, Comptroller General, *Program Evaluation Methods*.

Outro aspecto importante que deve ser levado em conta é a negociação necessária para se atender tanto as exigências científicas da metodologia de avaliação, como as necessidades políticas, pragmáticas da avaliação do governo. Assim, os custos, o fato de o trabalho estar sendo realizado em época oportuna ou não, a sua aceitação pelos tomadores de decisão, devem ser levados em conta quando se planeja uma avaliação.

Para identificar e analisar estas diversas ameaças à validade de qualquer tentativa de se estabelecer resultados de programas ou políticas públicas, deve-se definir um conjunto de metodologias de avaliação ou uma estratégia de avaliação.

*Avaliação e análise*¹⁰

A avaliação é definida como uma tentativa de definir e medir os efeitos de iniciativas governamentais específicas, naqueles casos em que podem ser diretamente atribuídos ao projeto em questão, e comparados com metas específicas estabelecidas para tal fim. Nesse estudo, a avaliação é necessariamente posterior ao evento e os dados, o projeto e seus resultados devem ter sido definidos e coletados para permitir a mensuração e a definição desses parâmetros.

Outras avaliações são realizadas antes da adoção de uma política ou da implementação de um projeto. Tais estudos detêm-se principalmente no estabelecimento de modelos e na análise de propostas de novas políticas, e nesses, a informação a respeito de efeitos causais e custos de implementação podem ser considerados, quando muito, uma estimativa razoável. A maior parte da informação será obtida de fontes secundárias e através de inferência estatística; além disso, considerações políticas serão frequentemente levadas em conta. Este tipo de avaliação é chamado por *alguns autores de análise de políticas, e como nele estão incluídos como elementos importantes o juízo de valor e os critérios ideológicos, pode-se dizer que a análise de políticas ou de programas é uma forma de análise política.*

Vale a pena lembrar que a distinção entre avaliação de políticas e análise de políticas pode ser vista como um pouco artificial, já que é difícil definir-se os limites entre eles, e ainda mais difícil avaliar sua utilidade para instituições incumbidas de supervisionar programas e projetos de abrangência nacional. De qualquer forma, as idéias, as estruturas e o processo devem desempenhar um papel importante em tais atividades de supervisão, e certas "realidades" devem ser aceitas, independentemente de se estar fazendo avaliação ou análise.

Antes de mais nada, a avaliação e a análise nunca são etapas heréticas, de fácil definição, de qualquer plano ou projeto. Elas são epi-

¹⁰ Doern, G. B.; Phidd, R.; *Canadian Public Policy — Ideas, Structure, Process*. Methuen Publications, Canada, 1983, Chapter 18, pp. 528/590.

sódicas, permeiam o processo de implementação e afetam a dinâmica do processo, causando incerteza, criando novos cenários, muitas vezes exigindo tentativas adicionais para se identificar elos causais ou a rejeição de resultados e de suposições anteriormente aceitas.

O escopo e a definição de tal trabalho irá variar de acordo com as atribuições da instituição responsável, sua ideologia e competência técnica, e seu nível de comprometimento com o processo. Dependerá também se o estudo é *ex-post* ou *ex-ante*, se concentra-se no curto-prazo ou no longo-prazo, e se são ou não importantes os efeitos e impactos mensuráveis e não-mensuráveis.

Outro aspecto que deve ser levado em conta é a natureza e a importância das idéias dominantes dentro do governo, que invariavelmente agirão como critério de julgamento avaliativo implícito ou explícito. A necessidade de se encontrar um meio-termo entre interesses conflitantes como políticas de investimento e políticas sociais, distribuição de renda e crescimento econômico acelerado, mercado interno e mercado externo, política industrial e preservação do meio ambiente, são alguns exemplos de como questões políticas e ideológicas irão necessariamente influenciar a avaliação e a análise.

Avaliação econômica e financeira

É importante estabelecer neste ponto uma distinção entre avaliação econômica e avaliação financeira. Quando a avaliação de um projeto ou programa é realizado com respeito ao retorno que gera para a sociedade como um todo, independentemente de quem arca com seus custos e quem dele se beneficia, estamos tratando de avaliação econômica. Por outro lado, quando os acionistas (cooperativas, bancos, empresários do setor privado, empresas estatais) estão interessados na avaliação apenas para determinar o retorno sobre o capital investido no projeto em questão, trata-se de avaliação financeira.

Talvez a melhor forma de se compreender a diferença entre os dois casos é apontar as suas três principais diferenças:¹¹

1 — Na análise econômica, os preços podem ser modificados para refletir de forma mais precisa os reais valores econômicos e sociais (os preços modificados são muitas vezes chamados de preços-sombra ou preços contábeis). Na análise financeira, sempre se usam os preços de mercado, aí incluídos os impostos e os subsídios.

2 — Nas análises econômicas, os impostos e os subsídios são considerados como transferências. A nova riqueza gerada por um projeto inclui todos os impostos que um projeto pode suportar durante a produção e

¹¹ Gittinger, J. Price; *Economic Analysis of Agricultural Projects*, The Economic Development Institute, International Bank for Reconstruction and Development, Johns Hopkins University Press, U.S.A. 1974, pp. 7-8.

todos os impostos sobre vendas que os compradores estão dispostos a pagar quando adquirem os bens ou serviços resultantes do projeto. Os impostos não são considerados como custo, mas como parte do benefício total do projeto, transferidos à sociedade para que esta os gaste conforme desejar. Os subsídios, ao contrário, representam custos à sociedade, já que configuram despesas de recursos que a economia realiza para operar o projeto. Na análise financeira, tais modificações não são necessárias; os impostos são tratados simplesmente como custos e os subsídios como retorno.

3 — Na análise econômica, os juros sobre o capital são discriminados separadamente ou deduzidos do retorno bruto, já que representam parte do retorno total sobre o capital que está disponível à sociedade, e a análise econômica foi desenvolvida para estimar este retorno total, incluindo os juros. Na análise financeira, os juros pagos a fornecedores externos de recursos financeiros são tratados como custos, e, antes de se chegar ao cálculo do resultado, deduz-se a amortização de recursos tomados de fornecedores externos. Os juros devidos ou pagos a entidade de cujo ponto de vista está se realizando a análise financeira não são considerados como custos, porque representam parte do retorno total sobre o capital investido pela entidade e, portanto, parte do retorno financeiro que aquela entidade recebe.

Após termos feito esta distinção entre análise econômica e análise financeira, podemos supor que nosso interesse é principalmente com a avaliação econômica dos programas governamentais. Apesar disso, muitas vezes é importante que também se realize análise financeira. Assim, na maioria dos projetos agrícolas, para que o programa ou projeto dê bons resultados, é necessário que os agricultores, as cooperativas, as empresas privadas e mesmo as estatais tenham incentivos e fluxos de caixa adequados durante a implementação do projeto. Tais fluxos financeiros são identificados através de análises financeiras, cujos principais objetivos, em se tratando de projetos agrícolas, são:¹²

1 — Assegurar a existência de incentivos adequados para os agricultores e outros participantes do projeto.

2 — Avaliar o impacto financeiro do projeto sobre os agricultores e outros participantes, com base em uma análise da situação financeira atual dos participantes e em projeções a respeito de sua situação financeira futura, com a implementação do projeto.

3 — Oferecer ao projeto um sólido plano financeiro.

4 — Determinar se as necessidades financeiras dos participantes individuais estão adequadamente coordenadas, com base na projeção financeira global para o projeto como um todo.

5 — Avaliar, especialmente nas empresas de maior porte e entidades participantes dos projetos, a competência para o gerenciamento finan-

¹² Gittinger, J. Price; *Economic Analysis of Agricultural Projects*, p. 130.

ceiro, para poder estimar até que ponto terão condições de desempenhar suas tarefas de forma competente durante a implementação do projeto, e quais as mudanças gerenciais que poderão vir a ser necessárias.

*Estratégia de avaliação*¹³

A estratégia de avaliação pode ser considerada como um método através do qual são determinados os resultados de uma dada política ou programa. Em muitos casos, para avaliar uma política ou programa específico, faz-se necessária a combinação de vários métodos, mas, de maneira geral, os métodos de avaliação compreendem os seguintes estágios:

- 1 — projeto da avaliação;
- 2 — coleta de dados;
- 3 — análise.

O projeto da avaliação é o primeiro passo, e a sua escolha define tanto a informação necessária como o tipo de análise. O projeto da avaliação pode ser definido como o “modelo lógico utilizado para se chegar a conclusões a respeito de resultados”. É através dele que se estabelece o arcabouço lógico utilizado para se medir e avaliar os resultados do programa.

Os dados a utilizar são definidos no projeto da avaliação, no qual devem ser considerados os seus custos de obtenção, credibilidade, coleta e processamento. Os dados podem ser tanto qualitativos como quantitativos, e os métodos analíticos adotados guardam relação com o tipo de dados que serão obtidos.

Os métodos analíticos, tais como a análise de variância, a regressão, a relação custo-benefício ou custo-impacto, são escolhidos de acordo com os dados que estão disponíveis, conforme determinado pela escolha por ocasião do projeto da avaliação.

Os vários estágios da avaliação não são isolados ou independentes. Na maioria dos casos, eles interagem entre si, e o processo torna-se dinâmico, porque há uma contínua realimentação entre os vários estágios do trabalho.

*Etapas do processo de avaliação*¹⁴

Pode-se dizer que há três etapas principais no processo de avaliação:

- 1 — O planejamento da avaliação, quando é decidido que perguntas serão formuladas e que metodologia será utilizada para responder

¹³ Comptroller General, Treasury Board of Canada, *Program Evaluation Methods*, January 1991, pp. 2-12.

¹⁴ Treasury Board of Canada, Comptroller General; *Program Evaluation Methods*.

àquelas perguntas. Em termos práticos, isto geralmente compreende a preparação de um termo de referência, declarando o que, como e quando será feito.

2 — A aplicação da avaliação, bem como o relatório daí resultante, é uma etapa operacional importante, na qual coletam-se informações, executam-se análises, chegam-se a conclusões e fazem-se recomendações.

3 — A tomada de decisão é baseada nos resultados e nas recomendações da avaliação; isto exige um plano de implementação, no qual devem estar identificadas as mudanças a serem feitas, bem como por quem e em que período de tempo serão desencadeadas.

O aprofundamento desses assuntos está fora do escopo deste trabalho, mas na bibliografia há algumas leituras que podem ser úteis aos leitores interessados em examinar com maior profundidade o tema das metodologias de avaliação.

*Planejamento e orçamento*¹⁵

O orçamento federal reflete a orientação ideológica e política do governo, bem como o papel e o tamanho do Estado em relação à economia. A elaboração do orçamento deve estar intimamente relacionada com o planejamento de longo prazo dos investimentos nos setores básicos como energia, saúde, educação, transportes e tecnologia. Esse tipo de planejamento nacional é necessário para prover o governo e a sociedade com perspectivas e diretrizes de longo prazo, mas também deve considerar a necessidade de flexibilidade e adaptabilidade a novas situações, tanto internas como externas. Em resumo, deve haver um elo de ligação entre o planejamento e o orçamento, com ambos fazendo provisões para as incertezas futuras.

Em última análise, o orçamento reflete prioridades, dentre elas a abrangência e importância das políticas social e de investimentos, da política fiscal, da incidência de impostos e dos subsídios. A distribuição dos benefícios ou dos encargos entre as classes sociais ou entre as regiões é a essência do orçamento, e reflete, em parte, a importância política e a influência dos grupos envolvidos no processo orçamentário. Uma vez que a transferência de renda entre diferentes grupos é basicamente um assunto político, as autorizações orçamentárias efetuadas pelo Congresso são um dos instrumentos para se garantir um orçamento mais democrático. Além disso, para se alcançar a verdadeira democracia em casos em que as questões políticas são polêmicas e grandes as disparidades regionais, é provavelmente fundamental uma maior descentralização, bem como o fortalecimento da autonomia e responsabilidades dos Estados e Municípios.

¹⁵ *Simpósio sobre o Legislativo e o Orçamento; Senado Federal e Embaixada dos Estados Unidos da América, Brasília, 1986.*

Assim sendo, o orçamento é o principal instrumento de planejamento nacional, e a falta de associação entre orçamento e planejamento tem sido responsável por muitos malogros nas políticas de desenvolvimento em países do Terceiro Mundo.

As características mais desejáveis de um orçamento nacional parecem ser: a abrangência, a transparência e o realismo. Considerando-se que o orçamento nacional não é um documento único, mas a união do orçamento fiscal, do orçamento monetário e do orçamento das empresas estatais, sua análise e avaliação é tarefa difícil para os estrangeiros.

De qualquer maneira, é fundamental que o Congresso compreenda as principais propostas orçamentárias e suas possíveis conseqüências econômicas e sociais. Assim, é muito importante: compreender as dimensões do *déficit* do setor público, e a forma como deve ser financiado; estabelecer limites para as contas do governo, eliminando as chamadas contas em abertos, conhecer os custos das políticas sociais que podem estar relacionadas a políticas de investimento, e assim por diante. Parece, portanto, que a apreciação do orçamento efetuada pelo Congresso deve compreender principalmente a apreciação das macropolíticas adotadas pelo governo, e não tentativas de influenciar ou acompanhar a alocação de recursos a nível de programas, muito embora este tipo de acompanhamento possa também ser importante quando da apreciação do projeto da lei orçamentária.

Os principais objetivos da lei que trata das atividades orçamentárias do Congresso são: tornar mais transparentes os gastos da União, identificando todos os subsídios diretos e indiretos anteriormente financiados através do orçamento monetário; melhorar a compreensão dos gastos públicos, permitindo um melhor estabelecimento de prioridades; e avaliar o *déficit* público e as formas de financiá-lo. Isto promoveria uma racionalização dos gastos públicos e dos subsídios, e melhoraria a política e o planejamento fiscais.

SERVIÇO PÚBLICO

Ao tratar da prestação de contas do governo, um dos principais problemas é se o sistema é capaz de prover o público e as instituições supervisoras independentes de informações objetivas e confiáveis com respeito às ações do governo e seus possíveis resultados. Se as instituições públicas negarem-se ou forem incapazes de fornecer tais informações, seja pela falta de coerção legal suficientemente forte, seja pelas fortes pressões políticas oriundas do Executivo, ou simplesmente pelo grau de desorganização de suas estruturas internas, será impossível implementar uma política de avaliação eficaz.

A idéia de um Estado mais reduzido tem afetado o setor público em muitos países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas, especialmente nestes últimos, a redução do Estado tem muitas vezes levado a situações

em que a prestação de contas relativa às ações do governo torna-se quase impossível, devido à falta de dados confiáveis e às constantes reformas administrativas, que tornam difícil determinar as responsabilidades por mau gerenciamento de programas. Portanto, para muitos governos do Terceiro Mundo, a redução do tamanho da administração pública, muitas vezes sob pressões do FMI e do Banco Mundial, criou um Estado não apenas menor, mas que pode ser responsabilizado em menor grau, porque o controle e a avaliação feitos por terceiros têm se tornado mais difíceis.

Ao analisar o desempenho do setor público, especialmente em relação ao setor privado, supostamente mais eficiente, é importante observar que estes setores são diferentes, e que esta diferença influencia a estrutura e a administração das organizações. Em geral, o setor privado também não está sujeito ao mesmo nível de escrutínio público. As comissões parlamentares, os grupos de interesse ativos, o acesso à informação, as leis, a curiosidade pública e a atenção dos meios de comunicação colocam os servidores públicos na berlinda, onde todas as ações estão potencialmente abertas à análise e à crítica. Além disso, a preocupação do setor público de satisfazer simultaneamente diversos imperativos políticos coloca-o em desvantagem com relação ao setor privado, onde geralmente existe uma compreensão mais clara dos objetivos da empresa.

Finalmente, a sabedoria tradicional ensina que nem o conselho de administração nem os acionistas impõem aos seus próprios executivos e gerentes sênior o grau de restrições administrativas que é imposto aos administradores do setor público.¹⁶

Acredita-se que em muitos países em desenvolvimento os serviços públicos são grandes demais, caros demais e pouco produtivos; e que os servidores públicos, especialmente aqueles que ocupam cargos de administração, são pouco motivados.¹⁷ Crê-se geralmente que os principais problemas do serviço público nestes países sejam as despesas excessivas com os salários do setor público, o excesso de servidores públicos, a erosão dos salários individuais dos funcionários e a compressão geral dos salários. Assim, os serviços do governo são considerados caros demais com relação às suas receitas (ou ao com relação ao PIB desses países) e o número excessivo de pessoal é diretamente relacionado com a existência generalizada de orçamentos operacionais insuficientes para a manutenção e funcionamento dos órgãos governamentais.

Tais afirmativas, que podem ser encontradas nos documentos do Banco Mundial, refletem a abordagem que é atualmente adotada em muitos

16 Zussman, David; Jabes, Jak; *The vertical solitude: managing in the public sector*; Institute for Research on Public Policy, Halifax, 1989, p. 20.

17 Nunberg, Barbara; Nellis, John; *Civil Service Reform and the World Bank*, WPS 422, Public Sector Management and Private Sector Development, Country Economics Department, The World Bank, May 1990, p. 2.

países do Terceiro Mundo e naqueles países industrializados onde a ideologia do "livre-mercado" é particularmente forte. A exigência liberal de um Estado pequeno, limitado em sua influência sobre as questões econômicas e sociais, fortalece a exigência de redução do tamanho do serviço público, seja através da privatização, seja através de uma simples redução do número de servidores empregados pelas repartições públicas.

Enquanto isso, a metodologia para a determinação adequada dos níveis salariais tanto do setor público quanto do setor privado continua a ser motivo de discórdia. A questão de como medir a produtividade dos órgãos do governo central permitiu o florescimento de uma literatura vasta mas não conclusiva, e permanecem as questões acerca das conseqüências potenciais dos programas de redução de despesas do setor público, se não por outro motivo, pelo fato de que a capacidade relativa dos diferentes tipos de mercado de trabalho (rural-urbano, formal-informal) para absorver a mão-de-obra ociosa do setor público é pouco compreendida. Além disso, ainda são primitivas as técnicas analíticas para a determinação dos custos e benefícios diretos e indiretos, ascendentes e descendentes, de uma redução no setor público, ao mesmo tempo que os aspectos de economia política relativos à modificação das práticas de emprego e de pagamentos públicos apenas começam a ser analisados. Em resumo, os riscos políticos reais dos programas de redução de despesas do governo, em oposição aos riscos teóricos, não são conhecidos, nem tampouco passíveis de cálculo confiável no momento.¹⁸

Entretanto, apesar das dúvidas expressas de forma tão clara nos Documentos de Trabalho do Banco Mundial referidos acima, a redução do papel do Estado e do serviço público continua sua marcha não apenas nos países em desenvolvimento, mas também nos países industrializados, onde os serviços públicos eram considerados plenamente satisfatórios há apenas alguns anos.

Os esforços do governo para limitar o papel do serviço público também contribuíram para o declínio da confiança do público nas instituições governamentais; para a deterioração do relacionamento entre a superestrutura política e o serviço público; e para uma importante remodelação das regras parlamentares relativas à indicação de servidores para os altos postos.¹⁹ Visto que os ataques às políticas públicas são incapazes de distinguir entre os resultados da decisão política e aqueles decorrentes das práticas administrativas, o efeito é altamente destrutivo para o moral dos servidores públicos, que não têm qualquer forma de se defenderem.²⁰

18 Nunberg, Barbara; Nellis, John; *Civil Service Reform and the World Bank*, p. 4.

19 Zussman, David; Jabes, Jak; *The vertical solitude: managing in the public sector*, p. 4.

20 Zussman, David; Jabes, Jak; *The vertical solitude: managing in the public sector*, p. 5.

Embora os aspectos acima tenham sido extraídos de um estudo sobre o serviço público do Canadá, eles podem muito bem aplicar-se a qualquer outro país onde a redução do serviço público esteja ligada à redução dos serviços disponíveis para a população como um todo.

No Brasil, onde no passado o Estado podia ser caracterizado como "voltado para o desenvolvimento", a mudança recente no governo trouxe à luz novas idéias liberais, conforme já observado anteriormente. Um discurso recente, feito pelo então Secretário de Estado responsável pela reforma administrativa,²¹ confirma sua intenção de reduzir drasticamente o tamanho do serviço público para lidar com o alegado problema da despesa excessiva com salários, da ineficiência e da falta de motivação. Assim, 200.000 servidores públicos, de um total de 1,6 milhão, deveriam ser demitidos, e 28 instituições já foram extintas.

Em 9 de maio de 1990, o presidente já havia declarado a intenção do governo de colocar em disponibilidade de 20 a 30% do funcionalismo público (*IstoÉ*, 20 de junho de 1990, p. 17), o que significa aproximadamente de 320.000 a 400.000 empregos. Os critérios a serem adotados para a dispensa desses servidores públicos são: o encerramento das atividades de suas repartições; a redução de certas atividades (atividades-meio); a falta de estabilidade; a disposição de aceitar a aposentadoria antecipada; a suspensão dos contratos de locação de mão-de-obra ou um mau resultado na avaliação do desempenho do indivíduo.

O Secretário de Administração reconhece que os sindicatos dos servidores públicos não aceitaram como legítima a maioria desses critérios, muito menos a forma como eles foram aplicados. As questões legais decorrentes tanto da colocação em disponibilidade quanto da adoção de uma lista de espera, na qual os servidores públicos aguardam uma nova nomeação ou treinamento, enquanto recebem menos do que o salário normal, estão sendo julgadas nos Tribunais.

Na prática, menos funcionários foram colocados em disponibilidade do que o governo havia planejado e as custas dos muitos processos judiciais poderão na verdade levar a um aumento dos gastos do governo com pessoal. Enquanto isso, o serviço público está mais desmoralizado do que nunca à medida que os salários baixos, a falta de dinheiro e de apoio político causam um declínio progressivo no número e na qualidade de seus funcionários.

Além disso, à medida que os serviços vão-se deteriorando, a população torna-se ainda mais cética quanto ao papel do Estado. Desta forma, o Estado, ao cortar seus serviços e a qualidade de sua mão-de-obra, atrai para si próprio o estigma da ineficiência e fornece a justificativa para reduções ainda maiores.

A conclusão óbvia é que a não ser que o governo modifique o tratamento dispensado ao serviço público, é bastante improvável que o serviço

21 Santana, João; discurso no Congresso, junho de 1990.

público brasileiro seja capaz de alcançar um grau razoável de eficiência na consecução dos serviços ou de oferecer apoio efetivo a quaisquer mecanismos de avaliação que venham a ser estabelecidos pelo Congresso ou pelo Tribunal de Contas.

É fundamental que fique claro que, na ausência de um serviço público independente e bem estruturado, um grupo reduzido de servidores públicos, mesmo que altamente motivado e dotado de apoio político, será incapaz de desenvolver um sistema de avaliação consistente.

A EXPERIÊNCIA CANADENSE

No Canadá, os principais atores na área de avaliação são o "Controller" Geral e o Auditor Geral. Em 1973, a competência do "Office of the Auditor General" — OAG (Auditoria Geral do Canadá) foi ampliada para além da auditoria tradicional, a fim de abranger a auditoria operacional. Em 1978, foi criado o "Office of the Comptroller General" — OCG (Escritório de Controladoria Geral) (Lei da Administração Financeira, Capítulo 33), e foram-lhe atribuídas responsabilidades definidas na Circular de Políticas 1977-47, anteriormente desempenhadas pelo Conselho do Tesouro.

É útil estabelecer aqui uma distinção entre avaliação de programa e auditoria, visto que isso distingue o papel do "Controller" do papel do Auditor no sistema.

"A avaliação de programa é o exame e a análise periódica, independente e objetiva de um programa, para determinar, à luz das circunstâncias do momento, a adequação de seu objetivo, seu projeto e seus resultados, tanto os planejados quanto os não-planejados. As avaliações questionarão a própria existência do programa. São examinadas questões como a base lógica do programa, seu impacto sobre o público e sua eficácia com relação aos custos, se comparados com formas alternativas de consecução de programas." ²²

"A auditoria interna é o exame e a apreciação de todas as operações do setor, inclusive atividades administrativas, para o fim de aconselhar a administração quanto à eficiência, economicidade e eficácia das práticas e controles internos da administração." ²³

O Escritório de Controladoria Geral — OCG

O sistema canadense de avaliação foi em parte desenvolvido com o objetivo de fornecer, aos tomadores de decisões e aos administradores, informações relativas à alocação de recursos e a margem para o aperfeiçoamento de programas. Outro objetivo que foi considerado importante foi a prestação

²² Senate Committee on National Finance; *idem*, p. 6.

²³ Senate Committee on National Finance; *idem*, p. 6.

de contas e, em 1977, a Circular de Políticas 1977-47, do Conselho do Tesouro, iniciou uma política de avaliação sistemática de programas em todos os departamentos e órgãos do governo canadense.

Uma característica desta abordagem gerencial voltada para a decisão era a de que o chefe de cada órgão e departamento era, simultaneamente, o principal cliente e a pessoa responsável pelo estabelecimento das ações de avaliação de programas. Além disso, todos os programas tinham de ser avaliados periodicamente a cada três ou cinco anos. Finalmente, havia a exigência de um plano de avaliação de programas em cada departamento e órgão, bem como a elaboração de estruturas de avaliação tanto para os programas novos como para os já existentes.²⁴

As responsabilidades do Escritório de Controladoria Geral são: desenvolver e manter um relacionamento estreito com todos os órgãos e departamentos, a fim de aconselhá-los e auxiliá-los na implementação de seus programas de avaliação; estabelecer políticas e emitir diretrizes sobre avaliação de programas; e pronunciar-se a respeito da função de avaliação de programas, de documentos e de relatórios de avaliação apresentados pelos diversos departamentos e órgãos. É importante observar, no entanto, que o OCG não tem poder para obrigar a implementação da avaliação de programas, nem possui os instrumentos legais para impedir o repasse de recursos de programas para órgãos e departamentos que não obedeçam às suas diretrizes.²⁵

Em março de 1990, perante a Comissão do Senado para as Finanças Nacionais, o "Controller" Geral do Canadá fez as seguintes observações a respeito do papel de seu Escritório no sistema de avaliação: "institucionalizar a avaliação como um componente da boa administração que seja aceito e posto em prática." É necessário que "a avaliação federal seja julgada basicamente por sua relevância e utilidade para a tomada de decisões e para a prestação de contas do governo". Dessa forma, a avaliação deve ser considerada como "um instrumento da administração superior para o aperfeiçoamento do desempenho de programas, para a realocação de recursos e para a elaboração de relatórios sobre o desempenho a nível de departamentos".²⁶

Ao mesmo tempo, o "Controller" deixou claro que em sua opinião "a avaliação de programas é uma função a ser desencadeada dentro dos departamentos". "O sistema que elaboramos é um sistema interno para servir ao Executivo, e não para oferecer visões conflitantes para serem debatidas em um fórum político."²⁷

24 Senate Committee on National Finance; *The Program Evaluation System in the Government of Canada*; janeiro 1991, p. 5.

25 Senate Committee on National Finance; *The Program Evaluation System in the Government of Canada*; p. 7.

26 Senate Committee on National Finance; *idem*; p. 8.

27 Senate Committee on National Finance; *idem*; p. 9.

Essas afirmações oferecem uma definição muito boa do sistema de avaliação adotado, que é um sistema orientado para o nível gerencial, trabalhando para os e dentro dos departamentos e órgãos, sem qualquer poder legal para solucionar conflitos, e, portanto, dependente de uma abordagem consensual e cooperativa para solucionar os problemas.

Um componente do sistema de avaliação é o Plano do Governo para a Avaliação de Programas (GPEP), que o Escritório da Controladoria prepara anualmente para informar “aos avaliadores de programas as prioridades do Governo de modo que os departamentos possam levá-las em conta em suas atividades de avaliação.”²⁸

Quando o GPEP foi elaborado pela primeira vez em 1981, pretendia-se que ele fosse um vínculo entre a avaliação e o Sistema de Administração de Despesas e Política (PEMS), que estava sendo elaborado àquela época. “Os planos dos departamentos para a avaliação de programas deveriam ser desenvolvidos em colaboração com as secretarias da Comissão de Políticas e com o Conselho do Tesouro; um plano de avaliação de longo prazo deveria ser apresentado ao Conselho do Tesouro juntamente com um Plano Operacional Plurianual (MYOP) até 31 de março de cada ano; e, conseqüentemente, a avaliação de programas deveria tornar-se uma parte integral da administração de despesas por parte do governo”²⁹

O relatório do GPEP-89 conclui que tem havido progresso no que se refere às expectativas mútuas dos órgãos federais e seus departamentos, as quais tornaram-se mais claras graças à melhor colaboração e comunicação. Além disso, a “Increased Ministerial Authority and Accountability” (IMAA)** levou os departamentos a elaborarem, juntamente com seus órgãos centrais, “Memorandos de Entendimento”, definindo as prioridades para a avaliação de programas. Outro progresso mencionado no relatório refere-se ao fato de que os requisitos de avaliação são agora mais integrados com os requisitos de avaliação do programa de despesas.³⁰

O GPEP-89 também reconhece a necessidade de uma “análise mais explícita da eficácia relativa, com respeito a custos, de projetos alternativos” para melhorar a eficiência dos programas. Novamente, isto reflete uma visão da avaliação como um instrumento gerencial, a ser usado dentro dos departamentos e dos órgãos com o fim de estimular a cooperação e o consenso entre seus membros.

O GPEP-89 também observa que desde a criação da política de avaliação, há doze anos, a mesma ainda não foi formalmente revisada, mas

28 Senate Committee on National Finance; *idem*; p. 10.

29 Senate Committee on National Finance; *idem*; p. 6.

30 Treasury Board, Comptroller General; *Government Evaluation Plan, GPEP 1989*, pp. 1-2.

que agora o Conselho do Tesouro está fazendo isso sob a influência do IMAA. Um dos primeiros passos foi definir os padrões desejáveis para a boa avaliação no ambiente atual. São eles:

“— Com base em um plano estratégico, o departamento avalia, com credibilidade, o desempenho de seus programas, levando em conta os objetivos e prioridades tanto do departamento quanto do governo.

— Os programas do departamento são confirmados ou modificados de acordo com as evidências trazidas à luz pelas avaliações.

— A divulgação dos resultados e das conclusões da avaliação é feita de maneira clara e equilibrada.”³¹

No mesmo documento, considera-se que os padrões de trabalho para os estudos de avaliação sejam os seguintes:

“— A avaliação trata das questões prioritárias do programa.

— O desempenho do programa é medido de uma forma válida e confiável.

— Os relatórios de avaliação são equilibrados.

— Os resultados e conclusões da avaliação são usados para melhorar, modificar ou confirmar o programa e para atender os requisitos do relatório de prestação de contas.”³²

O significado destes padrões é que a avaliação de programas continua a ser vista como parte de uma estratégia gerencial e permanece como responsabilidade do chefe do departamento. Significa também que alguém tem de coordenar tanto o gerenciamento rotineiro da avaliação quanto a elaboração do plano plurianual de avaliação, visto que ambos estão estreitamente relacionados. Embora considere-se que alguns aperfeiçoamentos no procedimento e na abrangência sejam necessários no futuro, o GPEP (1989) considera satisfatório o sistema como um todo.

A Auditoria Geral — OAG

Outro agente importante no sistema canadense de avaliação é a Auditoria Geral. Tradicionalmente, a auditoria tem duas funções principais: dar credibilidade a balanços financeiros e responder “diretamente ao legislativo nos casos em que tenha faltado a devida consideração à economi-

31 GPEP 1989, p. 6.

32 GPEP 1989, p. 7.

dade e/ou à eficiência e onde houver processos inadequados para mensurar e efetuar relatórios com respeito à eficácia".³³

Na opinião do Auditor-Geral, a mensuração da eficácia é responsabilidade dos gerentes, de acordo com o nível ao qual prestam contas. A eficácia, de acordo com um Painel estabelecido pela Fundação Canadense de Auditoria Abrangente, "não é um conceito único e indivisível. Ela contém componentes subjetivos e carregados de valor, que vão-se modificar com o tempo e de acordo com o ponto de vista dos departamentos e dos avaliadores. Frequentemente, a elaboração de julgamentos a respeito da eficácia implica a ponderação de medidas e objetivos múltiplos, conflitantes e às vezes contraditórios".³⁴

Comentários a respeito do sistema de avaliação do Escritório da Controladoria Geral

Um relatório intitulado "O Sistema de Avaliação de Programas no Governo do Canadá", divulgado pela Comissão Permanente do Senado, em janeiro de 1991, oferece uma visão crítica do sistema canadense de avaliação. O documento sugere que as avaliações, atualmente sendo feitas pelo "Controller" Geral, "são na verdade nada mais que relatórios de consultores prestando serviços à alta administração, para tratar de problemas administrativos"; o relatório transmite ainda a idéia de que os departamentos "não têm a competência... nem a influência necessárias para fazer da avaliação de programas um evento substantivo, e não meramente um evento pró-forma".³⁵

Nesse contexto, o relatório expressou dúvidas quanto à utilidade dos resultados da avaliação de programas para a tomada de decisões, visto que apenas 10% das decisões de alocação de recursos foram influenciados por tais avaliações.³⁶ Também foram levantadas dúvidas quanto à independência dos avaliadores nos departamentos e órgãos, uma vez que tais profissionais são funcionários das próprias instituições que avaliam.

Segundo esta mesma Comissão do Senado, o GPEP 1989 descreveu uma "análise de 150 estudos de avaliação concluídos entre 1984 e 1988, para determinar de que maneira os resultados das avaliações eram usa-

33 Canadian Comprehensive Auditing Foundation; *Effectiveness, Reporting and Auditing in the Public Sector*; p. 16.

34 Canadian Comprehensive Auditing Foundation; *idem*; p. 18.

35 Senate Committee on National Finance; *The Program Evaluation System in the Government of Canada*, p. 1.

36 Senate Committee on National Finance; *The Program Evaluation System in the Government of Canada*, p. 15.

dos... Esta análise mostra que apenas 17 desses estudos levaram a um importante redimensionamento de programa, enquanto que 50% resultaram no que se poderia, grosso modo, chamar de gerenciamento aperfeiçoado (*melhorias operacionais de programas e compreensão e fiscalização aperfeiçoadas do desempenho de programas*). Quando analisada em conjunto com a crítica do OCG de que as avaliações não estão examinando as grandes questões e alternativas, esta observação causa uma grande preocupação à Comissão".³⁷

Esse mesmo documento do Senado observou que o Relatório de 1990 do Auditor-Geral fez restrições à qualidade e à abrangência da maioria das avaliações, citando exemplos como o Serviço de Parques Canadenses, que nunca foi avaliado, embora tenha um orçamento anual de 387 milhões de dólares e empregue 4.700 pessoas; ou o Departamento do Meio Ambiente, no qual apenas 10% das atividades foram avaliados no período 1984/89.³⁸

O GPEP-1989 contém um resumo de uma análise, feita pelo Escritório da Controladoria, de estudos de avaliação concluídos nos cinco anos anteriores. Ele conclui que "a maior parte das ações conduz a melhorias importantes nos programas. Entretanto, relativamente poucas avaliações identificaram e analisaram claramente abordagens alternativas importantes para o dimensionamento e a consecução do programa avaliado".³⁹

Entre os problemas do sistema de avaliação do OCG identificados pelo relatório da Comissão do Senado, o "timing" e o isolamento da avaliação do programa com relação a quaisquer pontos de referência definidos, seja externamente ou dentro do próprio departamento,⁴⁰ estavam talvez entre as maiores causas da utilização limitada desses estudos de avaliação por parte do Parlamento durante a apreciação das estimativas.

Geralmente, fica claro que a avaliação, embora importante, é atualmente apenas uma parte do processo de tomada de decisão da administração. Ao mesmo tempo, as forças políticas, econômicas e sociais desempenham papéis importantes que não devem ser ignorados ao se examinar a utilidade potencial da avaliação.

Ao se criticar a reduzida abrangência das avaliações atuais, também é importante lembrar que esse tipo de avaliação tem não só custos mas também limitações técnicas e políticas, e que estas devem ser levadas em consideração. Algumas vezes o custo de uma avaliação pode vir a exceder seus benefícios, ou a possível perda para a sociedade caso alguma avaliação fosse

37 Senate Committee on National Finance; idem; p. 11.

38 Senate Committee on National Finance; idem; p. 12.

39 GPEP 1989, p. 2.

40 Senate Committee on National Finance; idem; p. 13.

feita. Em outros casos, como no caso dos programas sociais, a eficiência da consecução de serviços pode ser questionada, mas a lógica básica de tais programas não pode ser colocada em dúvida com base em termos essencialmente econômicos ou financeiros.

Comentários a respeito das políticas do Auditor-Geral

No que se refere ao Auditor-Geral, a Comissão do Senado concluiu que “a competência do Auditor-Geral já é suficientemente ampla na área de auditoria operacional e não deveria ser expandida”.⁴¹ Outros, como Sharon Sutherland, exprimem sua preocupação com a importância da auditoria de análise de valor;⁴² isto significa que o OAG tornou-se uma “força” na tomada de decisões, um papel que não é apropriado em um governo representativo e democrático. Sutherland crê que o OAG deveria restringir-se à auditoria tradicional, respeitando o governo eleito como o único a deter poder legítimo para a tomada de decisões, e preservando sua credibilidade através da limitação de suas atividades de acordo com os critérios tradicionais da auditoria financeira.

“Em um sistema redimensionado, conforme o desejo do Auditor-Geral federal, todas as decisões, administrativas e políticas, estariam sujeitas a serem testadas de acordo com padrões bastante amplos e vagos (com certeza muito mais amplos do que os atuais padrões de auditoria do setor privado), por burocratas da função da auditoria externa, designados para tal. Em um sistema como esse, a capacidade do gabinete para a tomada de decisões seria reduzida, o papel de crítica às políticas exercido pela oposição política estaria previamente esvaziado por um sentinela financeiro externo, e o vínculo da burocracia com o Executivo, bem como sua lealdade e gestão compartilhada, seriam enfraquecidos em aspectos importantes.”

As percepções dos políticos e burocratas a respeito das questões de Estado nem sempre são semelhantes, e podem ser totalmente diferentes quando se trata de orçamento, planejamento e fiscalização. Douglas Hartle⁴³ oferece uma visão muito interessante da situação atual: ele sugere que podem ser infundadas as preocupações com o poder do OAG no que diz respeito a políticas, tendo em vista o fato de que “apesar dos amplos orçamentos do OAG, de um esforço considerável da parte da

41 Senate Committee on National Finance; *The Program Evaluation System in the Government of Canada*, p. 17.

42 Sutherland, Sharon; *The politics of audit: the federal Office of the Auditor General in a comparative perspective*; *Canadian Public Administration*, vol. 29, n. 1 (Spring) 1986, pp. 118-48.

43 Hartle, Douglas G.; *Perception of the expenditure budget process: survey of federal and provincial legislators and public servants*; in *Canadian Public Administration*, vol. 32, n. 3 (Fall), pp. 427-448.

Controladoria Geral insistindo que os departamentos coloquem em prática a avaliação, e bastante publicidade associada com os relatórios anuais do auditor-geral, parece que pouquíssima coisa mudou no que se refere à auditoria operacional”.

Hartle conclui que o conceito de análise de valor é bastante simplista, pois, apesar de a economicidade e a eficiência serem condições necessárias para o óbvio sucesso, não constituem base suficiente para avaliar uma política ou um programa. Além disso, ao se examinar as políticas públicas, não se pode ignorar o fato de que há muitos aspectos dessas políticas que não podem ser medidos em termos quantitativos.

Assim, em vez de uma avaliação padrão de políticas, seria mais adequada uma análise de políticas, apesar de que este tipo de análise estaria muito relacionado com as visões políticas do governo ou da instituição encarregada do processo de avaliação.

O Parlamento e o sistema de avaliação

A questão principal no que concerne ao controle e avaliação das políticas e programas do governo por parte do Parlamento é decidir se o processo de divulgação e prestação de contas realmente aumenta a transparência democrática das ações executivas e oferece à sociedade as informações e a capacidade de promover mudanças.

O estudo de Sutherland⁴⁴ questiona se o Parlamento canadense beneficiou-se da introdução, nos últimos anos, de orçamentos-programa, e especialmente da adoção da “avaliação operacional (de impacto)”.⁴⁴ Ela receia que, caso o Parlamento adote uma ênfase crescente na assim chamada abordagem racional, isso venha a alienar a liderança política de muitas decisões importantes, encorajando a “política silenciosa ou burocrática em vários níveis; dentro dos departamentos; entre departamentos e o OAG; e em um sistema implícito de entendimento dos dirigentes do OAG, dos órgãos centrais e do governo”.

Não existem relatórios formais ao Parlamento por parte do OCG ou do Conselho do Tesouro, de modo que a disposição da Parte III das Estimativas é atualmente o único vínculo direto entre a função de avaliação de programas e o Poder Legislativo. Segundo o relatório apresentado pela Comissão do Senado para as Finanças Nacionais, é difícil estabelecer uma “relação entre os programas que são avaliados e as questões que se pede que o Parlamento aprove no que se refere às Estimativas. A consequência é que a decisão do Parlamento que aprova os gastos do governo não tem

⁴⁴ Sutherland, S. L.; *The evolution of program budget ideas in Canada: Does Parliament benefit from Estimates reform?*; Canadian Public Administration, vol. 2 (Summer), pp. 133/164.

'qualquer relação com as informações disponíveis nos estudos de avaliação".⁴⁵

Esse mesmo relatório do Senado também diz que "embora o Auditor-Geral seja um funcionário do Parlamento, ele jamais atendeu a solicitações específicas do Parlamento ou de suas Comissões, por razões que não estão claras para a Comissão".⁴⁶

Considerando-se que a lógica básica do sistema de avaliação do OCG era o de dotar a administração de um instrumento para aumentar a eficiência e a eficácia, e de garantir a adequada prestação de contas, uma apreciação do processo de avaliação deveria levar em conta a influência deste no desempenho da administração dentro do serviço público canadense. É evidente que o atendimento das necessidades do Parlamento não constava dos objetivos básicos do sistema de avaliação que foi estabelecido, mas, de qualquer forma, merece uma análise detalhada a crítica de que esse sistema não oferece um apoio melhor ao Parlamento durante os debates acerca do Projeto de Lei Orçamentária.

O papel do Auditor-Geral tem sido criticado como sendo excessivamente abrangente, especialmente no que se refere ao exame ou auditoria de lógicas de políticas ou programas, e demasiado distante da tarefa muito mais controvertida que é a auditoria financeira. Esta crítica supõe que em um país democrático, os tomadores de decisão e os partidos políticos no poder representam uma grande proporção da população, e que os representantes dos partidos de oposição poderiam oferecer uma crítica e uma fiscalização eficazes das ações do governo.

Visto que em qualquer governo os aspectos econômicos representam apenas uma parte do processo de tomada de decisão, as variáveis políticas deveriam ser levadas em conta seja na formulação seja no julgamento de programas e políticas oficiais. Este elemento político é de difícil mensuração, e é esta dificuldade que dá margem à maior parte das críticas à ampliação dos poderes do Auditor. A legitimidade de uma organização burocrática ao avaliar tomadores de decisão que tenham sido eleitos, em um ambiente carregado de valores políticos, pode ser legitimamente questionada, ao mesmo tempo que a auditoria financeira, operando sob diretrizes bem definidas, não tem sido criticada.

De acordo com o relatório do Senado, citado anteriormente, o relacionamento do Auditor-Geral com o Parlamento parece restringir-se à apresentação formal do Relatório Anual. Dada a estrutura política do Canadá, o Parlamento exerce um papel mais importante do que em um sistema presidencialista como o dos Estados Unidos. Neste último, o

45 Senate Committee on National Finance; p. 18.

46 Senate Committee on National Finance; Idem; p. 17.

Legislativo é, pelo menos teoricamente, um poder igual e independente, enquanto que em um sistema parlamentarista, espera-se que o Parlamento seja o próprio governo.

Talves seja a independência do Parlamento frente ao Executivo a responsável pelo fato de que o Congresso parece exercer um papel mais ativo na fiscalização e avaliação das ações do Executivo nos governos presidencialistas. Em tal contexto, a avaliação contestatória*** parece ser mais aceitável para todos os partidos políticos.

A EXPERIÊNCIA DE AVALIAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos as principais instituições encarregadas de fiscalizar as ações do Executivo são o "General Accounting Office" — GAO (Escritório Geral de Contas) e o "Office of the Inspector General" — OIG (Inspetoria Geral). Além destes, em cada órgão há uma unidade encarregada do planejamento, avaliação e/ou orçamentação. Portanto, nos Estados Unidos a avaliação do governo federal é feita por três instituições diferentes, com clientes e objetivos distintos, embora em alguns casos elas pareçam sobrepor-se em suas áreas de ação. O sistema é complexo, e não é o objetivo deste trabalho fazer julgamentos abrangentes acerca de sua eficiência e eficácia. Este trabalho buscará apenas descrever rapidamente os órgãos encarregados da avaliação externa (o OIG e o GAO), e enfatizar seu relacionamento com o Congresso.

A Inspetoria Geral — OIG

Em meados da década de 70, como resultado das crescentes exigências do Congresso e da sociedade por uma maior prestação de contas* por parte do governo, foi criada a Inspetoria Geral (OIG) (Lei do Inspetor-Geral de 1978; Lei Pública n.º 95 — 452). A exigência de maior prestação de contas* foi supostamente consequência de uma crescente conscientização da sociedade no que se refere ao tamanho, abrangência e complexidade das operações do governo; da extensão dos crescentes problemas econômicos; e da credibilidade decrescente do Estado após o escândalo de *Watergate*.

A OIG foi concebida para estimular a economicidade, a eficácia e a eficiência das operações federais e para evitar a fraude, o desperdício e a má administração. Seus escritórios são independentes, no sentido de que têm autoridade legal, e têm uma dupla responsabilidade, pois respondem tanto à administração dos órgãos onde estão sediados quanto ao Congresso. A idéia na qual se baseia essa dupla prestação de contas é a de assegurar a independência e a divulgação ao público dos documentos da OIG. Além disso, a OIG procura defender suas conclusões e tenta incluí-las no debate político (advocacy approach).

Os escritórios da OIG devem ter três funções: auditoria, investigação e inspeção. A auditoria pode ser externa ou interna; as investigações podem ser criminais, civis ou administrativas; e as inspeções podem ser consideradas como avaliações fortemente voltadas para o cliente, com ênfase na oportunidade e utilização da informação. Em sentido formal, a avaliação da OIG tem sido bem sucedida, uma vez que suas conclusões são amplamente divulgadas e muitas recomendações já foram adotadas por formuladores de políticas no Executivo e no Legislativo.

Ao mesmo tempo, os procedimentos tradicionais de avaliação dentro do governo perderam importância, conforme exemplificado pela redução de pessoal e de recursos dedicados às unidades de avaliação no governo federal.⁴⁷ Esse sistema de avaliação, que foi estabelecido na década de 70, baseava-se principalmente na utilização de uma metodologia de pesquisa, e a maior parte desse trabalho era executado por consultores externos e universidades através de contratos. Além de serem dispendiosos, geralmente os projetos demoravam muito para serem concluídos e, de acordo com Henderson, Mangano e Moran, essa atividade entrou em declínio como resultado da crescente insatisfação dos formuladores de políticas com a oportunidade, relevância e custo desses estudos.

Apesar do relativo sucesso das inspeções, atualmente preferidas, há muitas críticas, algumas referentes à abordagem de curto prazo geralmente adotada, pois supõe-se que o impacto de algumas ações do governo, ou mesmo de inações, necessitaria de estudos de avaliação de longo prazo.

Outros criticam a motivação política por trás das inspeções, que dão ênfase à redução de gastos e à eficiência nos órgãos do governo, mas que, em sua ânsia de impedir a fraude, o desperdício e o abuso, negligenciam outros aspectos de tais programas. Assim, argumenta-se que a avaliação baseada em práticas mais rigorosas de pesquisa social daria mais atenção ao forte impacto das ações do governo do que a pontos de vista administrativos e operacionais limitados.

Outra crítica enfoca o conflito potencial inerente à dupla prestação de contas, visto que as necessidades dos administradores podem ser diferentes daquelas dos legisladores. Uma vez que o escritório da OIG precisa fornecer informações a dois clientes diferentes, com dois propósitos diferentes, é difícil para ele escolher entre apresentar informações orientadas para a administração e apresentar subsídios destinados a enfatizar a prestação de contas externa.

Além disso, a necessidade de divulgar suas conclusões para o público, bem como a importância da publicidade podem introduzir um preconceito

⁴⁷ Hendricks, M.; Mangano, M.; Moran, W.; *Inspectors General: a new force in evaluation*.

na seleção dos programas a serem inspecionados, de forma que programas de baixo custo, mas com menor apelo político, podem ser de certa forma ignorados para fins de inspeção.

Uma posição mais militante de defensor de suas conclusões, por parte da OIG, pode também ser percebida como uma ameaça pelos órgãos avaliados, e isso pode reduzir o espaço para a cooperação mútua entre os avaliadores e os administradores. Além do mais, uma abordagem mais política, mais partidária poderia ainda trazer alguma tendenciosidade para a seleção dos programas a serem inspecionados e para a metodologia adotada.

Outro aspecto que distingue a inspeção dos procedimentos tradicionais de avaliação é a composição da OIG, em que há principalmente investigadores e auditores, sem muita experiência em pesquisa social. Devido à sua formação profissional, tais profissionais tendem a dar mais ênfase à prestação de contas, enquanto que os cientistas sociais tendem a dar preferência à mensuração do impacto do programa.

Para resumir, as principais críticas feitas pelos avaliadores nos Estados Unidos a respeito do trabalho da OIG são: 1 — ênfase excessiva nos resultados de curto prazo; 2 — envolvimento político excessivo, através da publicidade dada às conclusões e da participação nos debates do Congresso; 3 — ênfase excessiva na prestação de contas, em detrimento da mensuração do impacto; 4 — uma abordagem excessivamente agressiva e partidária, reduzindo assim a cooperação entre as autoridades do Executivo e os inspetores; 5 — conflito potencial entre os objetivos do cliente.

Contudo, a independência da OIG, sua abordagem voltada para o cliente, juntamente com o interesse do Congresso por suas conclusões e recomendações, têm tornado muito importantes as inspeções no sentido de fornecer aos tomadores de decisão as informações necessárias no momento certo. Quaisquer que sejam as críticas metodológicas feitas pelos avaliadores de pesquisa social, não se pode negar a utilidade dessas inspeções. Estas críticas refletem corretamente as limitações desta abordagem, mas permanece o fato de que essas inspeções podem ser consideradas um instrumento valioso para incrementar a prestação de contas por parte do governo perante o Parlamento.

O Escritório Geral de Contabilidade — GAO

A principal responsabilidade do GAO é dar apoio ao Congresso através de seus serviços, principalmente às auditorias e avaliações (estudos) dos programas e atividades federais. O GAO entra em ação em resposta a solicitações do Congresso, seja de presidentes de comissões ou membros individuais. Além disso, alguns estudos são "iniciados em virtude de

compromissos permanentes com comissões do Congresso, e outros são especificamente exigidos por lei".⁴⁸ Além de entrar em ação quando solicitada, e refletindo suas responsabilidades legislativas, a equipe do GAO produz algumas avaliações a seu critério, usando um processo interno de seleção.

Qualquer programa, atividade ou função federal pode vir a ser examinado pelo GAO, sendo que as principais áreas de atuação são as seguintes: contabilidade, agricultura, defesa, energia, meio ambiente, administração financeira, saúde, habitação, seguro de rendas, informática, serviços internacionais, intergovernamentais e militares, impostos e transportes. Isto significa que o Congresso pode, através do GAO, examinar todas as atividades do governo, nos níveis local e federal, tanto no país quanto no exterior, pois há escritórios do GAO nos 50 Estados e em muitos países estrangeiros.

De acordo com o documento "Trabalhando para o Congresso", elaborado pelo GAO, os "tipos de questões que o GAO responde são os seguintes:

— Os programas do governo estão sendo executados de acordo com as leis e regulamentos aplicáveis ao caso? São corretos os dados fornecidos ao Congresso a respeito desses programas?

— Existem oportunidades de eliminar o desperdício e o uso ineficiente dos recursos públicos?

— Os recursos estão sendo aplicados de forma legal? Sua contabilização está correta?

— Os programas estão atingindo os resultados esperados, ou são necessárias modificações nas políticas ou na administração do governo?

— Há maneiras melhores de se atingir os objetivos do programa a custos menores?

— Quais são as questões principais ou novas que o Congresso deve examinar?"⁴⁹

Muitas dessas questões poderiam ser colocadas por qualquer unidade que estivesse encarregada de fiscalizar e avaliar as atividades do governo. As principais diferenças entre o GAO e os órgãos de avaliação mais tradicionais são seu relacionamento especial com o Congresso, sua total independência do Executivo, sua cobertura de um espectro tão vasto de tópicos (de mísseis nucleares a práticas agrícolas alternativas, de desenvolvimento

⁴⁸ GAO, General Accounting Office; *Serving the Congress*; Washington, USA, p. 3.

⁴⁹ GAO, General Accounting Office; *Serving the Congress*; p. 4.

urbano ao espaço sideral), e sua flexibilidade na execução de diferentes tipos de estudos bem como a importância política de suas conclusões.

A maior parte do trabalho do GAO é feita internamente, mas quando ele não dispõe dos especialistas necessários, técnicos de fora são chamados. A equipe do GAO é multidisciplinar e seus membros são especialistas em áreas como contabilidade, direito, administração pública, ciências sociais, economia e engenharia.

O GAO⁵⁰ faz questão de uma constante comunicação com o Congresso antes e durante uma avaliação. Antes do início do trabalho, a equipe do GAO, juntamente com os solicitantes do estudo, determinam os objetivos, a viabilidade, a abrangência, os prazos e o tipo de produto final. Para garantir que o trabalho atenderá às necessidades dos clientes, a equipe do GAO encarregada do mesmo é incentivada a manter contato, durante sua realização, com os solicitantes do trabalho, através de relatórios orais ou escritos.

Os planos de longo prazo do GAO também são discutidos com o Congresso, para identificar as áreas potenciais de avaliação e assegurar que elas serão úteis aos políticos.

Quando o GAO não se sente capaz de assumir uma incumbência, ele pode sugerir que o solicitante entre em contato com outros órgãos legislativos, tais como o "Congressional Budget Office" (Escritório Orçamentário do Congresso), o "Congressional Research Service" (Serviço de Pesquisas do Congresso) ou o "Office of Technological Assessment" (Escritório de Avaliação Tecnológica). Por fim, o solicitante pode ser encaminhado a uma repartição específica ou ao "Office of the Inspector General" (Inspeção Geral).

As incumbências do GAO podem ser resumidas como o dever de atender com independência às necessidades do Congresso, usando padrões técnicos de avaliação que sejam confiáveis. A principal crítica feita a esse sistema diz respeito a sua possível tendenciosidade política, que poderia limitar os assuntos analisados ou interferir na metodologia. Também as limitações gerais de tempo podem ser fonte de preocupação, uma vez que algumas análises só podem ser realizadas ao longo de períodos de estudo relativamente longos. Além disso, a ausência de prazos adequados pode também ter uma influência negativa na escolha das metodologias e dos métodos de coleta de dados.

O GAO também ampliou sua área de ação, indo além das auditorias clássicas e, a exemplo do "Auditor General" (Auditor-Geral) do Canadá, vem desenvolvendo estudos de análise operacional. A Divisão de Avaliação

⁵⁰ GAO, General Accounting Office; *Serving the Congress*; p. 19.

de Programas e Metodologia do GAO trabalha muito nessa linha. Outros serviços adicionais oferecidos pelo GAO incluem assessoria nas áreas de políticas contábeis e de administração financeira, sugerindo ao Executivo princípios e padrões contábeis. Por fim, o Escritório também da consultoria a órgãos federais a respeito de políticas fiscais e de padrões para a auditoria de programas governamentais.

Paralelamente a esses diversos serviços de auditoria e avaliação, o GAO também oferece pessoal especializado para realizar investigações especiais e assessores avaliadores e auditores em processos penais e civis. No entanto, o GAO não é um órgão com o poder de coerção legal: "quando solicitado, encaminha os resultados de suas investigações ao Departamento de Justiça e a outras autoridades com competência para fazer executar a lei."

Num balanço geral, ao GAO pode ser considerado como bem-sucedido na tarefa de prestar informações relativas a questões políticas e administrativas de interesse dos poderes Legislativo e Executivo, no processo decisório.

Comentários sobre a experiência norte-americana

Como já dissemos anteriormente, o objetivo deste trabalho não é julgar o sistema aqui descrito, mas utilizar as informações disponíveis para pensar sobre o quanto dessa experiência poderia ser útil em outro contexto.

A característica principal do sistema norte-americano de prestação de contas é a ampla participação do Congresso nos processos de avaliação. Através do GAO e do OIG, o Congresso pode exigir a realização de estudos específicos, visando sanar suas dúvidas a respeito de qualquer assunto, programa, projeto ou função sendo implementada pelo Executivo, não apenas a nível federal mas também a níveis estadual e municipal. Pode também solicitar as informações necessárias à apresentação de uma nova proposta, à determinação de uma linha de ação política ou à realização de investigações sobre fraude, abuso de poder ou outras formas de atos criminosos por parte de membros do governo.

Além de seu vínculo com o GAO e o OIG, o Congresso mantém ligações com os setores de planejamento, avaliação e orçamento dos diversos órgãos, uma vez que, por ocasião da discussão do orçamento, são realizadas amplas argüições, das quais participam não apenas funcionários desses setores, mas também os diretores dos vários departamentos de cada órgão. Portanto, mesmo, os setores ligados principalmente aos sistemas de avaliação interna para fins administrativos e orçamentários, têm-se que submeter ao crivo do Congresso.

Uma outra característica digna de nota é que o GAO e o OIG realizam, muitas vezes por conta própria, avaliações, tanto contestatórias, como aquelas em que estão comprometidas com a defesa, a nível político e administrativo, de seus resultados. Nesse processo, os objetivos das duas insti-

tuições parecem às vezes sobrepor-se, e pode tornar-se difícil estabelecer distinção entre uma avaliação, uma auditoria e uma inspeção.

Levando em conta a complexidade dos temas e o número das instituições envolvidas, o sistema norte-americano é bastante caro e devemos ter isso em mente ao propor um sistema de avaliação a um outro governo. Além do mais, não há provas claras de que esse sistema tão dispendioso tenha de fato melhorado o desempenho do setor público face à maioria da sociedade norte-americana e, principalmente, no que se refere aos programas de serviço social. No entanto, apesar de seus problemas, esse sistema parece bastante adequado às necessidades do Congresso e do regime presidencialista dos EUA.

Comparação entre as experiências norte-americana e canadense

Sistema de prestação de contas são os procedimentos legais e burocráticos que permitem ao Parlamento, aos partidos políticos e a outros grupos organizados, representativos da sociedade, saber como e porque o dinheiro público está sendo gasto. Mas a prestação de contas vai além de simplesmente saber se o governo gastou esse dinheiro de acordo com as exigências legais: também é importante saber se o governo poderia ter chegado aos mesmos resultados com menos recursos ou a resultados melhores com os mesmos recursos.

As avaliações tentam responder a essas perguntas e, ao fazê-lo, determinam as informações disponíveis aos administradores e às instituições de supervisão, para identificar problemas operacionais, limitações administrativas, bem como os impactos previstos e não-previstos de programas específicos ou de conjuntos de programas.

Em termos gerais, as formas mais tradicionais de prestação de contas, presentes na auditoria das contas governamentais, são bastante semelhantes nos governos canadense e norte-americano. Também as avaliações são largamente empregadas por ambos os governos, como instrumento na consecução de uma melhor administração. No entanto, a relação entre planejamento, avaliação e orçamento, a nível parlamentar, são mais evidentes nos Estados Unidos que no Canadá.

O papel do Congresso americano representa a diferença mais visível. Nos Estados Unidos, por meio de depoimentos às suas comissões, o Congresso está mais inteirado sobre os procedimentos operacionais e os resultados de programas e funções no âmbito de cada órgão público, enquanto o Parlamento canadense, ao discutir as estimativas orçamentárias, tem que confiar quase que inteiramente no Anexo III do projeto da lei orçamentária.

Além do mais, o Congresso americano, por intermédio do GAO e de outros três órgãos legislativos, pode exigir a realização, não apenas de auditorias e avaliações específicas, mas também de investigações, relatórios sobre políticas e todos os tipos de informação suplementar, não apenas

relativas aos governos federais e locais mas também sobre as ações de países estrangeiros em qualquer das áreas de interesse.

No Canadá, apesar de o "Office of the Auditor General" (Auditoria Geral) ser um órgão do Parlamento, ele não executa trabalhos por solicitação de membros das comissões ou de parlamentares individuais, limitando-se a apresentar seu relatório anual, conforme sua obrigação estabelecida em lei e seu próprio plano de trabalho. Sem dúvida, o Parlamento canadense conta com o apoio dos pesquisadores e funcionários da Casa, como o Centro para Estudos Parlamentares, mas, se comparado com o Congresso americano, seu campo de ação, no que diz respeito a decisões sobre o orçamento e à supervisão do desempenho do Poder Executivo, é mais restrito.

A avaliação contestatória realizada pela OIG e pelo GAO, bem como a defesa das conclusões daí obtidas, diferenciam-nas consideravelmente do "Comptroller General Office" (Controladoria Geral) canadense. No Canadá, as avaliações parecem estar mais voltadas para a melhoria administrativa no âmbito das repartições e para responder às questões levantadas pelo "Treasury Board" (Conselho do Tesouro) com respeito a assuntos orçamentários e de planejamento. Há pouca relação direta entre os órgãos de avaliação, seu trabalho e as discussões e deliberações parlamentares.

Tanto o GAO, nos Estados Unidos, quanto o Auditor-Geral, no Canadá, adotaram uma postura que ultrapassa os limites da auditoria tradicional, procurando aplicar procedimentos de avaliação mais complexos e ambiciosos. A principal diferença entre eles é a relação com o Poder Legislativo. Nos Estados Unidos, esse vínculo é muito evidente, uma vez que o GAO e o OIG executam trabalhos por solicitação de parlamentares individuais e de membros das comissões parlamentares, ao passo que no Canadá, o Auditor-Geral é bastante independente e mantém uma relação mais distante e formal com o Parlamento.

Dentro deste trabalho, é impossível dizer se essas diferenças apenas refletem a diferença entre um regime presidencialista e um regime parlamentarista ou se há outras razões históricas para elas. Levando em consideração as experiências canadense e americana, a relação entre o grau e a natureza da prestação de contas legislativa e executiva e o regime político, é um campo muito interessante para pesquisa, mas que está além dos limites deste trabalho.

Lições da experiência

Em termos gerais, ambos os sistemas de avaliação funcionam bem, em seus próprios termos e dentro de seu próprio contexto. Alguns pontos devem ser ressaltados, antes que se tente aplicar essas experiências ao desenvolvimento de propostas de políticas para outro país. Quais sejam:

— O fato de que a aceitabilidade política de qualquer sistema de prestação de contas tem que estar firmemente estabelecida, antes que esse

sistema entre em funcionamento. Isso significa não apenas que as instituições incumbidas da supervisão das ações governamentais podem ser criadas, mas também que suas conclusões serão levadas a sério e serão capazes de promover mudanças.

— O fato de que o serviço público de um país tem que estar bem estruturado e estar autorizado por lei a executar seu trabalho, com um certo grau de independência com respeito aos partidos políticos. A segurança dos empregos no serviço público, bom treinamento técnico e níveis salariais satisfatórios são de importância fundamental para o desenvolvimento de instituições de avaliação e auditoria eficazes e motivadas.

— O fato de que qualquer avaliação, auditoria ou inspeção custa dinheiro, e que essas despesas têm que ser levadas em consideração em relação aos benefícios esperados de tais práticas.

— O fato de que as leis existentes e o judiciário têm que ser levados em conta na elaboração de uma proposta de sistema de prestação de contas, pois se não houver possibilidade de se fazer cumprir as recomendações das ações sugeridas, não há sentido na realização de tais avaliações, investigações ou inspeções.

Um outro aspecto a ser levado em consideração, e que é mais difícil de ser incorporado nas discussões, é a atitude cultural da sociedade em questão frente à prestação de contas por parte do governo. Algumas culturas podem ser mais sensíveis e exigentes, enquanto outras são mais tolerantes para com a corrupção e a má gestão dos recursos públicos. A importância conferida pela sociedade a essas questões irá influenciar a quantidade de tempo e de recursos a ser justificadamente dispendida no estabelecimento de sistemas de prestação de contas.

Apesar das limitações acima mencionadas, a experiência do Canadá e dos Estados Unidos são bastante positivas e devem ser examinadas com cuidado sempre que forem estabelecidos ou aperfeiçoados sistemas de prestação de contas em outros países. O objetivo deve ser o de incorporar, sempre que possível, os aspectos bem-sucedidos e evitar repetir os erros cometidos por esses sistemas. Na próxima seção, abordaremos de modo geral a possível importância dessas experiências para o Brasil, no que diz respeito à responsabilidade do Congresso quanto à fiscalização e à avaliação.

A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O papel do Congresso brasileiro

O estabelecimento da democracia em muitos países sul-americanos naturalmente aumentou a responsabilidade dos Parlamentos na elaboração e execução das políticas sócio-econômicas. Essa responsabilidade é ainda maior em países politicamente instáveis, onde o processo decisório tem

ainda que tornar-se mais democrático e mais eficiente, uma vez que os recursos são escassos e grandes segmentos da população sofrem quedas abruptas em seu padrão de vida.

Uma vez que as implicações distributivas das políticas econômicas e sociais do país têm que ser negociadas por vários grupos de interesse, ao longo do processo político, o Parlamento apresenta-se como a arena ideal para o desempenho dessa tarefa. É desnecessário dizer que, nesse processo, alguns grupos são melhor representados que outros e alguns precisam de mais proteção que outros.

A presente proposta visa identificar mecanismos através dos quais o Parlamento possa fiscalizar as ações do governo, dentro das estritas limitações impostas pelas atuais circunstâncias econômicas, de modo a gerar melhorias praticáveis e politicamente desejáveis no modo com que o governo cumpre suas responsabilidades.

Nesse contexto, discutiremos algumas das ações do novo Congresso brasileiro no presente contexto democrático, no qual um Presidente "liberal" adotou uma posição política e ideológica que defende o fim do Estado intervencionista e "voltado ao desenvolvimento", a redução da intervenção governamental na economia e a valorização do papel das forças de mercado.

Historicamente, o Estado brasileiro, sobretudo antes de os militares terem tomado o poder, há mais de vinte e cinco anos, tinha uma intensa participação na atividade econômica, através do estabelecimento de amplos programas de crédito, tarifas, políticas fiscais, incentivos e subsídios. A nova orientação do atual governo abandonou essas práticas estabelecidas que, apesar de suas falhas, contavam com a aceitação ampla da sociedade brasileira, tanto em termos políticos quanto econômicos.

O atual governo de tendência liberal recusa-se a adotar as mesmas políticas econômicas dos presidentes anteriores, civis ou militares. No entanto, esse governo, ao contrário dos governos militares que o antecederam, tem que lidar com um Congresso que, apesar de enfraquecido por muitos anos de ditadura, tem poderes legais para mudar e propor políticas e mesmo para cancelar programas e projetos originários do Executivo.

Um bom exemplo da postura liberal do atual governo é o assim chamado Plano de Desenvolvimento Industrial, apresentado pelo presidente em 1990, que se propõe a alcançar essa meta através da eliminação das barreiras ao comércio internacional, mais que por estímulos diretos à modernização e ampliação do parque industrial brasileiro. Apesar de tais políticas serem coerentes com o ideal liberal de modernização através da competição, pressões por parte do Congresso levaram o governo a propor um conjunto de medidas complementares, visando dar apoio ao desenvolvimento tecnológico da indústria nacional.

A suspensão, por parte, do governo, dos subsídios e incentivos fiscais foi também coerente com suas premissas ideológicas liberais. No entanto, também nesse caso, o Congresso reverteu em parte essa iniciativa, indicando que o fim do Estado intervencionista e voltado para o desenvolvimento não será nada fácil. Um outro exemplo dessa batalha, por vezes ideológica, entre o Legislativo e o Executivo, diz respeito à questão dos salários, que, anteriormente, estavam indexados à taxa oficial da inflação. Segundo a nova filosofia do governo, os salários deverão ser fixados por meio de acordos entre empregadores e sindicatos.

Historicamente, devido a uma inflação elevada, ao desemprego e à existência de um grande número de trabalhadores não sindicalizados, a *fixação pelo governo dos aumentos salariais* básicos protegia a remuneração da força de trabalho. Por essa razão, a proposta original do governo de ter todos os salários fixados pelos empregadores e sindicatos foi considerada por alguns como uma tentativa de achatar ainda mais os níveis salariais. Como o Presidente e o Congresso tinham posições diferentes com respeito a essa questão, chegou-se a um acordo depois de negociações entre diversos grupos políticos.

Os exemplos acima fazem-nos lembrar que, em uma sociedade democrática, são freqüentes os choques de opinião, e que propostas políticas originárias do Executivo muitas vezes são modificadas através de pressões políticas. A experiência brasileira dos últimos dois anos indica que o crescente poder do Congresso freqüentemente levará a mudanças reais e a acordos no estabelecimento e na implementação de políticas nacionais, uma prática que é comum nas velhas democracias solidamente estabelecidas, mas que estava praticamente esquecida na maioria dos países sul-americanos.

Nesse contexto, é de importância fundamental que o Congresso desenvolva metodologias e procedimentos legais adequados a suas novas responsabilidades, tanto internas à Casa, quanto nas áreas do Executivo incumbidas *da formulação de políticas. Para a democracia tornar-se uma realidade, é preciso que seja desenvolvido e implantado um sistema de informação que permita ao Congresso a fiscalização e a avaliação dos programas e projetos do governo federal.*

O órgão atualmente responsável pelas contas do governo é o Tribunal de Contas da União, que, potencialmente, pode vir a oferecer um valioso apoio a uma atividade de fiscalização mais abrangente, mas que, atualmente, lida basicamente com informações contábeis e trata exclusivamente de auditorias financeiras. Mesmo assim, esse Tribunal tem uma incumbência: analisar os resultados alcançados por órgãos administrativos muito maiores; supervisionar a execução de contratos; fiscalizar a implementação de programas e seus orçamentos e promover o controle eficaz da receita e dos gastos do governo.

O Tribunal de Contas é um conselho cujos membros são formalmente independentes, tanto do Legislativo quanto do Executivo, mas que, no

entanto, são nomeados pelo Presidente da República e têm que ter seus nomes aprovados pelo Senado. Esse Tribunal é responsável pela supervisão do processo legal de aprovação das contas do governo, e todas as contas do Executivo têm que ser submetidas ao seu crivo.

No entanto, apesar do valioso apoio prestado ao Congresso pelo Tribunal, uma auditoria tão estritamente financeira não é suficiente para assegurar a responsabilidade do governo por suas contas.

Algum tipo de sistema de avaliação mais abrangente tem que ser criado, tanto para atender às necessidades gerenciais do Executivo quanto às do Congresso, que tem a responsabilidade de examinar e aprovar as propostas de alocação de recursos durante a discussão do orçamento, para assegurar que as propostas de políticas partindo do Executivo sejam praticáveis e também que as políticas governamentais estejam sendo implementadas de maneira correta e eficaz.

Descrição da situação atual do Congresso brasileiro

I — A competência do Congresso, de acordo com a Constituição ⁵¹

A Constituição de 1988 foi adotada depois de mais de vinte anos de regime militar, e tentou restabelecer os poderes do Parlamento relativos às políticas econômicas e sociais. A Constituição de 1967, adotada pelos militares, não permitia ao Congresso promover mudanças no orçamento ou em outras propostas de ordem financeira. A necessidade de aprovação pelo Congresso era, portanto, meramente simbólica, e, na verdade, apenas reforçava os privilégios do Executivo e a fraqueza do Poder Legislativo, que foi reduzido ao papel de um insignificante carimbo no processo decisório.

Depois da promulgação da nova Constituição, em 1988, o Congresso passou a tratar, de forma substantiva, de orçamentos e outras políticas econômicas e sociais, embora os longos anos de ditadura tenham deixado os Poderes Legislativo e Judiciário com estruturas inadequadas ao cumprimento de suas novas responsabilidades. E o pior é que a longa experiência de um Executivo forte está profundamente entranhada na sociedade, a ponto de dificultar que esses recém-chegados à "arena do poder" sejam aceitos como parceiros iguais e responsáveis na formulação de políticas econômicas.

Iremos agora fazer uma apresentação sucinta dos artigos da Constituição que descrevem o papel a ser desempenhado pelo Congresso na formulação de políticas orçamentárias, fiscais e monetárias, e na fiscalização e avaliação da totalidade dos programas e políticas governamentais. A abran-

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil, Senado Federal, Brasília, 1988.

gência e os limites de suas responsabilidades estão definidos em 47 artigos e em outras referências esparsas, encontradas nos outros capítulos da Constituição, mas nos deteremos apenas naqueles que são de maior importância na definição do papel do Congresso.

Os arts. 70 a 75 (Título IV, Seção IX, Capítulo I) tratam da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Esses artigos estabelecem que o Congresso, juntamente com o Tribunal de Contas da União e os setores de avaliação de outros órgãos federais serão responsáveis pela fiscalização das contas, aspectos financeiros, orçamentos e contas operacionais e patrimoniais do governo federal e de seus órgãos.

Os arts. 165 a 169 (Título VI — Tributação e Orçamento, Capítulo II, Seção II) são também importantes. O art. 166 estabelece que a apreciação de projetos de lei relativos ao plano plurianual, à lei orçamentária, ao orçamento anual e aos créditos adicionais deverá ser aprovada por ambas as Casas do Congresso, de acordo com o Regimento Comum (normas vigentes para o Congresso como um todo, ou seja, Senado e Câmara). Esse artigo estabelece também que uma comissão permanente de parlamentares de ambas as Casas será responsável pelo exame do orçamento e das contas apresentadas anualmente pelo Presidente, bem como dos planos e programas governamentais.

O art. 48 (incisos I, II, IV, XIII e XIV), assim como o art. 49 (incisos IX e X) tratam também da fiscalização e avaliação dos programas governamentais, de planos de desenvolvimento e das políticas orçamentárias, monetária e fiscal.

II — O que foi feito até agora pelo Congresso, visando ao desempenho das funções de sua competência.

1 — Foram examinadas as propostas orçamentárias de 1989 e 1990, em conformidade com a nova Constituição.

2 — Foi examinada e votada a lei relativa às propostas orçamentárias.

3 — Foram examinadas as contas do governo, com o acompanhamento formal de sua aceitabilidade legal e financeira, sem, no entanto, avaliar os atos do governo em termos de sua eficiência ou de sua eficácia.

III — O que foi feito para que o Congresso desempenhe com maior eficácia as funções de sua competência.

1 — A criação e aprovação de uma nova lei, conforme o art. 165, parágrafo 9.º da Constituição, que dá ao País novas regras para as questões de política orçamentária e financeira, de acordo com as novas exigências constitucionais. Os orçamentos para os anos de 1989 e 1990 tiveram que ser discutidos com base na antiga lei orçamentária, que teve origem na Constituição anterior, o que dificultou o trabalho do Congresso.

2 — Uma vez que a Comissão responsável pela definição de novas propostas de apreciação orçamentária é composta por representantes tanto da Câmara Alta quanto da Câmara Baixa, a inexistência de um novo regimento que discipline o trabalho conjunto das duas casas contribui para o agravamento dos problemas operacionais.

3 — Sanar a falta de um sistema abrangente e confiável de fiscalização e avaliação de programas, projetos e entidades governamentais. A inexistência de procedimentos estabelecidos claros para a fiscalização e avaliação, tanto no Congresso quanto no Executivo, tornam o processo orçamentário mais difícil e menos eficiente. Embora, em algumas áreas ou instituições, seja possível encontrar sistemas de fiscalização e avaliação, eles não são uniformes nem adequados a uma avaliação macroeconômica a nível nacional.

IV — As lições da experiência brasileira recente ⁵²

Aspectos positivos

1 — A democratização do orçamento. Muitos grupos puderam manifestar-se pela primeira vez e sindicatos, associações, confederações e partidos políticos tiveram todos a oportunidade de apresentar seus pontos de vista.

2 — Foi reconhecido que o Congresso tem que passar por mudanças administrativas, para que suas atribuições possam ser desempenhadas de fato.

3 — Aperfeiçoamento do processo orçamentário de um orçamento para o outro, inclusive com o desenvolvimento de formulários para emendas, a introdução de relatórios preliminares e a padronização dos relatórios setoriais.

Aspectos negativos

Problemas institucionais

1 — Alguns políticos e burocratas ocupando funções decisórias não se dão conta de que, no trato do orçamento, do planejamento e de outras questões econômicas, é importante a observância de certos procedimentos técnicos.

2 — A inexistência de leis claras, capazes de mediar os conflitos que possam surgir e as relações entre os diversos poderes estabelecidos pela Constituição, bem como das informações e normas operacionais necessárias ao desempenho das atribuições do Congresso.

⁵² Seminário entre o Legislativo e o Orçamento, CEDESEN, Senado Federal, Brasília, 1990.

3 — A coordenação institucional entre os diferentes setores e comissões do Congresso tem deixado a desejar.

4 — A política de recursos humanos do Congresso tem que ser aperfeiçoada, principalmente no que se refere à competência técnica necessária ao cumprimento das novas responsabilidades da Casa.

5 — O acesso às informações necessárias na fiscalização e avaliação não tem como base atividades sistemáticas e contínuas, tanto no caso da Comissão Mista de Orçamento quanto das outras comissões técnicas.

Problemas administrativos

6 — *A estrutura organizacional, tanto no Senado quanto na Câmara, é inadequada a suas atribuições de discutir o orçamento e fiscalizar e avaliar as políticas econômicas e sociais mais amplas.*

7 — As responsabilidades a nível decisório não estão bem definidas e a carga de trabalho não é bem distribuída entre os técnicos.

8 — Há uma tendência à centralização a nível geral (relatório principal) e falta de coordenação nos níveis setoriais (relatórios específicos de áreas técnicas tais como saúde, educação, agricultura etc.).

Problemas operacionais

1 — A infra-estrutura física (salas) e de equipamentos (telefones, calculadoras, fax etc.) não é adequada às responsabilidades do Congresso.

2 — Os funcionários encarregados dos aspectos técnicos do orçamento e de suas emendas, apesar de trabalharem com prazos muito reduzidos, freqüentemente sofrem atrasos no seu acesso aos documentos devido a rotinas burocráticas.

3 — Os aspectos informacionais do processo apresentam problemas, tanto pelo fato de os dados disponíveis não serem adequados quanto devido a problemas de comunicação entre os usuários e os especialistas em informática.

Problemas técnicos

1 — a falta de fluxos de informação sistemáticos e contínuos que reflitam a real situação da fiscalização e avaliação dos programas e projetos de maior importância é o principal obstáculo ao bom funcionamento dos grupos técnicos do Congresso.

2 — O acesso a alguns dos bancos de dados externos ao Congresso tem que ser aperfeiçoado, e o banco de dados da Casa tem que ser expandido e adaptado às novas exigências.

3 — As emendas e relatórios deveriam ser mais uniformizados.

4 — A comunicação entre os diversos grupos que participam do processo poderia ser aperfeiçoada, através da realização mais frequente de debates e seminários.

5 — Mudanças constantes nos orçamentos e nos procedimentos de avaliação dos últimos anos impossibilitaram a construção de séries temporais de dados. É preciso que se tomem medidas para que, futuramente, tais problemas não voltem a ocorrer.

Sugestões para a criação de um sistema de avaliação

As sugestões aqui apresentadas são bastante gerais, uma vez que qualquer proposta mais detalhada teria que incluir não apenas os aspectos técnicos, mas também compromissos políticos. Além do mais, a diversidade entre as instituições federais, no que diz respeito a suas estruturas operacionais, bem como o processo de reforma administrativa em curso impossibilita uma proposta geral mais detalhada.

As sugestões apresentadas podem ser divididas em duas grandes categorias, quais sejam, propostas metodológicas e propostas institucionais:

a) a nível metodológico, a sugestão é a da utilização de métodos de pesquisa, tanto qualitativos quanto quantitativos, dependendo da natureza do problema a ser avaliado, bem como dos recursos disponíveis, dando especial ênfase à oportunidade e à utilidade.

No caso de projetos em que haja disponibilidade de dados, os objetivos estejam definidos com clareza e a maior parte dos resultados seja mensurável, métodos relativamente quantitativos podem ser aplicados sem muita dificuldade. Mas a níveis funcional e político, onde a quantificação é mais difícil, métodos não quantitativos devem ser adotados, levando em conta não apenas as limitações, mas também as vantagens do método escolhido. Nesses casos, demasiada ênfase em dados numéricos ou em padrões acadêmicos muito exigentes pode ser tanto dispendioso quanto um desperdício de tempo, sem que o resultado seja de grande utilidade para aqueles que tomam as decisões, no Legislativo ou no Executivo.

Sempre que possível, uma combinação de metodologias deverá ser empregada, tendo em mente que, para que as avaliações sejam de utilidade dentro ou fora do Congresso, os custos, a oportunidade e a aceitação pelos clientes são essenciais.

A escolha das metodologias apropriadas deve ser feita pelos setores encarregados das avaliações, mas, na medida do possível, esses procedimentos devem ser discutidos e aprovados pelos diferentes grupos que participam da avaliação, de modo a que se chegue a um certo grau de uniformização.

Antes de decidir-se por uma metodologia, deve-se levar em conta tanto o cliente quanto o nível de análise. A nível parlamentar, diferentes níveis

de análise podem ser adequados, dependendo das necessidades de cada caso.

Quando as previsões orçamentárias estão sendo discutidas nas comissões, estudos de projetos e programas são necessários para informar a respeito das razões, da eficiência e da eficácia do programa no orçamento.

Esse tipo de trabalho deve estar a cargo do Executivo e ser colocado à disposição do Congresso mediante solicitação. Como, obviamente, apenas alguns programas podem ser avaliados, sua seleção deve refletir não apenas as prioridades dos órgãos de fiscalização, mas também as sugestões vindas do Legislativo e do Tribunal de Contas da União.

Nos níveis funcional e político, dependendo das solicitações das comissões e dos parlamentares, diferentes metodologias deverão ser adotadas. Nesse nível, os estudos deveriam incorporar informação de natureza mais qualitativa, e mesmo que parte do trabalho possa ser desempenhada por outras entidades governamentais, o Congresso deve ser capaz e estar preparado para desempenhar algumas dessas tarefas.

b) a nível institucional, nossas principais recomendações tratam dos seguintes tópicos:

1 — O serviço público: medidas especiais devem ser tomadas no sentido de treinar e incorporar ao quadro de cada ministério um grupo de funcionários públicos encarregados da avaliação. Esses setores trabalhariam conjuntamente com aqueles vinculados ao Tribunal de Contas da União, de modo a tirar o máximo proveito das atividades de fiscalização financeira já em curso.

Esses servidores públicos deverão ser funcionários de carreira e deverão ser, tanto quanto possível, politicamente independentes. A estabilidade no cargo é de importância fundamental nesse tipo de trabalho, pois as pressões de grupos políticos e de grupos de interesse podem ser muito fortes.

Apesar de que esses grupos terão os administradores de órgãos públicos como clientes e, portanto, deverão ser capazes de prestar informações de cunho administrativo, seus principais clientes serão o Congresso e o Tribunal de Contas da União.

2 — O arcabouço institucional: os setores de avaliação deverão estar ligados ao Tribunal de Contas da União por algum tipo de vínculo e, embora prestando alguma informação aos administradores do Executivo, eles deverão ter autonomia para apresentar relatórios independentes ao Tribunal ou ao Congresso, quando solicitados pelo primeiro ou sempre que a própria administração do setor de avaliação julgar conveniente.

Devem ser adotadas medidas que permitam ao Congresso contratar consultores externos, sempre que o trabalho a ser feito trate de assuntos específicos, para os quais não haja, na Casa, funcionários especializados. Isso diz respeito, sobretudo, às Comissões de Inquérito, nas quais, em geral, o Congresso tem que lidar com questões muito específicas em prazos relativamente curtos.

3 — Os setores de avaliação deverão manter vínculos entre si, em termos técnicos e administrativos. Os procedimentos metodológicos e operacionais devem ser estabelecidos de comum acordo, em encontros anuais reunindo representantes dos diversos setores, da direção dos órgãos, do Tribunal de Contas e do Congresso Nacional. Um órgão central, pelo menos nos estágios iniciais, não parece ser necessário, uma vez que o Tribunal de Contas e o Congresso podem coordenar o trabalho dos diversos setores, no que diz respeito a questões metodológicas. Depois que alguma experiência tiver sido acumulada, um setor central poderia vir a ser criado, caso os setores julguem conveniente.

Como foi dito antes, essas sugestões são muito gerais e poderiam ser resumidas da seguinte maneira:

— As metodologias de avaliação devem ser escolhidas de acordo com as informações disponíveis, a utilidade, a oportunidade, os custos e, principalmente, com a aceitabilidade dos prováveis resultados pelos clientes.

— Os servidores públicos encarregados da avaliação ou de qualquer outro tipo de procedimento de prestação de contas, tais como investigações, inquéritos, depoimentos às Comissões do Congresso, têm que ser bem organizados em termos operacionais e politicamente independentes de mudanças bruscas no governo.

Antes de se implementar um sistema em nível nacional, um estudo piloto deve ser realizado. Uma solução seria a escolha, por parte do Congresso e dos Ministros de Estado, de uma ou mais instituições, por onde começaria a implementação de um sistema de avaliação.

Uma sugestão mais imediata seria a realização de um seminário reunindo representantes do Legislativo, do Tribunal de Contas da União e alguns membros da administração superior do Executivo, especialmente dos setores responsáveis pela política econômica. Esses últimos preparariam uma descrição esquemática da situação atual da fiscalização e da avaliação no âmbito do Executivo, identificariam as necessidades presentes e apresentariam propostas de aperfeiçoamentos e mudanças. Essas propostas seriam o ponto de partida para discussões no Congresso, que poderiam chegar a transformar em lei as necessidades políticas e técnicas desse modo identificadas.

Notas dos tradutores

- * No contexto deste documento, a expressão "prestação de contas" foi utilizada para traduzir "accountability", que significa o compromisso de qualquer agente público, investido de um cargo, de responder, de prestar contas à sociedade por seus atos e por sua gestão, nos planos técnico, administrativo, legal e ético.
- ** "Increased Ministerial Authority and Accountability" — IMAA: ato que permite um melhor entrosamento entre os órgãos do governo.
- *** Avaliação contestatória: avaliação feita em razão da competência com que está investido por força legal, permitindo-lhe realizá-la mesmo à revelia (sem a solicitação, ou cooperação) do órgão avaliado.

Bibliografia

- CARLEY, Michael — Rational Techniques in Policy Analysis, Gower Publishing Company Limited, England, 1987, p. 212.
- Canada Comprehensive Auditing Foundation — Effectiveness, Reporting and Auditing in the Public Sector, Ottawa, Jan. 1988.
- Constituição da República Federativa do Brasil, Senado Federal, Brasília, Brasil, 1988.
- DOERN, G. B. — Canadian Public Policy — Ideas, Structure, Process. Methuen Publications, Canada, 1983, chapter 18, pp. 528/590.
- GAO (General Accounting Office, Program Evaluation and Methodology Division) — Designing Evaluations, Washington, USA, July 1984.
- GAO (General Accounting Office) — The Evaluation Synthesis, Institute for Program Evaluation: Methods Paper 1, Washington, April 1983.
- GAO (General Accounting Office) — Serving the Congress, Washington, USA.
- GITTINGER, J. Price — Economic Analysis of Agricultural Projects. Economic Development Institute, International Bank for Reconstruction and Development, John Hopkins University Press, USA, 1974.
- HARTLE, Douglas G. — Perceptions of the Expenditure Budget Process: Survey of Federal and Provincial Legislators and Public Servants, in Canadian Public Administration, vol. 32, n. 3 (Fall), pp. 427-448.
- HENDRICKS, Michael; Mangano, Michael; Moran, William (Editors) — Inspectors General: a New Force in Evaluation, New Directions for Program Evaluation, American Evaluation Association, number 48 (Winter), 1990 Jossey-Bass Ins. Publishers, USA, 1990.
- KETCHUM, Edward — Notes of D. Edward J. D. Ketchum, Research Director, Standing Committee on National Finance, Information Session and Discussion of Report of the Standing Senate Committee on National Finance on the Program Evaluation System in the Government

of Canada, sponsored by the Canadian Evaluation Society, Ottawa Chapter, Fountain Room, National Arts Centre, Ottawa, May, 1991.

LEBLANC, Fernand — Notes en vue d'un Discours de l'Honorable Sénateur Fernand Leblanc, Président du Comité Senatorial Permanent des Finances Nationales, Séance d'Information et Discussion sur le rapport du Comité Senatorial Permanent des Finances Nationales sur le Système d'Évaluation de Programmes au sein du Gouvernement du Canada, Evenement Organisé par la Séction d'Ottawa de la Société Canadienne d'Évaluation, Salle de la Fontaine, Centre Nationale des Arts, Ottawa, Mai, 1991.

NURNBERG, Barbara; Nellis, John — Civil Servant Reform and the World Bank, WPS 422, Public Sector Management and Private Sector Development, Country Economics Department, The World Bank, May, 1990.

OIG (Office of Inspector General) Department of Health and Human Services, Semiannual Report, October 1 1989, March 31 1990, USA, 1990.

OIG (Office of Inspector General), Office of Evaluation & Inspections — Rapid Responsive Evaluation for Decision Makers, Washington, USA.

OIG (Office of Inspector General), Department of Health and Human Services, Work Plan, Fiscal Year 1990-91, USA.

OIG (Office of Inspector General), Office of Evaluation and Inspections — Pursuing Excellence in Evaluation, USA.

PAL, Leslie — Public Policy Analysis, an Introduction, Methuen, Canada, 1987, p. 273.

Projeto de Lei nº 20, de 1990, Congresso Nacional, Brasília, Brasil, 1990.

Seminário sobre o Legislativo e o Orçamento, CEDESEN, Senado Federal, Brasília, Brasil, 1990.

Senate Committee on National Finance — The Program Evaluation System in the Government of Canada (Extract from the Minutes of Proceedings of the Senate of Tuesday, March 13 1990), Ottawa, January 1991.

Simpósio sobre o Executivo e o Orçamento, Senado Federal e Embaixada dos Estados Unidos da América, Brasília, Brasil, 1986.

SUTHERLAND, Sharon — The Politics of Audit: the Federal Office of the Auditor General in Comparative Perspective, Canadian Public Administration, vol. 29, nº 1 (Spring) 1986, pp. 118-48.

SUTHERLAND, Sharon — The Evolution of Program Budget Ideas in Canada: does Parliament benefit from Estimates Reform? Canadian Public Administration, v. 2 (Summer) pp. 133/164.

Treasury Board of Canada, Comptroller General — Government Program Evaluation Plan — GPEP 89, Ottawa, October 1989.

Treasury Board of Canada, Comptroller General — Guide on the Program Evaluation Function, Ottawa, May, 1981.

Treasury Board of Canada, Comptroller General — Principles for the Evaluation of Programs by Federal Departments and Agencies, September 1981.

ZUSSMAN, David; Jabes, Jak — The Vertical Solitude: Managing the Public Sector, Institute for Research on Public Policy, Halifax, 1989.

Planejamento Governamental no Brasil

Prof.^a Dr.^a KIRA TARAPANOFF

PhD em Ciência da Informação Universidade de Brasília

Resumo

Evolução do planejamento governamental no Brasil, desde os primeiros esforços até os planos atuais. Ênfase nas bases teóricas e no esforço dos governos da "revolução" para sistematizar o processo de planejamento. Conclui que o esforço do planejamento para o desenvolvimento não pode estar dissociado de uma reforma fiscal e tributária e do controle orçamentário do país.

Abstract

Evolution of governmental planning in Brazil, from the first efforts to the present plans. Emphasis is placed on the theoretical basis and on the "revolution" governments effort to sistematize developmental planning. Concludes that the effort for developmental planning cannot be dissociated from the tributary and fiscal reform and of the budgetary control in the country.

1. Introdução

Dada uma perspectiva histórica, e seguindo o ponto de vista "convencional", o esforço brasileiro sistemático em direção ao desenvolvimento começou depois dos anos 30¹ com o planejamento para a indústria. A

¹ Há os que falem em planejamento industrial já em 1920, com forte apoio do governo na forma de proteção fiscal (Carneiro, 1966).

posição aceita, é que antes desta década todas as políticas econômicas do governo eram direcionadas para a agricultura e a proteção do mercado do café (FURTADO, 1963; DALAND, 1967; SKIDMORE, 1967).

Os esforços de planejamento das décadas de 30 e 40 foram os seguintes:

- Em 1939, foi preparado o plano especial *Plano Quinquenal de Obras e Reaparelhamento da Defesa Nacional*.
- Em 1941 foi instalada a planta de aço de Volta Redonda, uma empresa financiada pelo Estado, assessorada pelo economista Roberto Simonsen e financiada pelo Export-Import Bank dos Estados Unidos. Getúlio Vargas (1930/45) utilizou-se da oportunidade oferecida pela 2.ª Guerra Mundial para desenvolver sua política de industrialização. Vargas pretendia investir em fábricas de aço, alumínio e cobre, incentivar a exportação de minérios, visando transformar o Brasil, “uma vasta comunidade agrária dispersa”, num País capaz de prover as suas necessidades básicas (Skidmore, 1967, 45).
- Em 1942 o Brasil recebeu a Missão TAUB, mandada pelos Estados Unidos, que preparou um programa de investimentos para o período de 10 anos.
- Em 1943 veio a Missão COOKE, com as mesmas intenções da Missão TAUB, que formulou recomendações para o desenvolvimento de transporte, combustível, petróleo, energia, têxteis, minerais, derivados químicos, educação e melhoramento do Vale do São Francisco.

Este relatório, como o precedente, foi mantido em sigilo até 1948. Quando foi liberado, Vargas já não estava mais no poder, e o Presidente Dutra (1945/1950) seguia uma política econômica diferente.

Na época de Dutra os esforços de planejamento nacional estavam centrados no DASP — criado por Vargas para estabelecer controle sobre os instrumentos do governo, com poderes orçamentário, de pessoal, material, poder de planejamento e controle. Em 1946 foi preparado o *O Plano Quinquenal Plano de Obras e Equipamentos* e dá outras providências... Também nesta data a Constituição Federal inclui indicações referentes a planejamento nos campos de Viação (art. 5.º), Colonização (art. 156), Defesa contra as Secas (art. 198), Valorização da Amazônia (art. 199) e Vale do São Francisco (art. 29 das Disposições Transitórias). O Plano S.A.1.T.E. — um plano quinquenal de investimentos públicos

em Saúde, Alimentação, Transporte e Energia — é preparado para os anos 1948/50.

Dos planos preparados até esta época, os dois primeiros não podem ser chamados de planos, são mais orçamentos de serviço público. O 3.º refletiu um esforço maior em relação a planejamento econômico, mas não pode ser considerado um planejamento global, pois grandes setores estavam ausentes, tais como: educação, indústria, política monetária e fiscal, comércio exterior, habitação e administração. Além disto o plano teve aplicação fragmentária.

Na época do Presidente Juscelino Kubitschek, foi preparado o Programa de Metas (1956/60, tendo se baseado nos estudos do Grupo Misto CEPAL/BNDE e da Comissão Mista Brasil—Estados Unidos. O plano consistia de 30 metas para os diferentes campos de energia, transportes, alimentos, indústrias básicas e educação de pessoal técnico. Este programa apresenta algumas vantagens sobre os planos e programas anteriores:

- metas bem definidas, em termos quantitativos com estimativa dos recursos totais necessários;
- detalhamento das metas em projetos específicos;
- acompanhamento, sob a forma de relatórios sobre a execução do Programa (HOLANDA, 1983, p. 65).

No período 1961/63, as perturbações políticas que engolfaram o País se refletiram em sucessivas tentativas frustradas de um novo sistema de planejamento, culminando com a elaboração e rápido abandono do *Plano Trienal*, no Governo Goulart. Celso Furtado preparou o Plano Trienal, que deveria cobrir o período 1963/65, tendo como objetivos básicos:

- manutenção de uma taxa de crescimento da renda nacional de 7% a.a., correspondente a um crescimento de renda *per capita* de 3,9% a.a.;
- redução progressiva de pressão inflacionária, de modo que em 1965 a elevação do nível de preços não fosse superior a 10%;
- redução do custo social do desenvolvimento e melhor distribuição dos seus frutos;
- redução das desigualdades regionais de níveis de vida.

Em relação aos planos anteriores, o Plano Trienal apresentou a vantagem de partir de uma visão global da economia; a sua parte setorial,

todavia, não obedeceu a nenhum esquema uniforme de apresentação e muitos dos seus objetivos não foram definidos quantitativamente, sendo apresentados sob a forma de diretrizes gerais. Ademais, o Plano Trienal, a despeito de seus méritos, do ponto de vista técnico, foi antes que tudo um plano político, logo abandonado pelo Governo Goulart, quando se tornou evidente que os objetivos políticos seriam mais estorvados que fortalecidos com a execução do Plano (HOLANDA, 1983, pp. 88-89).

Apesar da idéia de planejamento como uma função regular do governo estar ganhando aceitação, estavam faltando medidas políticas e administrativas para garantir a sua implementação. Pouco se sabe sobre o grau de impacto e duração que tiveram os primeiros planos, pois a máquina administrativa não estava organizada para colecionar relatórios e dados. Na verdade esta parece ter sido efetivamente organizada apenas após 1964, com o primeiro governo da "Revolução".

2. Bases teóricas no planejamento brasileiro

A primeira tentativa de um planejamento macro e um desenvolvimento significativo na técnica de pesquisa econômica foi atribuída à missão ABBINK, que chegou ao Brasil em 1948 e que tinha uma contrapartida brasileira, chefiada por Otavio Gouveia de Bulhões. Estes dois grupos compuseram a Comissão Técnica Brasil—Estados Unidos, que além de analisar a economia brasileira, preparou um total de 41 projetos envolvendo investimentos em infra-estrutura, que possibilitaram a expansão e modernização em larga escala no sistema de transporte ferroviário e marítimo e no sistema energético. As suas recomendações serviram de base para ações subseqüentes.

A Comissão deu grande ímpeto ao planejamento no Brasil. Teoricamente a sua contribuição maior foi a identificação de *pontos de estrangulamento* e a sugestão de investimento nos pontos identificados. Do ponto de vista prático a sua maior contribuição foi a sua influência na criação, em 1952, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, BNDE, hoje BNDES, que tem uma participação direta no planejamento e na execução da política governamental na área de desenvolvimento econômico, garantindo apoio financeiro e administrativo.

O trabalho básico da Comissão conjunta Brasil—Estados Unidos orientou a atividade do BNDE por mais de 10 anos, e a formulação e avaliação de projetos para o setor público e privado se tornaram rotina sob a supervisão do Banco.

A teoria econômica dos *pontos de estrangulamento*, desenvolvida pela Comissão, se tornou o ponto de partida para a maturação do processo de planejamento no Brasil. A esta se seguiu a teoria dos *pontos de germinação*, adotada pelo Programa de Metas de 1957/60; depois seguiu-se

a teoria do *planejamento global*,² adotada pelo Plano Trienal de Celso Furtado, para 1962 e pelo Programa de Ação, PAEG, de 1964/66; e finalmente a teoria econômica moderna, a do *planejamento integrado*,³ que foi adotada pelo Plano Decenal preparado nos últimos meses do governo Castello Branco, 1967, que incluiu uma estratégia decenal para o desenvolvimento para o período de 1967/76, e um plano quinquenal de investimento. Este plano decenal foi o primeiro esforço concreto em direção ao planejamento contínuo no Brasil, mas nunca foi implementado. A teoria do *planejamento integrado* também foi adotada pelos Planos Nacionais de Desenvolvimento, PNDs, inclusive o da "Nova República", do Governo Sarney, e pelo Projeto de Reconstrução Nacional, PRN, do Governo Collor.

A tendência moderna internacional tende a favorecer o *não-planejamento* ou a *economia de mercado*, desta forma, importantes discussões têm sido desenvolvidas em torno dos planos de desenvolvimento dos Países, em especial a intervenção do Estado no desenvolvimento econômico do País. É aceito, de forma geral, que embora a intervenção do Estado seja um aspecto altamente controverso, especialmente no seu aspecto político, esta é reconhecida como essencial para a *estabilidade econômica* (PREBISH, 1971). O plano assume a função de ser um instrumento de informação para a tomada de decisão, pois fornece um quadro referencial das prioridades e necessidades de desenvolvimento do País.

Entende-se que o planejamento moderno se apóia parcialmente no socialismo, parcialmente nas idéias econômicas que emergem da experiência nacional, em teorias keynesianas, e no desejo de entender e influir na economia como um todo (Tinberger, 1968). Portanto, o planejamento para o desenvolvimento é macroplanejamento e está baseado no estudo e no entendimento da economia e da sociedade como um todo.

Há uma tendência crescente hoje para adoção de *planejamento indicativo*, que não é compulsório e nem imposto, mas que auxilia a preencher lacunas da doutrina do livre mercado, pois dá informações para a tomada de decisão através de seu diagnóstico da situação econômica e social do País, intervindo também em áreas estratégicas e prioritárias onde o desenvolvimento não ocorreu pela iniciativa privada. O Governo tem assumido, cada vez mais, a responsabilidade com o desenvolvimento de *serviços sociais*, visando à correção de distorções e preocupando-se em melhorar as condições de vida do cidadão.

2 Um órgão fazendo o planejamento para todos os setores.

3 O planejamento integrado ocorre quando uma Secretaria de Planejamento com poderes para realizar o planejamento global, coordena e integra os projetos setoriais das várias Secretarias de Planejamento vinculadas aos Ministérios Públicos, representando cada um a sua área de atuação.

3. *Planejamento sistemático para o desenvolvimento*

Considerando que o Plano Trienal, que tinha alguns elementos gerais de planejamento macroeconômico, durou apenas 5 meses, e teve aplicação muito fragmentária, pode ser dito que os planos de governos brasileiros apenas ultrapassaram a fase de programação setorial, movendo-se em direção ao macroplanejamento, em 1964, com o Programa de Ação Econômica, PAEG. A proposta do PAEG contou com forte apoio do governo e durante a sua implementação a máquina de planejamento foi melhorada através das seguintes ações:

- reorganização do sistema estatístico;
- institucionalização do planejamento com a criação do Ministério do Planejamento, responsável pelo planejamento e a coordenação geral e as Secretarias de Planejamento responsáveis pelo planejamento dentro de cada Ministério público;
- reformulação do mecanismo de elaboração orçamentária.

O plano que seguiu o Programa de Ação foi o Plano Estratégico de Desenvolvimento, 1968/70, que foi precedido de um documento que orientou a ação do governo em 1967. A nova orientação teórica enfatizava a reforma administrativa, que veio sob o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A experiência de substituição do Plano Decenal pelo Plano Estratégico indicou que não havia continuidade na implementação dos planos. Para prevenir descontinuidade no processo de planejamento, foi expedido um Ato Complementar, de n.º 43, datado de janeiro de 1969, que estabelecia que os planos governamentais deveriam ser preparados no primeiro ano de mandato do novo governo e que este deveria implementar o último ano do plano do governo prévio. Esta rotina foi implementada a partir dos PNDs. Quando o mandato presidencial foi estendido para 5 anos o Ato de n.º 43 foi complementado pelo Ato Complementar de n.º 76, de outubro de 1969. O esforço de melhorar a implementação dos planos de governo culminou com o Decreto n.º 71.353, de 9 de novembro de 1972, que institucionalizou o sistema federal de planejamento.

O desenvolvimento econômico experimentado no Brasil, especialmente depois de 1968, deu origem ao chamado "milagre brasileiro", que o governo brasileiro chamou de Modelo Brasileiro de Desenvolvimento, que segundo João Paulo dos Reis Velloso, é o modo brasileiro de organizar o Estado e moldar as instituições para, no período de uma geração, transformar o Brasil em nação desenvolvida (PND I, 1971, 14). O "milagre"

sofreu descontinuidade com as crises do petróleo que abalaram as economias internacional e a brasileira, em 1973 e pela segunda vez na década de 80.

4. *Cronologia dos Planos Nacionais de Desenvolvimento a partir da década de 70*

Durante o primeiro ano de governo do Presidente Médici (1970-74) foi adotado um programa de transição cobrindo o período 1970/71, em acordo ao Ato Complementar n.º 76, de outubro de 1969, intitulado *Metas e Bases de Ação do Governo* (BRA/PR, 1970). Este programa continha as metas sociais e econômicas do governo, que deveriam ser também seguidas pelo 1.º PND. O programa enfatizava a integração sócio-econômica nacional em duas dimensões: a dimensão regional, através do Programa de Integração Nacional, PIN, e a integração social, através do Programa de Integração Social, PIS, também o Programa de Redistribuição de Terras, PROTERRA, e incentivos à indústria agrícola no Norte Nordeste. Estes programas foram os de maior importância para o desenvolvimento regional que se seguiu.

As grandes prioridades do Programa de Metas e Bases... concentram-se em quatro áreas:

- Revolução na Educação e aceleração do programa de saúde pública e higiene.
- Revolução na agricultura e no suprimento do mercado.
- Aceleração do desenvolvimento científico e tecnológico.
- Fortalecimento do poder competitivo da indústria nacional (BRA/PR, 1970, 27).

Considerando que o Brasil já tinha atingido a sua revolução industrial, os objetivos visados pelo programa, na opinião de Roberto Campos, tinham todos os elementos para poder contribuir para o desenvolvimento efetivo no Brasil.

O I Plano Nacional de Desenvolvimento, PND, para o período de 1972/74, tinha como objetivos e metas primordiais:

- colocar o Brasil, no espaço de uma geração, na categoria das nações desenvolvidas;
- duplicar, até 1980, a "renda per capita" do Brasil, em comparação com 1969, devendo verificar-se para isso cresci-

mento anual do Produto Interno Bruto, equivalente aos dos últimos 3 anos;

- elevar a economia, em 1974, às dimensões resultantes de um crescimento anual do Produto Interno Bruto, PIB, entre 8 e 10%, mediante;

— aumento da taxa de expansão do emprego em até 3.2% em 1974, com uma taxa média de 3.1% no período de 1970/74;

— redução da taxa de inflação da ordem de 10% ao ano, até o final do mandato do governo;

— política econômica internacional que acelere o desenvolvimento do País, sem prejuízo do controle progressivo da inflação.

Para conferir auto-sustentação e caráter integrado ao processo, o desenvolvimento pressupõe:

- Ampla disseminação dos resultados do progresso econômico, alcançando todas as classes de renda e todas as regiões.
- Transformação social, para modernizar as instituições, acelerar o crescimento, distribuir melhor a renda e manter uma sociedade aberta.
- Estabilidade política para realizar o desenvolvimento sob regime democrático.
- Segurança nacional interna e externa.

Fatos internacionais importantes desenvolveram-se neste princípio de década ameaçando e influenciando a política e a economia em todo o mundo. No Kuwait, a OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) decide adotar o embargo de fornecimento de petróleo árabe ao Ocidente até que Israel devolva os territórios ocupados da Palestina (17-10-1973). No ano seguinte, ocorre o primeiro choque do petróleo, quando os países-membros da OPEP anunciam que, a partir de 21 de janeiro de 1974, o preço do barril do produto passa de US\$ 5,11 para US\$11,65. Era o fim do petróleo barato. Este fato repercutiu de várias formas no mundo, maior choque foi a necessidade de ajustes econômicos imediatos, inclusive no Brasil. Outra repercussão da crise do petróleo sobre o Brasil foi a busca do investimento em energias alternativas (energia nuclear e álcool).

A introdução ao 2.º PND, 1975-1979, durante o Governo Geisel, sob o impacto da crise do petróleo condicionava as suas prioridades caso

se pudesse dispor de um mínimo de normalidade na situação internacional e estabelecia os seguintes indicadores:

- A renda *per capita* nacional, em 1979, terá ultrapassado a barreira dos mil dólares.
- Em 1977, estará o Brasil ultrapassando a barreira dos US\$ 100 bilhões em seu PIB. Com esse ritmo de expansão, consolida o País a sua posição de 8.º mercado ocidental pela dimensão do PIB, e um dos que mais crescem.
- A criação de oportunidades de emprego, no quinquênio, com perspectivas de expansão a taxas superiores a 3.5% ao ano, ultrapassará em 1.700.000 a 1.800.000 a oferta de mão-de-obra disponível no mercado de trabalho. Passa-se, portanto, a reduzir significativamente o subemprego em zonas urbanas e rurais, com melhoria de condições de vida para a faixa mais pobre da população.
- A população economicamente ativa, em 1980, já estará beirando os 40 milhões de pessoas, representando parcela maior da população a responder pelo esforço de desenvolvimento.
- O nível do comércio exterior brasileiro, no final do II PND, estará acima dos US\$ 40 bilhões, ou seja, cerca de 15 vezes o que era na altura de 1963.

A efetivação de tais resultados estará ligada à realização de tarefas árduas, que cumpre ter em mente. Tais tarefas têm sentido de conquistas econômicas e sociais de envergadura, a seguir sumariamente caracterizadas:

- (a) O Brasil deverá ajustar a sua estrutura econômica à situação de escassez de petróleo e ao novo estágio de sua evolução industrial.
- (b) Espera-se consolidar, até o fim da década, uma sociedade industrial moderna e um modelo de economia competitiva. Essa economia moderna, com o seu núcleo básico no Centro-Sul, exigirá investimentos, no quinquênio, da ordem de Cr\$ 716 bilhões (a preços de 1975), nas áreas de Indústria Básica, Desenvolvimento Científico e Tecnológico e Infra-Estrutura Econômica.
- (c) A Política de Energia, num País que importa mais de dois terços do petróleo consumido (respondendo este por 48% da energia utilizada), passa a ser peça decisiva da estratégia nacional.

- (d) A Política Científica e Tecnológica, com a execução do II e do III Plano Básico de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, e do primeiro Plano Nacional de Pós-Graduação, contará com recursos de aproximadamente Cr\$ 22 bilhões no período.
- (e) Na área de Integração Nacional, será realizado programa que contará com recursos no montante de Cr\$ 165 bilhões. O Nordeste, que receberá Cr\$ 100 bilhões, procurará crescer a taxas superiores às do resto do País, para reduzir o hiato existente.
- (f) A ocupação produtiva da Amazônia e do Centro-Oeste receberá impulso com o Programa de Pólos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia (Poloamazônico), o Complexo Minerometalúrgico da Amazônia Oriental e o Programa de Desenvolvimento de Recursos Florestais, além da execução de programas especiais como o desenvolvimento do Pantanal.
- (g) A estratégia de desenvolvimento social será desdobrada nas seguintes:
 - i. Conjugação da política de emprego (com a criação no período de cerca de 6,6 milhões de empregos novos).
 - ii. Política de valorização de Recursos Humanos, para qualificação acelerada da mão-de-obra, aumentando sua capacidade de obtenção de maior renda, através da Educação, Treinamento Profissional, Saúde, Saneamento e Nutrição.
 - iii. Política de Integração Social, compreendendo a ação de mecanismos destinados a suplementar a renda, a poupança e o patrimônio do trabalhador, PIS, PASEP, política de habitação, bem como a ampliação do conceito de previdência social.
 - iv. Programa de Desenvolvimento Social Urbano.
- (h) Na integração com a economia mundial principalmente para manufaturados e produtos primários não-tradicionais (agrícolas e minerais).

Em 1979, é tentado um programa desenvolvimentista baseado na prefixação da taxa de câmbio, que, na época, foi a palavra de ordem de Chicago. No entanto, neste período a inflação brasileira passa de 50%

para 100% e a dívida externa cresce de 40 para 60 bilhões de dólares, em dois anos (Pereira, 1991).

Os objetivos do III PND, da época do Presidente Figueiredo, visavam para o período de 1980/1985, aos seguintes objetivos:

Objetivo síntese:

é a construção de uma sociedade desenvolvida, livre, equilibrada e estável, em benefício de todos os brasileiros, no menor prazo possível.

Objetivos nacionais:

- (a) Acelerado crescimento da renda e do emprego.
- (b) Melhoria da distribuição de renda, com redução dos níveis de pobreza absoluta e elevação dos padrões de bem-estar das classes de menor poder aquisitivo.
- (c) Redução das disparidades regionais.
- (d) Contenção da inflação.⁴
- (e) Equilíbrio do balanço de pagamentos e controle do endividamento externo.
- (f) Desenvolvimento do setor energético.
- (g) Aperfeiçoamento das instituições políticas.⁵

O 3.º PND, 1980/1985, que segundo economistas não passou de uma simples carta de intenções, principalmente devido ao impacto da segunda crise do petróleo, foi reduzido, durante a sua fase de implementação a apenas três metas prioritárias: Energia, Agricultura e Exportações e mais a preocupação com as negociações com o FMI (Fundo Monetário Internacional) que enfatizava o equilíbrio do balanço de pagamentos e contenção da

⁴ A inflação se constitui numa alta contínua e generalizada de preços. O impacto imediato da inflação é reduzir o poder aquisitivo de todos aqueles que vivem de rendimentos fixos (assalariados, pensionistas, etc.) (Langoni, 1975, p. 31). Há vários tipos de inflação: inflação da demanda — ocorre quando a quantidade de demanda é menor que a da oferta; inflação de custos — ocorre quando a oferta cai, como na crise do petróleo, a oferta se retrai, pois para produzir tudo fica mais caro; inflação inercial — ocorre quando o mercado ajusta automaticamente os preços baseado na inflação do mês precedente, com a expectativa de uma inflação igual ou maior no mês seguinte.

⁵ De fato, ações relacionadas à distensão política ocorreram já no Governo Geisel, consolida-se a abertura no Governo Figueiredo, quando é permitida a formação e funcionamento de outros partidos políticos, além da Arena e do MDB. É graças a esta abertura que o PMDB se fortalece como partido de oposição e ganha as eleições de novembro de 1984, com Tancredo Neves para a Presidência da República.

inflação. Durante a vigência do 3.º PND, as decisões eram tomadas com a preocupação do dia-a-dia, sem projetos em andamento.

Essa situação teve suas origens no segundo choque do petróleo e na elevação, a partir de 1979, das taxas de juros internacionais, quando uma pesada carga foi imposta sobre o balanço de pagamentos brasileiro, encontrando-se aí as raízes da recessão de 1981-83. Obrigada a gerar enormes superávits comerciais para continuar servindo a dívida externa, em condições crescentemente desfavoráveis, a economia brasileira desorganizou-se internamente. Somados ao aumento dos juros externos, duas máxidesvalorizações do cruzeiro, em 1979 e 1983, alimentaram a aceleração da inflação e impuseram seus efeitos negativos sobre as finanças públicas; restrições às importações, em face da escassez de divisas se associaram a taxas de crescimento negativas do produto interno bruto, em parte como causas, em parte como efeitos da recessão. Enquanto o setor externo se ajustava, a economia via seu desequilíbrio interno agravar-se, recaindo sobre o setor público a maior parte do ônus de ajustamento (PEREIRA, 1987, 7). Esse seria o quadro a ser herdado pela "Nova República".

5. Os planos da "Nova República"

Em março de 1985, foi instalado no Brasil um novo governo civil, o primeiro dos últimos 20 anos e que foi eleito graças ao esforço do partido de oposição da Câmara dos Deputados, o PMDB. Este objetivava governar pelas promessas de sua plataforma política, destacando-se os *leitmotiv* — "o tudo pelo social", e o "não à recessão".

Em 1985, foi criado um Plano de Emergência na área social, pela extinta Comissão para o Plano de Ação do Governo, COPAG. O projeto inicial da COPAG, presidida pelo Secretário de Planejamento de São Paulo, José Serra, tinha por objetivo melhorar as condições de vida do brasileiro e dar, sobretudo, respaldo político ao governo para a adoção de futuros arrochos. O projeto COPAG compreendia cinco programas: Saúde, Alimentação, Educação, Saneamento Básico e Ação Fundiária (Diretrizes... , maio 1985, p. 3).

A Proposta de Diretrizes Gerais de Política Econômica expressava os compromissos da Aliança Democrática, PMDB, no tratamento prioritário concedido às questões sociais e à retomada sustentada do crescimento econômico. É a prioridade ao social que justifica as políticas de alimentação, educação, saúde, habitação e previdência. Explicita-se a prioridade ao social através da ênfase ao Nordeste, da promoção de emprego e da abertura de espaços para a elevação do salário real.⁶ Visava também a proposta de diretrizes, delinear as condições para um desenvolvimento econômico contínuo.

⁶ Por salário real entende-se o índice de salário expresso em termos de valor do dinheiro, i.e., salário monetário ajustado ao valor do dinheiro.

Substituiu a Proposta de Diretrizes... O I PND da "Nova República". O discurso político era que a Nova República instalou-se com o compromisso de mudar a vida política, econômica e social do País. O I Plano Nacional de Desenvolvimento da Nova República, para o período de 1986-1989, deveria ser parte desse processo de mudança. O plano visava reformas, crescimento econômico e combate à pobreza. Todos os programas e recursos definidos dirigiam-se para essas três metas estratégicas.

O plano, em sua formulação, refletiu a decisão pela retomada do crescimento econômico, desta vez com clara orientação social. O governo anunciava, através do I PND/NR, a recusa pela recessão, herança do governo Figueiredo, como alternativa de política econômica. A retomada do crescimento, conforme os propósitos do plano, supunham a gradual recuperação do salário real.

O I PND da Nova República diferia dos planos anteriores também pela concepção de desenvolvimento. Este governo partia da tese de que cabe ao setor privado o papel de destaque na retomada do crescimento. O Estado deveria retornar, portanto, às suas funções tradicionais, que são a prestação dos serviços públicos essenciais e as atividades produtivas estratégicas para o desenvolvimento nacional de longo prazo e complementar à iniciativa privada. Pela primeira vez, desde a sistemática do planejamento para o desenvolvimento no Brasil, o governo sugere uma ação complementar ao desenvolvimento espontâneo, ou de mercado, centrado não no governo, mas na iniciativa privada.

Essas prioridades exigiam reformas profundas na organização e nos métodos do setor público, a fim de redefinir a participação do Estado nessa nova etapa de desenvolvimento. A Reforma do Setor Público era meta estratégica deste plano e, ao mesmo tempo, condição de realização dos demais objetivos de retomada do crescimento e combate à pobreza. Durante o Governo Sarney, no entanto, a Reforma Administrativa⁷ não se concretizou.

7 A reforma administrativa contempla itens como:

- restabelecimento da democracia;
- aspectos de natureza técnica;
- aspectos operacionais (planejamento, coordenação).

São elementos componentes:

- mudança de estrutura (análise, avaliação e melhoria da organização);
- melhoria dos processos de trabalho (métodos);
- recursos humanos (capacitação).

As reformas administrativas, no Brasil, foram conduzidas por diversas comissões e entidades. No Governo Kubitschek foi criada a CEPA — Comissão de Estudos e Projetos Administrativos que desenvolveu uma série de projetos entre

(Continua)

A estratégia para a retomada sustentada do crescimento econômico combinava três vertentes de política econômica: a redução do déficit público, a renegociação da dívida externa — de modo a reduzir a transferência de recursos para o exterior — e o combate à inflação.

O combate à inflação é tentado pelo Plano Dornelles (abril de 1985), baseado no congelamento dos preços públicos e de alguns setores oligopolísticos privados, correspondentes a cerca de 40% do PIB, combinado com uma política estritamente monetarista a nível de Banco Central. A inflação cai de 12% para 7% durante três meses, voltando para o patamar anterior assim que os preços congelados são corrigidos (Pereira, 1991).

Durante o governo Sarney vários outros planos foram colocados em prática na esperança de alcançar as propostas do I PND, um deles o Plano de Metas "Sustentação do crescimento e combate à pobreza, de 1986-1989, preparado pela equipe do Ministro João Sayad". O Plano de Metas foi concebido para viabilizar mudanças sociais e o processo econômico sustentado, com simultânea distribuição de renda e riqueza, reduzindo assim as desigualdades e erradicando a pobreza.

Suas prioridades estavam concentradas na recuperação e ampliação da infra-estrutura econômica, no incentivo à renovação tecnológica da indústria e da agricultura e na promoção do desenvolvimento social. O Plano de Metas contemplava um crescimento médio para o período de 1986-1989 de aproximadamente 7% ao ano. Para cumprir a meta de sustentação do crescimento o governo devia investir maciçamente em energia e transporte.

Constituiu complemento à série de medidas propostas e encaminhadas, outro plano de estabilização econômica, o famoso "Plano Cruzado" de Dílson Funaro, lançado no dia 28 de fevereiro de 1986.⁸

(Continuação)

57-63, tendo apresentado um Relatório final em 1963. De 64 a 68 as reformas administrativas basearam-se nos estudos da CEPA, tendo a Fundação Getúlio Vargas como consultora. Em 1967 aparece o Decreto-Lei n.º 200, que disciplina a reforma e estabelece os seus princípios, prevê que a administração pública deve se desenvolver obedecendo ao planejamento (o que ocorre no Governo Collor), e sugere planos regionais e setoriais.

8 Argumentava-se em relação ao Plano Cruzado a necessidade de substituir a fraca moeda — o cruzeiro — por uma moeda mais forte — o cruzado —, com paridade fixa em relação ao dólar norte-americano (BRA/SEPLAND, 1986, 4). Esse pacote econômico visou ao combate à inflação. O único esforço anterior à este visando ao combate à inflação foi em 1965/68 com Roberto Campos como Ministro do Planejamento, quando medidas foram adotadas para:

- congelamento de salários;
- arrocho salarial — com uma redução real de 40% do poder aquisitivo;
- controle de contas do governo: houve efetivamente uma diminuição dos gastos do governo, com o controle do déficit público.

O Plano Cruzado foi um programa heterodoxo, baseado em congelamento de preços que, embora bem formulado e contando com enorme apoio popular, acabou se perdendo na indisciplina fiscal e no excesso de demanda. A inflação de 14% ao mês, cai a próximo de zero no período do congelamento, quando este é rompido, em dezembro, a inflação explode (Pereira, 1991).

Em 1987, o Ministério da Fazenda lança o “Novo Plano de Estabilização”, incorporando as características do Plano Cruzado. Tratava-se de um choque *heterodoxo* incorporando medidas *ortodoxas*⁹ necessárias, composto de três etapas:

- congelamento — congelamento geral de preços;
- findo o congelamento, previsto para 90 dias, passava-se para a segunda fase, de flexibilização de preços, com reajustes mensais de salários e preços;
- economia de mercado — caracterizada pela atuação da livre força do mercado, por não existirem mais regras fixas de reajustes de preços.

O Plano Bresser (julho de 1987) foi um plano heterodoxo de emergência, provisório, sem indexação nem reforma monetária, apoiado em congelamento curto e em ajuste fiscal (Pereira, 1991).

⁹ *Ortodoxos* — a vertente ortodoxa fundamenta-se numa concepção euclidiana-cartesiana de ciência. Isto quer dizer que, para os economistas desse grupo, a economia deve basear-se num conjunto de axiomas básicos aplicáveis em quaisquer circunstâncias. Eles acreditam que, através da utilização do método dedutivo, é possível inferir esse conjunto de leis gerais. A principal dessas leis é a concepção de que a economia de mercado torna-se auto-regulável, desde que esteja livre dos constrangimentos impostos pela intervenção do Estado. Os economistas partem do pressuposto de que a sociedade é um conjunto de indivíduos e que cada um desses indivíduos é racional, utilitarista, e maximizador, isto é, tenta maximizar os valores de uso, a fim de garantir o seu bem-estar. Aceita-se a idéia de que a utilidade de um bem lhe confere valor, ou seja, adota-se a teoria do valor-utilidade. Assim, o sistema tende a um ponto de equilíbrio, sendo capaz de regular as relações econômicas entre os agentes. Para os *heterodoxos* — a tentativa de traduzir fenômenos sociais num modelo estático fechado, deduzido a partir de alguns axiomas básicos, é inócua e absurda, deixando de lado questões fundamentais. Para eles, os fenômenos econômicos são historicamente datados e não podem ser analisados através de um método dedutivo, ou seja, a decomposição de um objeto em seus elementos constitutivos, a fim de que se possa reconstruí-lo por um processo meramente analítico. Sua concepção da ciência é holística. Para os heterodoxos, cada situação específica envolve a reconstituição teórica do objeto analisado, tendo como ponto de partida uma situação real. Assim, tanto os objetos quanto a abrangência da análise variariam de acordo com as circunstâncias. As formulações desenvolvidas não necessariamente poderiam ser transpostas de um ponto para outro do tempo ou do espaço. A ciência econômica, nesta concepção, é fundamentalmente dinâmica, analisando o movimento das variáveis e de sua trajetória (Câmara Neto, 1990, pp. 33-34).

Em julho de 1987 foi entregue ao Presidente Sarney e ao Conselho de Desenvolvimento Econômico, CDE, o “Plano de Controle Macroeconômico”, preparado pela equipe de Bresser Pereira para orientar a economia nos próximos 4 anos, objetivando combater o grave processo de desajuste interno e externo por qual passava o País. No plano interno o desequilíbrio microeconômico dos preços relativos somou-se ao desajuste macroeconômico expresso no excesso de demanda global e particularmente em um aumento desproporcional do consumo em relação à capacidade produtiva do País, provocando o retorno a altas taxas de inflação, uma crise financeira e o desencadeamento de um processo recessivo. No plano externo registrou-se a redução de exportação, o aumento das importações, e, em consequência, a redução do superávit comercial, a queda das reservas e a suspensão do pagamento dos juros aos credores privados. O plano visava também, a médio prazo, resolver os problemas estruturais da economia brasileira, a saber:

- dívida externa — que obriga o País a transferir recursos reais para o exterior;
- a redução da capacidade de poupança do setor público — que leva ao déficit público; e
- a distribuição desequilibrada da renda, que é fonte permanente de injustiça social (BRA/PR/SEPLAN, 1987).

Um novo programa econômico, o de “Modernização e Ajustamento”, foi proposto e usado como roteiro de negociações com o FMI, durante o Governo Sarney, para o período 1988-1989. Os seus principais pontos eram: de caráter orçamentário e financeiro, e maior exigência dos programas assistenciais (Diretrizes do Governo, 1988-1989, 1988).

Apesar de todos esses esforços para dotar o País de um plano que estabilizasse a economia brasileira, a impressão geral que fica é que ficaram todos os problemas, já herdados dos governos anteriores, para serem resolvidos pelo próximo governo...

6. O Governo Collor

O novo governo que assumiu em 15 de março de 1990 não deu continuidade às propostas de planejamento do governo anterior, comprometido que estava com o discurso de sua plataforma política, o do PRN — Partido de Reconstrução Nacional. No entanto, sem dúvida alguma, herdou todos os problemas que tentaram ser corrigidos por Dílson Funaro, Bresser Pereira e por fim Maílson da Nóbrega com a sua política de “arroz e feijão”, ou bom-senso e decisões do dia-a-dia, buscando através de medi-

das econômicas e do pacto social manter a inflação em patamares aceitáveis, impedindo a qualquer custo a hiperinflação.

Não seria surpresa, portanto, notar que a primeira medida do novo governo fosse um novo "programa de estabilização" — visando vencer a inflação e reformar o aparelho do Estado. A lógica do plano repousou na crença de que com um forte aperto monetário (enxugamento da liquidez), seria possível obter a estabilização dos preços. Alguma recessão deveria acontecer, e este seria o sacrifício a ser pedido. Foi um programa imensamente intervencionista, fazendo com que todas as ferramentas da economia ficassem com o Governo. O setor privado, passivo e descapitalizado, foi literalmente conduzido, através da política econômica, para o caminho que foi escolhido pelo governo.

O "Programa . . ." estava longe de representar um planejamento global ou estratégico para o País como um todo, visava apenas à intervenção na conjuntura (câmbio, juros bancários, salários, tarifas públicas, déficit público), uma reforma monetária (encarecendo o custo do dinheiro e tentando aumentar as despesas fiscais), uma reforma patrimonial (intervenção nos haveres dos bens públicos, trocando-os por certificados de privatização), reforma fiscal (imposto de renda), reforma aduaneira (liberação da importação) e a reforma administrativa, visou um maior controle sobre o processo inflacionário.

Apesar da enorme recessão provocada pelo plano, a inflação volta a subir gradualmente, até chegar a 20% em dezembro de 1990. Em janeiro de 1991, é anunciado um novo plano de estabilização, emergencial, combinado com um "tarifaço", batizado de Plano Collor 2. A inflação não recrudesce e volta a crescer imediatamente após, chegando a cerca de 7% em abril e 10% em junho (Pereira, 1991).

No dia 15 de março de 1991, após um ano de mandato, foi apresentado ao País o "Projeto de Reconstrução Nacional", o plano global do governo Collor. Constam deste projeto os seguintes itens:

(a) Reforma do Estado, compreendendo:

- Reforma administrativa.
- Programa Federal de Desregulamentação.
- Programa Nacional de Desestatização.
- Empresas Estatais.

(b) Prioridades para a reconstrução nacional, visando à reestruturação competitiva da economia e ao resgate da dívida social.

(c) Cidadania e direitos fundamentais.

(d) O Brasil no cenário internacional (BRA/PR, 1991).

O êxito do plano parece repousar na capacidade do governo de suplantar problemas estruturais, tais como a estagnação econômica, os atuais níveis de pobreza e a precária situação financeira e capacidade operacional deficiente do setor público.

O plano atual, apelidado de Plano Marcílio, é um clássico plano de estabilização ortodoxo, que vem sendo posto em prática desde meados de 1991 e visa, através de uma política de juros altos, estabilizar a inflação em patamares mais "aceitáveis", estimando-se que caia para 2% em dezembro de 1992 (Pereira, 1991).

7. Conclusão

Desde o primeiro governo da revolução, a principal preocupação dos planejadores brasileiros foi o combate à inflação, ainda que isto tenha sido dito claramente nos discursos políticos e na formulação dos planos de governo, como no I Plano da "Nova República", que proclamava o fim da recessão e a retomada do crescimento econômico.

Junto ao problema inflacionário está o grave desequilíbrio financeiro do Estado. Este desequilíbrio caracteriza-se não só pela redução das receitas tributárias do governo, mas, principalmente, pelo esgotamento de suas fontes internas e externas de financiamento. O atual governo propõe, através do PRN, uma ampla reforma no sistema tributário para adequá-lo às metas de desenvolvimento econômico.

Como medida prática, no plano fiscal, foi assinado, em 30-7-91, decreto criando duas Comissões com a finalidade de elaborar uma proposta fiscal, objetivando elevar a eficiência do sistema tributário, reformular a estrutura de financiamento do setor público e reestruturar os gastos do Governo.

Na opinião de Ernane Galvêas, ex-ministro da Fazenda, uma reforma fiscal deve ter por base o princípio de "gasta quem arrecada". Não basta uma Reforma Fiscal e Tributária, qualquer que seja a sua amplitude e profundidade. É fundamental que paralelamente se imponha aos três níveis do Governo, uma firme disciplina de gastos, a fim de impedir os abusos salariais e o excesso de pessoal nos quadros da administração direta, das autarquias, das empresas estatais e das fundações. É preciso se aprovar e executar um Orçamento criterioso e equilibrado, que não ponha em risco a estabilidade monetária e proveja recursos adequados, para cobrir os compromissos do Governo, atender os programas sociais e realizar os investimentos de infra-estrutura de responsabilidade da União. O Orçamento da União é a peça chave no combate à inflação (Galvêas, 1991).

8. Referências

BRA/Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica. *Programa de Ação Econômica do Governo, 1964-66, síntese*. Rio de Janeiro, novembro 1964.

BRA/Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica. *Plano decenal de desenvolvimento econômico e social*. Rio de Janeiro : EPEA, 1966.

BRA/Ministério do Planejamento e Coordenação Geral. *Diretrizes do Governo, Programa Estratégico de Desenvolvimento*. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1967.

BRA/Ministério do Planejamento e Coordenação Geral. *Programa Estratégico de Desenvolvimento, 1968-70 — síntese*. Rio de Janeiro : IBGE, 1968.

BRA/Presidência da República. *Metas e bases para a ação do governo*. Rio de Janeiro : IBGE, 1970.

BRA/Presidência da República. *Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social, 1963-65 — síntese*. Rio de Janeiro : Departamento de Imprensa Nacional, 1962.

BRA/Presidência da República. Conselho de Desenvolvimento. *Programa de Metas*. Rio de Janeiro : Presidência da República, 1958.

BRA/Presidência da República. Secretaria de Planejamento. *Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento, 1971-74*. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1972.

BRA/Presidência da República. Secretaria de Planejamento. *II Plano Nacional de Desenvolvimento, 1975-1979*. Rio de Janeiro : IBGE, 1974.

BRA/Presidência da República. Secretaria de Planejamento. *III Plano Nacional de Desenvolvimento, 1980-1985*. Brasília : Secretaria de Comunicação Social, 1980.

BRA/Presidência da República. Secretaria de Planejamento. *Plano de Metas : Sustentação do Crescimento e Combate à Pobreza, 1986-1989*. Brasília, 1986.

BRA/Ministério da Fazenda. *Programa de Estabilização Econômica*. Brasília, 1986.

BRA/Ministério da Fazenda. *O Novo Plano de Estabilização*. Brasília, 14-6-87.

BRA/SEPLAN. *O plano de Controle Macroeconômico*. Brasília, 1987.

BRA/Presidência da República. *Brasil; Um Projeto de Reconstrução Nacional*. Brasília, 1991.

CÂMARA Neto, Alcino Ferreira. Ortodoxos e heterodoxos; uma visão histórica. *Ciência Hoje*, v. 12, n.º 68, pp. 32-36, nov. 1990.

CARNEIRO, Octavio Dias. *Past Trends in the economic evolution of Brazil, 1920-1965*. Harvard : University Center of International Affairs, 1966. mimeo.

DALAND, Robert T. *Estratégia e Estilo do planejamento brasileiro*. Trad. de Carlos Krammer. Rio de Janeiro : Lidador, 1967.

DIRETRIZES Gerais de Política Econômica; notas para o I PND da "Nova República". Brasília, maio 1985.

DIRETRIZES do Governo, 1988/89. *Correio Brasiliense* — "Economia", Brasília, 3.ª-feira, 17-5-88.

FURTADO, Celso. *Análise do "Modelo" brasileiro*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1972.

GALVÊAS, Ernane. A reforma fiscal tributária. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 37, n.º 439, pp. 3-28, outubro 1991.

HOLANDA, Nilson. *Planejamento e Projetos*. 12 ed. Fortaleza : Universidade Federal do Ceará, 1983.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O décimo-primeiro plano. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26-12-91, Caderno 1, p. 3.

"O Plano Macroeconômico". *Jornal de Brasília*, Brasília, 22-7-87, p. 7.

PRÉBISH, Raúl. *Change and Development. Latin America's Great Task*. Report submitted to the Inter American Development Bank. New York. Praeger Publishers, 1971.

ROTSTEIN, Jaime. *Petróleo: a crise dos anos 80*. Rio de Janeiro. Abril, 1980.

SIMONSEN, Mário Henrique. *O modelo brasileiro de desenvolvimento*. Brasília. Câmara dos Deputados/Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso (IPEAC), 1973.

SIMONSEN, M. H. & CAMPOS, R. O. *A nova economia brasileira*. Rio de Janeiro : J. Olympio, 1974.

SIMONSEN, ROBERTO. *O Planejamento da Economia Brasileira*. São Paulo. s. ed., 1945.

TINBERGEN, Jan. *Development Planning*. New York. McGraw Hill, 1967.

UN/ECLA. Fifteen years of economic policy in Brazil. *Economic Bulletin for Latin America*, v. 9, pp. 153-214, 1964.

Constitución de la República de Bulgaria

Nosotros, los diputados a la Séptima Asamblea Nacional Constituyente, inspirados por el anhelo de manifestar la voluntad del pueblo búlgaro,

declarando nuestra fidelidad a los valores universales de libertad, paz, humanitarismo, igualdad, justicia y tolerancia;

elevando en principio supremo los derechos del individuo, su dignidad y su seguridad;

siendo conscientes de nuestro irrevocable deber de custodiar la unidad nacional y del Estado de Bulgaria;

proclamamos nuestra firmeza de crear un Estado democrático, de Derecho y social,

por lo cual aprobamos esta CONSTITUCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO

Principios Básicos

Art. 1. (1) Bulgaria es una república de gobierno parlamentario.

(2) Todo el poder del Estado proviene del pueblo y es ejercido por él directamente o mediante los órganos previstos en esta Constitución.

(3) Ninguna parte del pueblo, partido político u otra organización, institución estatal o persona puede arrogarse el ejercicio de la soberanía popular.

Art. 2. (1) La República de Bulgaria es un Estado unitario, con auto-gestión a nivel municipal. En ella no se admite la existencia de formaciones territoriales autónomas.

(2) La integridad territorial de la República de Bulgaria es inviolable.

Art. 3. El búlgaro es idioma oficial de la República de Bulgaria.

Art. 4 (1) La República de Bulgaria es un Estado de Derecho que se gobierna en conformidad con la Constitución y las leyes del país.

(2) La República de Bulgaria garantiza la vida, la dignidad y los derechos del individuo, y crea condiciones para el libre desarrollo del Hombre y de la sociedad civil.

Art. 5. (1) La Constitución es la Ley Suprema y las demás leyes no pueden contradecirla.

(2) Las disposiciones de la Constitución tienen efecto directo.

(3) Nadie puede ser condenado por acciones o inacciones que no constituyen delito según la ley vigente en el momento de su perpetración.

(4) Los tratados internacionales ratificados por procedimiento constitucional, promulgados y entrados en vigor para la República de Bulgaria, son parte del Derecho Nacional del país. Éstos prevalecen respecto a las normas de la legislación nacional que los contradicen.

(5) Todas las normas jurídicas se publican. Entran en vigor a los tres días de su publicación salvo cuando en ellas mismas se estipule otro plazo.

Art. 6. (1) Todos los Hombres nacen libres e iguales por dignidad y derechos.

(2) Todos los ciudadanos son iguales ante la ley. No se admite ninguna restricción de los derechos o privilegios basados en raza, nacionalidad, pertenencia étnica, sexo, ascendencia, religión, educación, ideas, afiliación política, condición personal y social o estado material.

Art. 7. El Estado es responsable por los daños causados por actas o acciones ilícitas de sus organismos y funcionarios.

Art. 8. El poder estatal se divide en legislativo, ejecutivo y judicial.

Art. 9. Las Fuerzas Armadas garantizan la soberanía, la seguridad y la independencia del país y defienden su integridad territorial.

Art. 10. Las elecciones o los referendos nacionales y locales se celebran sobre el principio del sufragio universal y el derecho a la elección directa por votación secreta.

Art. 11. (1) La vida política de la República de Bulgaria se basa en el principio del pluralismo político.

(2) Ningún partido político ni ideología pueden ser proclamados ni ser afirmados como estatales.

(3) Los partidos contribuyen a la formación y la expresión de la voluntad política de los ciudadanos. El orden de creación y disolución de partidos políticos, así como las condiciones de su actividad, se reglamentan por ley.

(4) No pueden constituirse partidos políticos sobre base étnica, racial o religiosa, ni tampoco partidos que se propongan la toma del poder estatal por medios violentos.

Art. 12. (1) Las asociaciones de los ciudadanos se proponen defender y responder a sus intereses.

(2) Las asociaciones de los ciudadanos, incluso las sindicales, no pueden proponerse fines políticos ni desarrollar actividad política, la cual es exclusividad de los partidos políticos.

Art. 13. (1) Los cultos religiosos son libres.

(2) Las instituciones religiosas están separadas del Estado.

(3) La religión tradicional en la República de Bulgaria es el culto cristiano ortodoxo.

(4) Las comunidades e instituciones religiosas, al igual que las creencias religiosas no pueden ser utilizadas con fines políticos.

Art. 14. La familia, la maternidad y los niños están bajo la protección del Estado y la sociedad.

Art. 15. La República de Bulgaria asegura la protección y regeneración del medio ambiente, el cuidado de la naturaleza en su diversidad y el aprovechamiento racional de las riquezas y los recursos naturales del país.

Art. 16. El trabajo es garantizado y amparado por la ley.

Art. 17. (1) El derecho a la propiedad y a la herencia está garantizado y amparado por la ley.

(2) La propiedad es privada o pública.

(3) La propiedad privada es inviolable.

(4) El régimen de los bienes de propiedad estatal y municipal se reglamenta por ley.

(5) La expropiación forzosa de una propiedad para fines estatales y municipales puede tener lugar únicamente conforme a una ley, siempre y cuando esas necesidades no pueden ser satisfechas de otro modo, tras previa indemnización equivalente.

Art. 18. (1) Las riquezas del subsuelo, las playas en la línea de la costa marítima, las carreteras nacionales, así como las aguas, los bosques y parques de significación nacional, las reservas naturales y arqueológicas, declaradas como tales por ley, son propiedad exclusiva del Estado.

(2) El Estado ejerce derechos soberanos sobre la plataforma continental y la zona económica exclusiva en cuanto a la exploración, explo-

tación, aprovechamiento, preservación y dominio de los recursos biológicos minerales y energéticos de estas áreas marítimas.

(3) El Estado ejerce derechos soberanos sobre las frecuencias radiales y las posiciones de la órbita geoestacionaria, especificados para la República de Bulgaria en los tratados internacionales.

(4) Por ley se puede crear monopolio estatal sobre las redes nacionales ferroviarias, las redes nacionales de correos y telecomunicaciones, sobre la explotación de la energía nuclear, la fabricación de productos radiactivos, armas, explosivos y sustancias de alto poder biológico.

(5) Las condiciones y el orden en que el Estado otorga concesiones de obras y autorizaciones para actividades contempladas en los incisos anteriores, se reglamentan por ley.

(6) Los bienes de propiedad estatal se utilizan y administran en interés de los ciudadanos y de la sociedad.

Art. 19. (1) La economía de la República de Bulgaria está basada en la libre iniciativa económica.

(2) La ley crea y garantiza a todos los ciudadanos y personas jurídicas iguales condiciones jurídicas de actividad económica, impidiendo el abuso del monopolio, la competencia desleal y protegiendo al consumidor.

(3) Las inversiones y la actividad económica de los ciudadanos y personas jurídicas búlgaras y extranjeras gozan del amparo de la ley.

(4) La ley crea condiciones para la cooperación y otras formas de asociación de personas físicas y jurídicas al objeto de lograr el progreso económico y social.

Art. 20. El Estado vela por el desarrollo equilibrado de las distintas regiones del país y presta asistencia al quehacer de los órganos territoriales, mediante la política financiera, crediticia e inversionista.

Art. 21. (1) La tierra es el patrimonio nacional básico el cual goza de la protección especial del Estado y la sociedad.

(2) La tierra cultivable se utiliza exclusivamente para fines agrícolas. Se admite por excepción cambiar su destinación en casos de necesidad demostrada, en las condiciones y orden establecidos por ley.

Art. 22. (1) Los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras no pueden adquirir derechos de propiedad sobre tierras, salvo en casos de herencia previstos por ley. En este caso deberán transferir su propiedad.

(2) En condiciones estipuladas por ley, los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras pueden adquirir el derecho a utilizar, a construir otros derechos reales.

Art. 23. El Estado crea condiciones para el libre desarrollo de la ciencia, la educación y las artes, y les presta ayuda. Vela por la conservación del patrimonio nacional histórico y cultural.

Art. 24. (1) La política exterior de la República de Bulgaria se lleva a cabo de acuerdo a los principios y normas del Derecho Internacional.

(2) Fines básicos de la política exterior de la República de Bulgaria son la seguridad y la independencia del país, el bienestar y los derechos y las libertades básicos de los ciudadanos búlgaros, así como la contribución al establecimiento de un orden internacional justo.

CAPÍTULO SEGUNDO

Derechos y Deberes Fundamentales de los Ciudadanos

Art. 25. (1) Ciudadano búlgaro es todo aquél de quien por lo menos uno de los padres es ciudadano búlgaro o quien haya nacido en territorio de la República de Bulgaria, si no adquiere de origen otra ciudadanía. Se puede adquirir ciudadanía búlgara también por naturalización.

(2) Las personas de ascendencia búlgara adquieren la ciudadanía búlgara en procedimiento facilitado.

(3) Un ciudadano búlgaro de nacimiento no puede ser privado de ciudadanía búlgara.

(4) Un ciudadano de la República de Bulgaria no puede ser expulsado ni entregado a otro Estado.

(5) Los ciudadanos búlgaros residentes en el extranjero gozan del amparo de la República de Bulgaria.

(6) Las condiciones y el orden de adquisición, conservación y pérdida de la ciudadanía búlgara se reglamentan por ley.

Art. 26. (1) Los ciudadanos de la República de Bulgaria, dondequiera que se hallen, gozan de todos los derechos y tienen todos los deberes según esta Constitución.

(2) Los extranjeros residentes en la República de Bulgaria tienen de todos los derechos y todos los deberes contemplados en esta Constitución, excepto los derechos y los deberes para los cuales la Constitución y las leyes exigen la ciudadanía búlgara.

Art. 27. (1) Los extranjeros que residen en el país de acuerdo con la ley, no pueden ser expulsados ni entregados contra su voluntad a otro Estado, salvo en los casos y en el orden previstos por ley.

(2) La República de Bulgaria ofrece asilo a extranjeros perseguidos por sus convicciones o actividad en defensa de derechos y libertades internacionalmente reconocidos.

(3) Las condiciones y el orden para conceder asilo se reglamentan por ley.

Art. 28. Todo individuo tiene derecho a la vida. Atentar contra la vida humana se castiga como el crimen más grave.

Art. 29. (1) Nadie puede ser sometido a tortura, a trato cruel, inhumano o denigrante, ni tampoco a la asimilación étnica por la fuerza.

(2) Nadie puede ser sometido a experimentos médicos, científicos u otros sin su acuerdo voluntario por escrito.

Art. 30. (1) Todos tienen derecho a la libertad e integridad personal.

(2) Nadie puede ser detenido, sometido a inspección ocular, requisita u otro atentado contra su integridad personal sino en las condiciones y el orden establecidos por ley.

(3) En los casos ineludibles, expresamente contemplados por la ley, las autoridades competentes estatales pueden detener a un ciudadano, informando inmediatamente a los órganos judiciales. En un plazo de 24 horas tras la detención, el órgano del poder judicial se pronuncia sobre su legitimidad.

(4) Todos tienen derecho a un abogado defensor a partir del momento de su detención o de su calificación de acusado.

(5) Todos tienen el derecho a entrevistarse a solas con su defensor. El secreto de sus entrevistas es inviolable.

Art. 31. (1) Todo acusado de un delito debe ser entregado a la autoridad judicial en el plazo previsto por ley.

(2) Nadie puede ser forzado a confesarse culpable ni ser condenado tan sólo en razón de sus declaraciones.

(3) El acusado se considera inocente hasta la demostración de lo contrario en virtud de una sentencia entrada en vigor.

(4) No se admiten restricciones de los derechos del acusado más allá de lo imprescindible para el procedimiento de la justicia.

(5) A los privados de libertad se crean condiciones para el ejercicio de sus derechos fundamentales que no estén limitados por efecto de la sentencia.

(6) La pena privativa de libertad se cumple únicamente en los lugares determinados por ley.

(7) No prescriben la persecución judicial y el cumplimiento de la pena por delitos contra la paz y la humanidad.

Art. 32. (1) La vida privada de los ciudadanos es inviolable. Toda persona tiene derecho a la defensa contra la injerencia ilegal en su vida privada y familiar, y contra el atentado contra su honor, dignidad y reputación.

(2) Nadie puede ser seguido, fotografiado, filmado, ni grabada su voz o sometido a otros procedimientos semejantes, sin su conocimiento o en contra de su expresa desaprobación, salvo en los casos previstos por ley.

Art. 33. (1) El domicilio es inviolable. Sin consentimiento de su titular nadie puede entrar o permanecer en él, salvo en los casos expresamente contemplados por ley.

(2) Entrar o permanecer en un domicilio sin el consentimiento de su titular o sin disposición judicial se admitirá sólo a objeto de prevenir delito inminente o flagrante, a objeto de aprehender al autor de éste, así como en los casos de extrema necesidad.

Art. 34. (1) La libertad y el secreto de la correspondencia y de las otras comunicaciones son inviolables.

(2) Las excepciones a esta regla se admiten sólo con disposición de la autoridad judicial, cuando lo imponga el descubrimiento o la prevención de delitos graves.

Art. 35. (1) Toda persona tiene derecho a elegir libremente su residencia, a desplazarse por el territorio del país y a dejar libremente sus fronteras. Este derecho puede limitarse únicamente por ley, por razones de defensa de la seguridad nacional, la salud pública y los derechos y libertades de otros ciudadanos.

(2) Todo ciudadano búlgaro tiene derecho a retornar al país.

Art. 36. (1) El estudio y uso de la lengua búlgara es derecho y deber de los ciudadanos búlgaros.

(2) Los ciudadanos para quienes el búlgaro no es su lengua materna, tienen derecho, paralelamente al estudio obligatorio del búlgaro, a estudiar y usar su idioma.

(3) Los casos en que se usa sólo el idioma oficial, se reglamentan por ley.

Art. 37. (1) La libertad de conciencia, la libertad de pensamiento, la elección de confesión o de creencias religiosas o ateas, son inviolables. El Estado vela por observarse la tolerancia y el respeto entre las distintas confesiones, lo mismo que entre creyentes y ateos.

(2) La libertad de conciencia y de culto no puede ser dirigida contra la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral, ni contra los derechos y las libertades de otros ciudadanos.

Art. 38. Nadie puede ser perseguido o limitado en sus derechos por sus convicciones, ni ser obligado o forzado a informar de ellas o de las de otras personas.

Art. 39. (1) Toda persona tiene derecho a expresar opinión y divulgarla en forma verbal, escrita u oral, mediante el sonido, la imagen o por cualquier otro medio.

(2) Este derecho no puede utilizarse para trasgredir los derechos y la reputación de otra persona, ni llamar al cambio por medios violentos del orden constitucionalmente establecido, a la comisión de delitos, o instigar al odio o la violencia contra el individuo.

Art. 40. (1) La Prensa y los demás medios de difusión son libres y no están sujetos a censura.

(2) El cierre y la confiscación de una publicación o de otro medio de información se admite únicamente en virtud de un acta del poder judicial, cuando sean afectadas las buenas costumbres o contengan llamamientos al cambio violento del orden constitucional vigente, a la perpetración de un delito o a la violencia contra el individuo. Si en el plazo de 24 horas no se procede a la confiscación, cesa el efecto del cierre.

Art. 41. (1) Todos tienen derecho a indagar, recibir y difundir información. El ejercicio de este derecho no puede estar en detrimento de los derechos y la reputación de los demás ciudadanos, ni de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral.

(2) Los ciudadanos tienen derecho a recibir información de un organismo o institución estatal sobre asuntos que representan para ellos interés legítimo, si la información no constituye un secreto de Estado, un secreto protegido por ley o si trasgrede derechos ajenos.

Art. 42. (1) Los ciudadanos que hayan cumplido 18 años de edad, con excepción de los puestos bajo interdicción o quienes cumplan una sentencia de privación de libertad, tienen derecho a elegir órganos estatales o municipales y a participar en referendos.

(2) La organización y el orden para celebrar elecciones y referendos se establecen por ley.

Art. 43. (1) Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas en encuentros y concentraciones.

(2) El orden para organizar y realizar reuniones y concentraciones se establece por ley.

(3) No se requiere autorización para celebrar reuniones bajo techo.

Art. 44. (1) Los ciudadanos pueden asociarse libremente.

(2) Se prohíben organizaciones cuya actividad esté dirigida contra la soberanía, la integridad territorial del país y la unidad de la nación, aquellas que instiguen la hostilidad racial, nacional, étnica o religiosa, a trasgredir de los derechos y las libertades de los ciudadanos, así como organizaciones que creen estructuras secretas o paramilitares o que pretendan lograr sus objetivos por medios violentos.

(3) La ley especifica las organizaciones que están sujetas a registro, el orden de su disolución, así como sus relaciones con el Estado.

Art. 45. Los ciudadanos tienen derecho a presentar quejas, sugerencias y peticiones a los organismos estatales.

Art. 46. (1) El matrimonio es unión voluntaria entre un hombre y una mujer. Es legítimo sólo el matrimonio civil.

(2) Los cónyuges tienen derechos y deberes iguales en el matrimonio y la familia.

(3) La forma de matrimonio, las condiciones y el orden de su contratación y disolución, las relaciones personales y de propiedad entre los cónyuges se reglamentan por ley.

Art. 47 (1) La crianza y la educación de los hijos hasta su mayoría de edad es derecho y deber de sus progenitores y son apoyados por el Estado.

(2) La madre de familia goza de especial amparo por parte del Estado, el cual le asegura licencia pagada pre y posnatal, asistencia obstétrica gratuita, condiciones favorables de trabajo y otras ayudas sociales.

(2) Los hijos habidos fuera del matrimonio tienen iguales derechos a los habidos en el matrimonio.

(4) Los hijos privados del cuidado de sus familiares gozan del amparo especial del Estado y la sociedad.

(5) Las condiciones y el orden de restricción o privación de la patria potestad se especifican por ley.

Art. 48. (1) Los ciudadanos tienen derecho al trabajo. El Estado se encarga de crear condiciones para el ejercicio de este derecho.

(2) El Estado crea condiciones para que las personas con impedimentos físicos y psíquicos ejerzan su derecho al trabajo.

(3) Todo ciudadano elige libremente su profesión y el lugar de trabajo.

(4) Nadie puede ser forzado a realizar un trabajo en contra de su voluntad.

(5) Los trabajadores y empleados tienen derecho a trabajar en condiciones higiénicas y seguras, a una remuneración laboral mínima y a un pago que corresponda al trabajo realizado, así como a descansar y hacer uso de vacaciones en condiciones y orden establecidos por ley.

Art. 49. (1) Los trabajadores y los empleados tienen derecho a asociarse en organizaciones y uniones sindicales para defender sus intereses en el ámbito laboral y del seguro social.

(2) Los empresarios tienen derecho a asociarse para defender sus intereses económicos.

Art. 50. Los trabajadores y empleados tienen derecho a la huelga en defensa de sus intereses económicos y sociales colectivos. Este derecho se ejerce en condiciones y orden previstos por ley.

Art. 51. (1) Los ciudadanos tienen derecho al seguro social y la asistencia social.

(2) Las personas temporalmente desempleadas tienen derecho a seguro social en condiciones y en orden estipulados por ley.

(3) Los ancianos que carezcan de familiares y no puedan procurarse sustento sobre la base de su propiedad, así como los impedidos física y psíquicamente, están bajo la especial protección del Estado y la sociedad.

Art. 52. (1) Los ciudadanos tienen derecho a un seguro de salud que les garantice asistencia médica accesible y atención médica gratuita en condiciones y en orden establecidos por ley.

(2) El servicio médico a los ciudadanos es financiado por el Presupuesto del Estado, por los empresarios, por cuotas de seguros individuales y por otras fuentes, en condiciones y en orden establecidos por ley.

(3) El Estado protege la salud de los ciudadanos y fomenta el deporte y el turismo.

(4) Nadie puede ser sometido a tratamientos y medidas sanitarias en contra de su voluntad, salvo en los casos previstos por la ley.

(5) El Estado ejerce control sobre todos los establecimientos de salud, así como sobre la fabricación de fármacos, preparados biológicos, equipos médicos y el comercio con éstos.

Art. 53. (1) Todos tienen derecho a la educación.

(2) La enseñanza escolar hasta los 16 años es obligatoria.

(3) La educación primaria y secundaria en las escuelas estatales y municipales es gratuita. En algunas condiciones previstas por la ley, la educación en las escuelas superiores estatales es gratuita.

(4) Las escuelas superiores gozan de autonomía académica.

(5) Ciudadanos y organizaciones pueden crear escuelas en condiciones y en orden contemplados por ley. La enseñanza en estas escuelas debe responder a las exigencias estatales.

(6) El Estado incentiva la educación creando y financiando escuelas, prestando ayuda a escolares y universitarios capaces; creando condiciones para la preparación profesional y la recapitación, y ejerce control sobre todos los tipos y grados de escuelas.

Art. 54. (1) Todos tienen derecho al acceso a los valores nacionales y universales, así como a desarrollar su cultura conforme con su pertenencia étnica, lo cual está reconocido y garantizado por la ley.

(2) La libre creatividad artística, científica y técnica está reconocida y garantizada por la ley.

(3) Gozan del amparo de la ley los derechos de autor, inventor y sus análogos.

Art. 55. Los ciudadanos tienen derecho a vivir en un entorno natural sano y favorable que responda a los estándares y normas establecidos. Los ciudadanos tienen el deber de proteger el entorno natural.

Art. 56. Cada ciudadano tiene derecho a la defensa, en caso de que sus derechos o intereses legítimos sean violados o amenazados. Ante los organismos estatales puede comparecer con su defensor.

Art. 57. (1) Los derechos fundamentales de los ciudadanos son inalienables.

(2) No se admite el abuso de derechos ni su ejercicio si trasgrede derechos o intereses legítimos de otros.

(3) En caso de declararse guerra, estado de sitio u otro estado de emergencia, por ley puede ser limitado temporalmente el ejercicio de algunos derechos de los ciudadanos, con excepción de los derechos estipulados en los artículos 28, 29, 31, inc. 1, 2 y 3, el art. 32, inc. 1 y el art. 37.

Art. 58. (1) Los ciudadanos tienen el deber de respetar y observar la Constitución y las leyes. Tienen la obligación de respetar los derechos y los intereses legítimos de los demás.

(2) Las creencias religiosas y de otra índole no son razón para negarse a cumplir los deberes establecidos en la Constitución y las leyes.

Art. 59. (1) La defensa de la patria es deber y honor de todo ciudadano búlgaro. La felonía y la traición a la patria son el más grave de los delitos y se castigan con todo el rigor de la ley.

(2) El servicio militar, las condiciones y el orden para la exoneración de éste o su sustitución por un servicio alternativo se reglamenta por ley.

Art. 60. (1) Los ciudadanos tienen el deber de pagar impuestos y tasas establecidos por ley, en función de sus ingresos y bienes.

(2) Únicamente por ley pueden establecerse facilidades y gravámenes impositivos.

Art. 61. Los ciudadanos tienen el deber de prestar su colaboración al Estado y a la sociedad en caso de desastres naturales y de otra índole, en las condiciones y el orden establecidos por ley.

CAPITULO TERCERO

Asamblea Nacional

Art. 62. La Asamblea Nacional ejerce el poder legislativo y cumple control parlamentario.

Art. 63. La Asamblea Nacional está constituida por 240 diputados.

Art. 64. (1) La Asamblea Nacional es elegida por un período de cuatro años.

(2) En caso de guerra, estado de sitio u otro estado de emergencia que hayan acontecido durante o después de expirado el mandato de la Asamblea Nacional, el plazo de sus facultades se prorroga hasta la desaparición de estas circunstancias.

(3) Elecciones para una nueva Asamblea Nacional se celebran a más tardar dos meses después de cesadas las facultades de la anterior.

Art. 65. (1) Puede ser elegido diputado todo ciudadano búlgaro que no tenga otra ciudadanía, que haya cumplido los 21 años, no esté puesto bajo interdicción y no puerge una sentencia de privación de libertad.

(2) Los candidatos a diputados que ocupan un cargo estatal, cesan el cumplimiento de éste una vez registrados.

Art. 66. La legitimidad de las elecciones puede ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional, en los términos previstos por ley.

Art. 67. (1) Los diputados representan no sólo a sus electores, sino a todo el pueblo. Todo compromiso con un mandato obligatorio es inválido.

(2) Los diputados actúan en virtud de la Constitución y las leyes, siguiendo el dictamen de su conciencia y convicciones.

Art. 68. (1) Los diputados no pueden desempeñar otro cargo estatal ni realizar actividades incompatibles según la ley con su condición de diputado.

(2) El diputado que sea elegido ministro cesa sus facultades durante el período en el cual sigue siendo ministro. En tal caso es sustituido siguiendo el procedimiento legal.

Art. 69. Los diputados no están sujetos a responsabilidad penal por las opiniones que expresen ni por sus votaciones en la Asamblea Nacional.

Art. 70. Los diputados no pueden ser detenidos y contra ellos no puede ser incoada persecución penal, salvo por delitos graves y sólo con autorización de la Asamblea Nacional y -en caso de que ésta no sesione- del Presidente de la Asamblea Nacional. No se requiere de una autorización de detención en presencia de delito grave; sin embargo, en este caso se da aviso inmediato a la Asamblea Nacional, y si ésta no sesiona, al Presidente de la Asamblea Nacional.

Art. 71. Los diputados perciben una dieta parlamentaria cuyo monto se fija por la Asamblea Nacional.

Art. 72. (1) Las facultades del diputado se interrumpen con anterioridad en caso de:

1. renuncia ante la Asamblea Nacional;
2. entrada en vigor de una sentencia que dictamine privación de libertad por un delito premeditado, o cuando el cumplimiento de la pena privativa de libertad no haya sido postergado;
3. comprobada inelectividad o incompatibilidad;
4. defunción.

(2) En los casos contemplados en los incisos 1 y 2, la resolución procede de la Asamblea Nacional, y en los casos del inciso 3, del Tribunal Constitucional.

Art. 73. La organización y el quehacer de la Asamblea Nacional se realizan en virtud de la Constitución y de un Reglamento, aprobado por aquélla.

Art. 74. La Asamblea Nacional es un organismo en permanente funcionamiento. Ésta decide por sí misma el tiempo de receso.

Art. 75. La Asamblea Nacional recién electa es convocada a su primera sesión por el Presidente de la República en un plazo máximo de un mes tras la elección de la Asamblea Nacional. Si el Presidente no convoca la Asamblea Nacional en el plazo señalado, ésta es convocada por una quinta parte de los diputados.

Art. 76. (1) La primera sesión de la Asamblea Nacional es inaugurada por el decano que se halle presente.

(2) En la primera sesión, los diputados prestan el siguiente juramento: "Juro en nombre de la República de Bulgaria que observaré la Constitución y las leyes del país y que en todos mis actos me guiaré por los intereses del pueblo. Lo juro."

(3) En esa misma sesión la Asamblea Nacional elige a sus presidente y vicepresidentes.

Art. 77. (1) El Presidente de la Asamblea Nacional:

1. representa a la Asamblea Nacional;
2. sugiere un proyecto de orden del día para las sesiones;
3. inaugura, dirige y clausura las sesiones de la Asamblea Nacional y asegura el orden de su celebración;
4. certifica con su firma el contenido de las actas aprobadas por la Asamblea Nacional;
5. promulga las resoluciones, declaraciones y llamamientos aprobados por la Asamblea Nacional;
6. organiza las relaciones internacionales de la Asamblea Nacional.

(2) Los vicepresidentes de la Asamblea Nacional asesoran al Presidente y llevan adelante las actividades que éste les encarga.

Art. 78. La Asamblea Nacional se convoca a sesiones por el Presidente de la Asamblea Nacional:

1. a iniciativa de éste;
2. a solicitud de una quinta parte de los diputados;
3. a solicitud del Presidente de la República;
4. a solicitud del Consejo de Ministros.

Art. 79. (1) La Asamblea Nacional elige de entre sus miembros comisiones permanentes y provisionales.

(2) Las comisiones permanentes coadyuvan la actividad de la Asamblea Nacional y ejercen en nombre de ésta control parlamentario.

(3) Las comisiones provisionales son elegidas para efectuar sondeos y encuestas.

Art. 80. Los funcionarios y los ciudadanos, cuando sean llamados, deben hacerse presentes ante las comisiones parlamentarias y facilitarles las informaciones y documentos requeridos.

Art. 81. (1) La Asamblea Nacional puede sesionar y aprobar sus actas si están presentes más de la mitad de los diputados.

(2) La Asamblea Nacional vota las leyes y demás actos por mayoría simple de los diputados presentes, salvo cuando la Constitución requiere otra mayoría.

(3) La votación es personal y abierta, salvo cuando la Constitución prevé o la Asamblea Nacional resuelve que ésta sea secreta.

Art. 82. Las sesiones de la Asamblea Nacional son abiertas. A título de excepción, la Asamblea Nacional puede decidir que algunas sesiones se realicen a puertas cerradas.

Art. 83. (1) Los miembros del Consejo de Ministros pueden tomar parte en las sesiones de la Asamblea Nacional y de las comisiones parlamentarias. A solicitud de ellos su audiencia tiene prioridad.

(2) La Asamblea Nacional y las comisiones parlamentarias pueden obligar a los ministros a presentarse en sus sesiones y a responder a preguntas formuladas.

Art. 84. La Asamblea Nacional:

1. aprueba, enmienda y deroga las leyes;
2. aprueba el Presupuesto del Estado y el Informe sobre su cumplimiento;
3. establece los impuestos y fija su monto;
4. convoca elecciones a Presidente de la República;
5. toma decisión para celebrar referendos nacionales;
6. elige y releva al Primer Ministro y, a sugerencia de éste, al Consejo de Ministros; hace cambios en el Gobierno a propuesta del Primer Ministro;
7. crea, reestructura y clausura ministerios a sugerencia del Primer Ministro;
8. elige y releva a los directores del Banco Nacional de Bulgaria y de otras instituciones especificadas por ley;
9. da visto bueno a la suscripción de acuerdos para préstamos estatales;
10. decide los asuntos de declaración de guerra y la firma de paz;
11. autoriza el envío y el empleo de las Fuerzas Armadas Búlgaras fuera del país, así como la dislocación de tropas extranjeras en territorio del país o su paso a través de éste;
12. declara estado de sitio u otro estado de emergencia en todo el territorio del país o en parte de éste, a sugerencia del Presidente o del Consejo de Ministros;

13. concede amnistía;
14. instituye órdenes y condecoraciones;
15. declara las fiestas nacionales.

Art. 85. (1) La Asamblea Nacional ratifica y deroga por ley los acuerdos internacionales, los cuales:

1. tienen carácter político o militar;
2. conciernen la participación de la República de Bulgaria en organizaciones internacionales;
3. se refieren a la corrección de las fronteras de la República de Bulgaria;
4. contienen compromisos financieros asumidos por el Estado;
5. prevén la participación del Estado en un arreglo por vía de arbitraje o judicial de litigios internacionales;
6. se refieren a los derechos humanos fundamentales;
7. atañen la vigencia de la ley o requieren medidas de carácter legislativo para su cumplimiento;
8. prevén explícitamente ratificación.

(2) Los tratados ratificados por la Asamblea Nacional pueden ser enmendados o derogados exclusivamente por el orden señalado en los propios tratados, o de acuerdo con las normas universales del Derecho Internacional.

(3) La suscripción de tratados internacionales que requieran enmiendas a la Constitución debe ser precedida por la aprobación de estas enmiendas.

Art. 86. (1) La Asamblea Nacional aprueba leyes, resoluciones, declaraciones y llamamientos.

(2) Las leyes y las resoluciones de la Asamblea Nacional son obligatorias para todos los organismos estatales, las organizaciones y los ciudadanos.

Art. 87. (1) Derecho a la iniciativa legislativa tienen todo diputado y el Consejo de Ministros.

(2) El proyecto de ley sobre el Presupuesto del Estado es confeccionado y presentado por el Consejo de Ministros.

Art. 88. (1) Las leyes se debaten y aprueban en dos votaciones, efectuadas en sesiones distintas. A título de excepción, la Asamblea Nacional puede resolver que ambas votaciones se realicen en una sola sesión.

(2) Las demás actas de la Asamblea Nacional son aprobadas en una sola votación.

(3) Las actas aprobadas se publican en la *Gaceta del Estado* a más tardar a los quince días de su votación.

Art. 89. (1) Una quinta parte de los diputados puede proponer a la Asamblea Nacional una moción de censura al Consejo de Ministros. Tal propuesta es aprobada si a favor de ella hayan votado más de la mitad de todos los diputados.

(2) En caso de que la Asamblea Nacional emitiese voto de censura al Primer Ministro o al Consejo de Ministros, el Primer Ministro presenta la *dimisión del Gobierno*.

(3) En caso de que la Asamblea Nacional rechace la propuesta de moción de censura al Consejo de Ministros, no puede presentarse una nueva propuesta de censura por la misma razón en los próximos seis meses.

Art. 90. (1) Los diputados tienen derecho a formular preguntas y pedir explicaciones al Consejo de Ministros o a algunos ministros, y éstos deben responder.

(2) A propuesta de una quinta parte de los diputados acerca del pedido de explicaciones, se llevan adelante debates y se toma una resolución.

Art. 91. (1) La Asamblea Nacional elige el Tribunal de Cuentas el cual ejerce control sobre el cumplimiento del Presupuesto.

(2) La organización, las facultades y el orden de la actividad del Tribunal de Cuentas se reglamenta por ley.

CAPÍTULO CUARTO

Presidente de la República

Art. 92. (1) El Presidente es el Jefe del Estado. Personifica la unidad de la nación y representa a la República de Bulgaria en las relaciones internacionales.

(2) El Presidente se ve apoyado en sus funciones por un Vicepresidente.

Art. 93. (1) El Presidente es elegido por votación directa del electorado y por un plazo de cinco años, en los términos contemplados por ley.

(2) Puede ser elegido Presidente todo ciudadano búlgado de nacimiento que haya cumplido los 40 años, que responda a las condiciones

válidas para la elección de un diputado y haya residido en el país durante los últimos cinco años.

(3) Se da por elegido el candidato que haya obtenido más de la mitad de los sufragios válidos, si en los comicios han participado más de la mitad de los electores.

(4) Si ninguno de los candidatos haya sido elegido, en un plazo de siete días se celebra otra ronda electoral, en la cual toman parte los dos candidatos que hayan obtenido la mayor cantidad de votos. Se da por elegido al candidato que obtenga el mayor número de sufragios.

(5) La elección de nuevo Presidente se efectúa no antes de tres meses y a los dos meses a más tardar de expirado el plazo del mandato del Presidente en funciones.

(6) Las disputas en cuanto a la legitimidad de la elección de Presidente son dirimidas por el Tribunal Constitucional en plazo de un mes tras los comicios.

Art. 94. El Vicepresidente es elegido en una lista común con el Presidente y en las condiciones y en el orden para las elecciones presidenciales.

Art. 95. (1) El Presidente y Vicepresidente pueden ser reelegidos en el mismo cargo sólo por un segundo mandato.

(2) El Presidente y el Vicepresidente no pueden ser diputados, realizar otras actividades estatales, sociales y económicas, ni participar en la directiva de partidos políticos.

Art. 96. El Presidente y el Vicepresidente prestan juramento ante la Asamblea Nacional, según el art. 76, inc. 2.

Art. 97. (1) Las facultades del Presidente y del Vicepresidente cesan antes de tiempo en caso de:

1. dimisión ante el Tribunal Constitucional;
2. imposibilidad duradera de cumplir sus facultades a causa de enfermedad grave;
3. las condiciones art. 103;
4. defunción.

(2) En los casos de los apartados 1 y 2, las facultades del Presidente y del Vicepresidente son cesadas una vez que el Tribunal Constitucional compruebe las circunstancias mencionadas en ellos.

(3) En los casos del inciso 1, el Vicepresidente toma posesión del cargo de Presidente hasta el final del mandato.

(4) Ante la imposibilidad del Vicepresidente de asumir las facultades de Presidente, éstas se ejercen por el Presidente de la Asamblea Nacional hasta la elección de Presidente y Vicepresidente. En este caso, en un plazo de dos meses se celebran elecciones a Presidente y Vicepresidente.

Art. 98. El Presidente de la República:

1. convoca elecciones a Asamblea Nacional y órganos de autogestión municipal y fija la fecha para la celebración de referendo nacional, cuando así lo haya dispuesto la Asamblea Nacional;

2. dirige mensajes a la nación y a la Asamblea Nacional;

3. suscribe tratados internacionales en los casos contemplados por ley;

4. promulga las leyes;

5. aprueba los cambios de los límites y los centros de las unidades administrativas a propuesta del Consejo de Ministros;

6. nombra y cesa en sus funciones a los jefes de las misiones diplomáticas y de los representantes permanentes de la República de Bulgaria ante organizaciones internacionales a propuesta del Consejo de Ministros, así como recibe las cartas de acreditación y de retiro de los diplomáticos extranjeros en el país;

7. nombra y revoca de sus cargos a otros funcionarios estatales, especificados por ley;

8. confiere órdenes y condecoraciones;

9. concede y restituye la ciudadanía búlgara, autoriza su cambio y priva de ésta;

10. concede asilo;

11. hace uso del derecho al indulto;

12. Condona deudas impagables contraídas con el Estado;

13. da nombre a lugares y obras de significación nacional y a poblados;

14. informa a la Asamblea Nacional sobre cuestiones básicas dentro de sus facultades.

Art. 99. (1) El Presidente, tras consultas con las fracciones parlamentarias, encomienda al candidato a Primer Ministro propuesto por la fracción parlamentaria mayoritaria, formar el Gabinete.

(2) Si en un plazo de siete días el candidato a Primer Ministro no logra presentar la lista del Consejo de Ministros, el Presidente encomienda tal misión al candidato a Primer Ministro propuesto por la segunda fuerza parlamentaria.

(3) Si tampoco en este caso se logra presentar la lista del Consejo de Ministros, el Presidente, en el plazo previsto en el inciso anterior, encomienda a alguna de las otras fracciones parlamentarias presentar a un candidato a Primer Ministro.

(4) Si el mandato de diligencias haya finalizado con éxito, el Presidente sugiere a la Asamblea Nacional que elija al candidato a Primer Ministro.

(5) Si no se llega a un acuerdo para formar un Gabinete, el Presidente designa un Gobierno interino, disuelve la Asamblea Nacional y convoca nuevas elecciones en el plazo previsto en el art. 64, inc. 3. El Acta con la que el Presidente disuelve la Asamblea Nacional fija asimismo la fecha de las elecciones a la próxima Asamblea Nacional.

(6) El orden de formación del Gabinete, conforme al inciso precedente, se aplica también en los casos del art. 111, inc. 1.

(7) En los casos de los incisos 5 y 6, el Presidente no puede disolver la Asamblea Nacional en los últimos tres meses de su mandato. Si en este plazo el Parlamento no logra formar un Gabinete, el Presidente nombra Gobierno interino.

Art. 100. (1) El Presidente es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de la República de Bulgaria.

(2) El Presidente designa y llama a retiro a los Altos Mandos de las Fuerzas Armadas y otorga altos rangos militares a sugerencia del Consejo de Ministros.

(3) El Presidente encabeza el Consejo Consultivo de Seguridad Nacional, cuyo estatuto se reglamenta por ley.

(4) El Presidente decreta la movilización general o parcial a propuesta del Consejo de Ministros, conforme a la ley.

(5) El Presidente declara estado de guerra en caso de agresión armada en contra del país o en caso de necesidad ineludible de cumplimiento de compromisos internacionales, estado de sitio u otro estado de emergencia, cuando la Asamblea Nacional no sesiona. En tales casos ésta última se convoca de inmediato para que se pronuncie sobre el decreto.

Art. 101. (1) En el plazo previsto en el art. 88, inc. 3, el Presidente puede devolver, argumentándose, leyes votadas por la Asamblea Nacional para una nueva lectura, lo cual no puede serle denegado.

(2) La Asamblea Nacional aprueba por segunda vez la ley con una mayoría superior a la mitad de todos los diputados.

(3) La ley aprobada por la Asamblea Nacional por segunda vez es dada a publicar por el Presidente en un plazo de siete días tras haberla recibido.

Art. 102. (1) En uso de sus facultades, el Presidente promulga decretos, hace llamamientos y envía mensajes.

(2) Los decretos requieren de la firma del Primer Ministro o del respectivo Ministro.

(3) No requieren de esa firma los decretos con los cuales el Presidente:

1. designa un Gabinete interino;

2. encomienda un mandato de diligencias para la formación de un Gabinete;

3. disuelve la Asamblea Nacional;

4. devuelve una ley, votada por la Asamblea Nacional, para una nueva lectura;

5. define la organización y el orden de la actividad de los departamentos de la Presidencia, y nombra el personal;

6. convoca a elecciones y referendos;

7. promulga las leyes.

Art. 103 (1) El Presidente y el Vicepresidente no responden por los actos realizados en cumplimiento de sus funciones, excepción hecha los delitos de alta traición o violación de la Constitución.

(2) La acusación se hace a propuesta de por lo menos una cuarta parte de los diputados y se considera que cuenta con el apoyo de la Asamblea Nacional si más de dos terceras partes de los diputados han votado a favor.

(3) El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la acusación contra el Presidente o el Vicepresidente en el plazo de un mes de depositada la acusación. Si se estableciera que el Presidente o el Vicepresidente han cometido traición al Estado o han violado la Constitución, son cesados en sus facultades.

(4) El Presidente y el Vicepresidente no pueden ser detenidos, y en su contra no se puede incoar proceso legal.

Art. 104. El Presidente puede delegar sus facultades al Vicepresidente en los casos contemplados en el art. 98, incisos 7, 9, 10 y 11.

CAPÍTULO QUINTO

Consejo de Ministros

Art. 105 (1) El Consejo de Ministros dirige y ejecuta la política interior y exterior del país en virtud de la Constitución y las leyes.

(2) El Consejo de Ministros asegura el orden público y la seguridad nacional y realiza la dirección general de la Administración Pública y de las Fuerzas Armadas.

Art. 106. El Consejo de Ministros dirige el cumplimiento del Presupuesto del Estado; organiza la administración de los bienes públicos; concierta, ratifica y deroga los tratados internacionales en los casos previstos por la ley.

Art. 107. El Consejo de Ministros invalida las disposiciones ilegales o ilegítimas de los ministros.

Art. 108. (1) El Consejo de Ministros está compuesto por el Primer Ministro, los viceprimeros ministros y los ministros.

(2) El Primer Ministro dirige y coordina la política general del Gobierno y responde por ella. Nombra y cesa en sus funciones a los vicesministros.

(3) Los Ministros encabezan los diferentes ministerios, a menos que la Asamblea Nacional no decida lo contrario. Ellos responden por sus actos.

Art. 109. Los miembros del Consejo de Ministros prestan ante la Asamblea Nacional juramento según el art. 76, inc. 2.

Art. 110. Miembros del Consejo de Ministros pueden ser sólo ciudadanos búlgaros que respondan a los requisitos para la elección de diputados.

Art. 111. (1) Las facultades del Consejo de Ministros cesan:

1. al votarse moción de censura al Consejo de Ministros o al Primer Ministro;

2. al aceptarse la dimisión del Consejo de Ministros o del Primer Ministro;

3. al fallecer el Primer Ministro.

(2) El Consejo de Ministros presenta su renuncia ante la Asamblea Nacional recién electa.

(3) En los casos de los incisos precedentes, el Consejo de Ministros cumple sus funciones hasta la elección de un nuevo Consejo de Ministros.

Art. 112. (1) El Consejo de Ministros puede solicitar que la Asamblea Nacional le conceda voto de confianza en razón de su política gene-

ral, de su programa o por un motivo concreto. La resolución se aprueba con una mayoría de más de la mitad de los diputados presentes.

(2) Cuando el Consejo de Ministros no logra el voto de confianza deseado, el Primer Ministro presenta la renuncia del Gabinete.

Art. 113. (1) Los miembros del Consejo de Ministros no pueden ocupar cargos ni realizar actividades que sean incompatibles con la calidad de diputado.

(2) La Asamblea Nacional puede especificar también otros cargos y actividades que los miembros del Consejo de Ministros no puedan ocupar ni ejercer.

Art. 114. En virtud y en observancia de las leyes, el Consejo de Ministros emite decretos, disposiciones y resoluciones. Por decreto, el Consejo de Ministros adopta asimismo reglamentos y actas normativas.

Art. 115. Los Ministros emiten reglamentos, actas normativas, instrucciones y órdenes.

Art. 116. (1) Los funcionarios públicos son *agentes de la voluntad* y de los intereses de la nación. En el cumplimiento de sus funciones tienen el deber de guiarse únicamente por la ley y mantener neutralidad política.

(2) Los términos en los cuales los funcionarios públicos son designados o revocados en sus cargos y pueden militar en partidos políticos y organizaciones sindicales, así como hacer uso del derecho a la huelga se reglamentan por ley.

CAPÍTULO SEXTO

Poder Judicial

Art. 117. (1) El poder judicial defiende los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, de las personas jurídicas y del Estado.

(2) El poder judicial es independiente. En el cumplimiento de sus funciones los jueces, los miembros del jurado, los fiscales y los jueces de instrucción están subordinados sólo a la ley.

(3) El poder judicial dispone de Presupuesto propio.

Art. 118. La justicia se imparte en nombre del pueblo.

Art. 119. (1) La jurisdicción se imparte por el Tribunal de Casación, el Tribunal Contencioso-Administrativo, los juzgados de apelación, los juzgados provinciales, militares y distritales.

(2) Por ley se pueden crear juzgados especializados.

(3) No se admiten los juzgados extraordinarios.

Art. 120. (1) Los juzgados ejercen control sobre la legitimidad de las actas y las acciones de los órganos administrativos.

(2) Los ciudadanos y las personas jurídicas pueden apelar todas las actas administrativas que les afecten, excepción hecha de las explícitamente señaladas por ley.

Art. 121. (1) Los juzgados aseguran a las partes igualdad y condiciones de competencia durante el proceso judicial.

(2) El procedimiento judicial garantiza la comprobación de la verdad

(3) El proceso judicial en todos los juzgados es público, excepto si la ley dispone otra cosa.

(4) Las actas judiciales deben ser motivadas.

Art. 122. (1) Los ciudadanos y las personas jurídicas tienen derecho a la defensa durante todas las fases del proceso.

(2) El orden de ejercicio del derecho a la defensa se establece por ley.

Art. 123. En casos previstos por la ley, en la jurisdicción participan también jurados.

Art. 124. El Tribunal de Casación ejerce control judicial supremo sobre la aplicación rigurosa y equitativa de la ley por parte de todos los juzgados.

Art. 125. (1) El Tribunal Contencioso-Administrativo ejerce la supervisión judicial suprema sobre la aplicación rigurosa y equitativa de las leyes en la jurisdicción administrativa.

(2) El Tribunal Contencioso-Administrativo se pronuncia sobre litigios concernientes a la legitimidad de las actas del Consejo de Ministros y de los Ministros, así como de otras actas estipuladas por la ley.

Art. 126. (1) La estructura de la Fiscalía corresponde a la de los juzgados.

(2) El Fiscal General ejerce control en cuanto a la legitimidad y la dirección metodológica, sobre la actividad de todos los fiscales.

Art. 127. La Fiscalía vela por el cumplimiento de la ley de la siguiente forma:

1. procesa por sus actos a las personas que hayan cometido delitos y mantiene la acusación en causas penales de carácter común;

2. supervisa el cumplimiento de las medidas legales y de otras medidas coercitivas;

3. emprende acciones para la anulación de actas ilegítimas;

4. en los casos previstos por ley, participan en pleitos civiles y administrativos.

Art. 128. Los órganos de la instrucción forman parte del sistema del poder judicial. Éstos llevan adelante las investigaciones previas a las causas penales.

Art. 129. (1) Los jueces, los fiscales y los jueces de instrucción son designados, promovidos, degradados, trasladados y cesados en sus funciones por el Consejo Judicial Superior.

(2) El Presidente del Tribunal de Casación, el Presidente del Tribunal Contencioso-Administrativo y el Fiscal General son designados y cesados por el Presidente de la República a proposición del Consejo Judicial Superior por un plazo de siete años, sin derecho a la reelección. El Presidente no puede denegar la designación o el cese en una segunda proposición.

(3) Los jueces, los fiscales y los jueces de instrucción se hacen inamovibles tras haber cumplido tres años de ejercicio en los cargos que ocupan. Son cesados en sus funciones sólo en caso de jubilación, dimisión, entrada en vigor de una sentencia que dictamine una pena privativa de libertad por delito premeditado, así como a causa de imposibilidad objetiva duradera de cumplir sus obligaciones por un período superior a un año.

Art. 130. (1) El Consejo Judicial Superior está compuesto por veinticinco miembros. Son miembros de éste por derecho propio el Presidente del Tribunal de Casación, el Presidente del Tribunal Contencioso-Administrativo y el Fiscal General.

(2) Como miembros del Consejo Judicial Superior que no lo son por derecho propio, se eligen juristas de alto nivel profesional y comprobadas virtudes morales, con un mínimo de quince años de ejercicio.

(3) Once de los miembros del Consejo Judicial Superior son elegidos por la Asamblea Nacional y otros once, por los órganos del poder judicial.

(4) El mandato de los miembros electivos del Consejo Judicial Superior es de cinco años. Estos no pueden ser reelegidos inmediatamente tras haber finalizado ese período.

(5) Las sesiones del Consejo Judicial Superior son presididas por el *Ministro de Justicia. Éste no participa en las votaciones.*

Art. 131. Las decisiones del Consejo Judicial Superior sobre nombramiento, promoción, degradación, traslado y cese en funciones de los jueces, fiscales y jueces de instrucción, así como las propuestas que éste hace según el art. 129, inc. 2, se toman por votación secreta.

Art. 132. (1) Los jueces, los fiscales y los jueces de instrucción gozan de la misma inmunidad que los diputados.

(2) En casos previstos por ley, el Consejo Judicial Superior toma la decisión de privar de inmunidad a un juez, fiscal o juez de instrucción.

Art. 133. La organización y la actividad del Consejo Judicial Superior, de los tribunales, los órganos de la Fiscalía y los de la Instrucción, el status de los jueces, los fiscales y los jueces de instrucción, las condi-

ciones y el orden para nombramiento y revocación de los jueces, los miembros del jurado, los fiscales y los jueces de instrucción, así como para el cumplimiento de sus responsabilidades, se reglamentan por ley.

Art. 134. (1) El Colegio de Abogados es libre, independiente y autónomo. Éste asesora a los ciudadanos y a las personas jurídicas en la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

(2) La organización y el orden de la actividad del Colegio de Abogado se reglamentan por ley.

CAPÍTULO SÉPTIMO

Autogestión Municipal y Administración Local

Art. 135. (1) El territorio de la República de Bulgaria está dividido en municipios y provincias. La división administrativa y las prerrogativas del municipio capitalino y de los municipios de las demás ciudades de importancia se regulan por ley.

(2) Otras unidades de administración territorial y órganos de autogestión en el marco de ellas se pueden constituir en virtud de una ley.

Art. 136. (1) El municipio es la unidad administrativa y territorial básica donde se realiza la autogestión municipal. Los ciudadanos participan en el gobierno del municipio mediante los órganos de autogestión municipal elegidos, así como directamente, mediante referendo o asamblea general de la población.

(2) Los límites de los municipios se definen tras un referendo consultivo.

(3) La municipalidad tiene *status* de persona jurídica.

Art. 137. (1) Las comunidades territoriales autogestionadas pueden asociarse para la solución de asuntos de interés común.

(2) La ley crea condiciones para la asociación de los municipios.

Art. 138. El órgano de la autogestión local en el municipio es el consejo municipal, elegido por la población del respectivo municipio por un período de cuatro años en los términos contemplados por ley.

Art. 139. (1) El órgano del poder ejecutivo en el municipio es el alcalde. Éste es elegido por la población o por el consejo municipal por un período de cuatro años, en los términos previstos por ley.

(2) En su actividad, el alcalde se rige por la ley, las actas del consejo municipal y las decisiones de la población.

Art. 140. La municipalidad goza del derecho a la propiedad, que utiliza en interés de la comunidad territorial.

Art. 141. (1) La municipalidad cuenta con presupuesto propio.

(2) Las fuentes financieras permanentes del municipio se fijan en virtud de una ley especial.

(3) El Estado coadyuva al funcionamiento normal de los municipios mediante asignaciones presupuestarias y por otras vías.

Art. 142. La provincia es la unidad territorial administrativa para la realización de la política regional, para el ejercicio del poder estatal a nivel regional y para compaginar los intereses nacionales con los regionales.

Art. 143. (1) La gestión de la provincia se ejecuta por un gobernador provincial, ayudado por una administración provincial.

(2) El gobernador de la provincia es nombrado por el Consejo de Ministros.

(3) El gobernador de la provincia garantiza la realización de la política del Estado, responde por la defensa de los intereses nacionales, de la legalidad y del orden público y ejerce control administrativo.

Art. 144. Los órganos centrales del Estado y sus representantes locales ejercen control sobre la legitimidad de las actas de los órganos de gestión local sólo cuando así se estipule por ley.

Art. 145. Los consejos municipales pueden recurrir ante el juzgado las actas y los actos con los que se infringen sus derechos.

Art. 146. La organización y la forma de funcionamiento de los órganos de autogestión municipal y de la administración local se regulan por vía legal.

CAPÍTULO OCTAVO

Tribunal Constitucional

Art. 147. (1) El Tribunal Constitucional consta de doce jueces, una tercera parte de los cuales la elige la Asamblea Nacional, otra tercera parte es nombrada por el Presidente y la última tercera parte es elegida por la *asamblea general de los jueces del Tribunal de Casación y del Tribunal Contencioso-Administrativo*.

(2) El mandato de los jueces del Tribunal Constitucional es de nueve años. Éstos no pueden ser reelegidos en el mismo cargo. Cada cuota del cuerpo del Tribunal Constitucional se renueva cada tres años, en el orden previsto por ley.

(3) Como jueces en el Tribunal Constitucional se eligen juristas con alto nivel profesional y probada calidad moral, con un mínimo de quince años de práctica jurídica.

(4) Los miembros del Tribunal Constitucional eligen al Presidente del Tribunal por votación secreta para un período de tres años.

(5) La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con el mandato parlamentario, con la ocupación de un cargo estatal

o público, con la militancia en un partido político o sindicato y con el ejercicio de una profesión liberal, un negocio u otro empleo remunerado.

(6) Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la inmunidad de los diputados.

Art. 148. (1) El mandato de un juez del Tribunal Constitucional cesa en caso de:

1. vencimiento del plazo previsto;
2. renuncia ante el Tribunal Constitucional;
3. entrada en vigor de una sentencia que dictamine una pena privativa de libertad por delito premeditado;
4. imposibilidad objetiva de cumplir sus deberes durante más de un año;
5. incompatibilidad de cargos y actividades según el art. 147, inc. 5;
6. defunción.

(2) El Tribunal Constitucional priva de inmunidad y constata la incapacidad objetiva de los jueces de cumplir con sus deberes mediante votación secreta y por una mayoría de dos tercios, como mínimo, de todos los jueces.

(3) Si cesa el mandato de uno de sus miembros, el Tribunal Constitucional elige en su lugar a otro juez de la cuota respectiva en el plazo de un mes.

Art. 149. (1) El Tribunal Constitucional:

1. hace interpretaciones obligatorias de la Constitución;
2. se pronuncia, a raíz de una solicitud, sobre la constatación de anticonstitucionalidad de las leyes y de las demás actas de la Asamblea Nacional, así como de las actas del Presidente;
3. resuelve contenciones de competencia entre la Asamblea Nacional, el Presidente y el Consejo de Ministros, lo mismo que entre los órganos de autogestión municipal y los órganos centrales del poder ejecutivo;
4. se pronuncia sobre la conformidad con la Constitución de los tratados internacionales concluidos por la República de Bulgaria antes de su ratificación, así como sobre la conformidad de las leyes con las normas universalmente reconocidas pel Derecho Internacional y con los tratados internacionales de los cuales Bulgaria es parte;
5. se pronuncia sobre contenciones acerca de la constitucionalidad de los partidos y asociaciones políticos;
6. se pronuncia sobre contenciones acerca de la legitimidad de la elección de Presidente y de Vicepresidente;

7. se pronuncia sobre contenciones acerca de la legitimidad de la elección de un diputado;

8. se pronuncia sobre acusaciones hechas por la Asamblea Nacional contra el Presidente y el Vicepresidente.

(2) Por ley no se puede otorgar o privar de facultades al Tribunal Constitucional.

Art. 150. (1) El Tribunal Constitucional sesiona a iniciativa de una quinta parte, como mínimo, de los diputados, del Presidente, el Consejo de Ministros, el Tribunal de Casación, el Tribunal Contencioso-Administrativo y el Fiscal General. Los consejos municipales también pueden entablar contenciones de competencia en los términos del apartado 3 del inciso 1 del artículo precedente.

(2) Al constatar disconformidad entre una ley y la Constitución, el Tribunal de Casación o el Tribunal Contencioso-Administrativo suspenden el procedimiento judicial y ponen el asunto en manos del Tribunal Constitucional.

Art. 151. (1) El Tribunal Constitucional dicta sus fallos por mayoría simple de los votos de todos los jueces.

(2) Los fallos del Tribunal Constitucional se publican en la *Gaceta del Estado*, a los quince días de su dictamen. El fallo entra en vigor a los tres días de su publicación. El acta declarada anticonstitucional no se aplica a partir de la fecha de la entrada en vigor del fallo.

(3) La parte de la ley que no haya sido declarada anticonstitucional mantiene su vigencia.

Art. 152. La organización y la forma de funcionamiento del Tribunal Constitucional se estipulan por ley.

CAPÍTULO NOVENO

Enmienda a la Constitución. Adopción de Nueva Constitución

Art. 153. La Asamblea Nacional puede enmendar todas las disposiciones de la Constitución, a excepción de aquéllas que son prerrogativa de la Asamblea Nacional Constituyente.

Art. 154. (1) Tienen derecho a la iniciativa enmendadora a la Constitución una cuarta parte de los diputados y el Presidente.

(2) La propuesta es debatida en la Asamblea Nacional, no antes de un mes y a los tres meses, a más tardar, de su presentación.

Art. 155. (1) La Asamblea Nacional aprueba una ley de enmienda a la Constitución por una mayoría de tres cuartos de los votos de todos los diputados, en tres votaciones realizadas en días diferentes.

(2) Si la propuesta recibe menos de tres cuartos, pero no menos de dos terceras partes de todos los diputados, se discute de nuevo no antes de dos meses y a los cinco meses, a más tardar. Al ser reconsiderado, el proyecto es aprobado si a favor han votado no menos de dos tercios de todos los diputados.

Art. 156. La Ley de Enmienda a la Constitución se firma y se promulga por el Presidente de la Asamblea Nacional en la *Gaceta del Estado* a los siete días de su aprobación.

Art. 157. La Asamblea Nacional Constituyente consta de cuatrocientos diputados elegidos según el orden establecido.

Art. 158. La Asamblea Nacional Constituyente:

1. adopta la nueva Constitución;
2. decide el asunto de cambio del territorio de la República de Bulgaria y ratifica tratados internacionales que contemplan tales cambios;
3. decide los asuntos de cambio de la forma de estructura estatal y del gobierno estatal;
4. decide los asuntos de enmiendas al art. 5, incisos 2 y 4 y al art. 57, incisos 1 y 3 de la Constitución;
5. decide los asuntos de enmienda al Capítulo Noveno de la Constitución.

Art. 159. (1) Derecho a la iniciativa legislativa, según el artículo anterior, tienen al menos la mitad de los diputados como mínimo y el Presidente.

(2) El proyecto de nueva Constitución o de enmienda a la Constitución vigente, como también el proyecto de cambio del territorio del país conforme al art. 158 se debate en la Asamblea Nacional no antes de dos meses y a los cinco meses, a más tardar, de la fecha de su presentación.

Art. 160. (1) La Asamblea Nacional decide la celebración de elecciones a Asamblea Nacional Constituyente por una mayoría de dos terceras partes de todos los diputados.

(2) El Presidente convoca elecciones a Asamblea Nacional Constituyente en un plazo de tres meses a partir de la fecha de la decisión de la Asamblea Nacional.

(3) Con la celebración de elecciones a Asamblea Nacional Constituyente cesa el mandato de la Asamblea Nacional.

Art. 161. La Asamblea Nacional Constituyente toma resolución sobre los proyectos presentados por una mayoría de dos tercios de todos los diputados en tres votaciones realizadas en días diferentes.

Art. 162. (1) La Asamblea Nacional Constituyente se pronuncia únicamente sobre los asuntos constitucionales para los cuales ha sido elegida.

(2) En casos de urgencia, la Asamblea Nacional Constituyente cumple asimismo las funciones de Asamblea Nacional.

(3) El mandato de la Asamblea Nacional Constituyente cesa tras haberse pronunciado definitivamente sobre las cuestiones para las que ha sido elegida. En este caso el Presidente convoca nuevas elecciones siguiendo el orden establecido por ley.

Art. 163. Las actas de la Asamblea Nacional Constituyente se firman y promulgan por su presidente en un plazo de siete días después de adoptadas.

CAPITULO DÉCIMO

Escudo, Sello, Bandera, Himno, Capital

Art. 164. El escudo de la República de Bulgaria es un león rampante oro sobre un campo de gules en forma de escudo.

Art. 165. En el sello del Estado está grabado el escudo de la República de Bulgaria.

Art. 166. La bandera de la República de Bulgaria es tricolor: blanca, verde y roja, de arriba hacia abajo, en bandas horizontales.

Art. 167. El orden de imposición del sello del Estado y de izaje de la bandera nacional se establece por ley.

Art. 168. El himno de la República de Bulgaria es la canción *Patria Bienamada*.

Art. 169. La capital de la República de Bulgaria es la ciudad de Sofía.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

§ 1. (1) Con la adopción de la Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente se autodisuelve.

(2) La Asamblea Nacional Constituyente sigue cumpliendo las funciones de Asamblea Nacional hasta la elección de una nueva Asamblea Nacional. En este período vota leyes sobre la elección de la Asamblea Nacional, del Presidente, de los órganos de autogestión municipal, lo mismo que otras leyes. En el mismo período si instituyen el Tribunal Constitucional y el Consejo Judicial Superior.

(3) En la primera sesión de la Asamblea Nacional después de entrada en vigor la Constitución, los diputados, el Presidente, el Vicepresidente y los miembros del Consejo de Ministros prestan el juramento previsto en la presente Constitución.

§ 2. Hasta la elección del Tribunal de Casación y del Tribunal Contencioso-Administrativo, la Corte Suprema de la República de Bulgaria asume sus facultades según el art. 130, inc. 3 y el art. 147, inc. 1 de la Constitución.

§ 3. (1) Las disposiciones de las leyes ya existentes son aplicables si no contradicen la nueva Constitución.

(2) En un plazo de un año de la entrada en vigor de la Constitución, la Asamblea Nacional invalida aquellas disposiciones de las leyes existentes que no han sido derogadas en virtud de los efectos inmediatos del art. 5, inc. 2 de la Constitución.

(3) En el plazo de tres años, la Asamblea Nacional vota las leyes explícitamente señaladas en la Constitución.

§ 4. La organización del poder judicial reglamentada por la Constitución entra en vigor una vez aprobadas las nuevas leyes de organización y procesales que deben ser aprobadas en el plazo fijado en el § 3, inc. 2.

§ 5. Los jueces, los fiscales y los jueces de instrucción pasan a ser inamovibles si en un plazo de tres meses después de instituido el Consejo Judicial Superior éste último no disponga la ausencia de las cualidades profesionales requeridas.

§ 6. Hasta la creación de una nueva reglamentación legal relativa a la Televisión Nacional Búlgara, la Radio Nacional Búlgara y la Agencia Noticiosa Búlgara, la Asamblea Nacional ejerce, con respecto a estas instituciones nacionales, las facultades de la Asamblea Nacional Constituyente.

§ 7. (1) Las elecciones a Asamblea Nacional y a órganos de autogestión municipal se celebran en un plazo de tres meses tras la autodisolución de la Asamblea Nacional Constituyente. La fecha de las elecciones se concreta por el Presidente, en conformidad con sus prerrogativas según el art. 98, apartado 1 de la Constitución.

(2) Las elecciones a Presidente y a Vicepresidente se celebran en un plazo de tres meses después de elegida la Asamblea Nacional.

(3) Hasta la elección de Presidente y Vicepresidente, el Presidente y el Vicepresidente del mandato anterior ejercen estas funciones en virtud de la presente Constitución.

§ 8. El Gobierno sigue cumpliendo sus funciones en los términos de la presente Constitución hasta la formación de un nuevo Gobierno.

§ 9. La presente Constitución entra en vigor a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta del Estado* por el presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, e invalida la Constitución de la República de Bulgaria aprobada el 18 de mayo de 1971 (promulgada en *Gaceta del Estado*, No 39 de 1971; enmienda, No 6 de 1990; enmienda, No 29 de 1990; enmiendas, NoNo 87, 94 y 98 de 1990; enmienda, No 98 de 1990).

La Constitución de la República de Bulgaria está publicada en la *Gaceta del Estado* nº 56 del 13 de julio de 1991, a disposición del 13 de julio de 1991 de Nikolay Todorov, Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente.

Lei Orgânica da Assembléia da República Portuguesa

LEI N.º 77/88, DE 1.º DE JULHO (*)

Lei Orgânica da Assembléia da República.

A Assembléia da República decreta, nos termos dos artigos 164.º, alínea d), e 169.º, n.º 2, da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I

Âmbito

ARTIGO 1.º

Objecto

1 — A presente Lei tem por objecto definir e regulamentar os instrumentos de gestão administrativa, financeira e de apoio técnico que permitem à Assembléia da República o desenvolvimento da sua actividade específica.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, a Assembleia da República, dotada de autonomia administrativa e financeira e com património próprio, dispõe de serviços hierarquizados, denominados serviços da Assembléia da República, conforme o organograma anexo (**).

CAPÍTULO II

Sede e Instalações

ARTIGO 2.º

Sede

1 — A Assembléia da República tem a sede em Lisboa, em instalações privativas, nas quais se inclui o património conhecido por Palácio de

(*) Contém as retificações publicadas no *Diário da República*, I Série, n.º 188, de 18 de agosto do mesmo.

(**) Omite-se a publicação do organograma e dos mapas anexos, neste Suplemento.

São Bento e respectivas dependências e recheio, sem prejuízo do regime geral vigente em matéria de património nacional.

2 — Constituem também património da Assembléa da República as instalações por esta adquiridas e outras previstas na lei.

3 — O Presidente da Assembléa da República pode determinar a mudança da sede da Assembleia, com voto favorável da Conferência dos Presidentes dos Grupos Parlamentares, a ratificar pelo Plenário.

ARTIGO 3.º

Instalações

1 — A Assembléa da República poderá requisitar ao departamento competente da Administração Pública, tomar de arrendamento ou adquirir as instalações que se revelem indispensáveis ao seu funcionamento.

2 — Quando necessário, poderá proceder-se à expropriação por utilidade pública de bens imóveis e direitos imobiliários de particulares, nos termos da lei.

CAPITULO III

Plenário

ARTIGO 4.º

Competência

Ao Plenário, com órgão supremo da Assembléa da República, compete apreciar, discutir e votar:

- a) os planos de actividades;
- b) o orçamento anual das receitas e despesas da Assembléa da República e os orçamentos suplementares;
- c) o relatório e a conta.

CAPITULO IV

Administração da Assembléa da República

SECÇÃO I

Órgãos de Administração

ARTIGO 5.º

Órgãos

São órgãos da administração da Assembléa da República:

- a) o Presidente da Assembléa da República;

b) o Conselho de Administração.

SECÇÃO II

Presidente da Assembléa da República

ARTIGO 6.º

Competência

1 — O Presidente da Assembléa da República tem as competências que lhe são atribuídas pela Constituição, pela lei e pelo Regimento.

2 — O Presidente da Assembléa da República superintende na administração da Assembléa da República.

ARTIGO 7.º

Delegação de Competências

O Presidente da Assembléa da República pode delegar nos vice-presidentes os poderes que lhe são conferidos pela presente Lei.

ARTIGO 8.º

Gabinete do Presidente

1 — O Presidente da Assembléa da República dispõe de um gabinete constituído por pessoal da sua livre escolha e nomeação.

2 — O Gabinete do Presidente da Assembléa da República é constituído por um chefe de gabinete, que coordena, e por quatro assessores, três adjuntos, quatro secretários, um secretário auxiliar e um motorista.

3 — O apoio administrativo e auxiliar ao Gabinete poderá ainda ser prestado por funcionários dos serviços da Assembléa, destacados para o efeito por despacho do Presidente.

ARTIGO 9.º

Cessação de Funções dos Membros do Gabinete

O pessoal do Gabinete cessa funções no termo do mandato do Presidente da Assembléa da República e, a qualquer tempo, por decisão deste.

ARTIGO 10.º

Regime Aplicável aos Membros do Gabinete

1 — Aplicam-se aos membros do Gabinete do Presidente da Assembléa da República as disposições em vigor para o Gabinete do Primeiro-Ministro, sem prejuízo do disposto nos arts. 52.º, n. 5, e 53.º.

2 — Ao chefe de gabinete do Presidente da Assembléa da República pode ser atribuído, nos limites em vigor para o Gabinete do Primeiro-Ministro, a título permanente ou eventual, um abono para despesas de representação, a fixar pelo Presidente, ouvido o Conselho de Administração.

3 — O pessoal do Gabinete do Presidente da Assembléa da República não abrangido por qualquer regime de segurança social beneficiará, a partir da data da sua nomeação, do regime de previdência aplicável ao funcionalismo público, podendo optar por este no caso de ser abrangido por qualquer outro.

ARTIGO 11.º

Apoio aos Vice-Presidentes

1 — Os vice-presidentes poderão ser apoiados por um secretário e um motorista, da sua livre escolha, a requisitar aos departamentos do Estado ou a empresas públicas.

2 — Ao pessoal referido no n.º 1 é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 62.º

SECÇÃO III

Conselho de Administração

ARTIGO 12.º

Definição e Composição

1 — O Conselho de Administração é um órgão de consulta e gestão, constituído por um máximo de sete deputados, ou os seus substitutos, em representação de cada um dos sete maiores grupos parlamentares, pelo secretário-geral da Assembléa da República e por um representante dos funcionários parlamentares, ou um seu substituto.

2 — É da competência dos grupos parlamentares a indicação dos seus representantes e substitutos no Conselho de Administração, os quais são eleitos pelo Plenário.

3 — Quando o número de grupos parlamentares for superior a sete e se verificar igualdade para a designação do sétimo representante, este será eleito pelo Plenário de entre os candidatos apresentados pelos respectivos grupos parlamentares.

4 — Quando o número de grupos parlamentares for inferior a sete, o número de deputados membros do Conselho de Administração será igual ao número de grupos parlamentares existentes.

5 — No caso de cessação ou suspensão das funções de deputado, a vaga que, em consequência, surgir no Conselho de Administração será preenchida nos termos dos números anteriores.

6 — O representante dos funcionários parlamentares e o seu substituto são eleitos em plenário do pessoal do quadro da Assembléa da República, expressamente convocado para o efeito, por voto directo e secreto, pelo período da legislatura.

ARTIGO 13.º

Atribuições

São atribuições do Conselho de Administração:

a) pronunciar-se sobre a política geral de administração e os meios necessários à sua execução;

b) elaborar os planos de actividades, plurianuais e anuais, da Assembléa da República;

c) elaborar as propostas de orçamento da Assembléa da República;

d) elaborar o relatório e a conta da Assembléa da República;

e) exercer a gestão financeira da Assembléa da República, sem prejuízo do disposto do art. 68.º;

f) pronunciar-se sobre os regulamentos internos que respeitem à gestão das diversas áreas funcionais, nomeadamente administrativa, patrimonial e pessoal;

g) pronunciar-se, sob proposta do secretário-geral da Assembléa da República, relativamente à abertura de concursos de pessoal;

h) pronunciar-se sobre as propostas relativas ao provimento de pessoal;

i) pronunciar-se sobre os actos de administração relativos ao património da Assembléa da República, incluindo a aquisição, alienação, expropriação, troca, cedência, aluguer e arrendamento de quaisquer bens ou direitos a ele inerentes, bem como sobre a execução de obras, realização de estudos e aquisição de bens e serviços cujas despesas excedam 400 000\$, ou 4 000 000\$, conforme haja ou não necessidade de proceder à realização de concurso público, nos termos da lei geral.

ARTIGO 14.º

Funcionamento

1 — O Conselho de Administração é presidido pelo deputado representante do maior grupo parlamentar, ou pelo seu substituto.

2 — O Conselho de Administração reúne ordinariamente pelo menos uma vez por mês e, extraordinariamente, quando convocado pelo seu presidente, por sua iniciativa ou a solicitação de um terço dos seus membros, com a antecedência mínima de 24 horas, devendo, neste caso, fazer-se a indicação da ordem do dia.

3 — O Conselho de Administração poderá constituir de entre os seus membros uma comissão executiva, com os poderes que nela delegar, à qual se aplicarão, com as necessárias adaptações, as regras de funcionamento do Conselho de Administração.

4 — Integrarão necessariamente a comissão executiva os representantes de cada um dos quatro maiores grupos parlamentares e o secretário-geral da Assembléia da República.

ARTIGO 15.º

Votação

1 — As deliberações do Conselho de Administração são tomadas por maioria, cabendo a cada deputado um número de votos igual ao do respectivo grupo parlamentar, tendo o seu presidente voto de qualidade em caso de empate.

2 — As deliberações do Conselho de Administração são válidas desde que se verifique a presença de três dos seus membros e esteja garantida a representação da maioria absoluta dos deputados de funções.

3 — Não comparecendo o número de membros exigido no número anterior, será convocada nova reunião, podendo o Conselho de Administração então deliberar, havendo urgência, desde que esteja assegurada a representação da maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções.

ARTIGO 16.º

Regulamento

O Conselho de Administração elabora o seu regulamento interno.

ARTIGO 17.º

Cessação de Funções

No termo da legislatura ou em caso de dissolução da Assembléia da República, os membros do Conselho de Administração mantêm-se em funções até à primeira reunião da Assembléia da República da nova legislatura.

CAPÍTULO V

Serviços da Assembléia da República

SECÇÃO I

Disposições Gerais

ARTIGO 18.º

Serviços da Assembléia da República

Os serviços têm por finalidade prestar apoio técnico e administrativo aos órgãos da Assembléia da República e aos deputados, devendo garantir, nomeadamente:

a) o suporte técnico e administrativo no domínio das actividades de secretariado e de apoio directo ao Plenário, às comissoes e aos órgãos que funcionem junto da Assembléia da República ou na sua dependência;

b) a elaboração de estudos técnicos especializados necessários à actividade da Assembléia da República;

c) a execução das tarefas necessárias à actividade da Assembléia da República.

ARTIGO 19.º

Organização Interna dos Serviços

A organização interna dos serviços e as suas condições de funcionamento serão definidas em regulamento próprio, aprovado por despacho do Presidente da Assembléia da República, sob proposta do secretário-geral da Assembléia da República, obtido o parecer favorável do Conselho de Administração.

SECÇÃO II

Órgãos e Serviços na Dependência Directa do Presidente da

Assembléia da República

Subsecção I

Secretário-Geral da Assembléia da República

ARTIGO 20.º

Atribuições e Competências

O secretário-geral da Assembléia da República superintende em todos os serviços da Assembléia da República e coordena-os, submetendo a despacho do Presidente da Assembléia da República os assuntos cuja decisão não esteja no âmbito da sua competência.

ARTIGO 21.º

Estatuto

1 — O secretário-geral da Assembléa da República é nomeado pelo Presidente da Assembléa da República, em comissão de serviço e pelo período da legislatura, obtido o parecer favorável do Conselho de Administração, e permanece em funções até à nomeação do novo secretário-geral.

2 — O secretário-geral da Assembléa da República pode ser exonerado a todo o tempo pelo Presidente da Assembléa da República, obtido o parecer favorável do Conselho de Administração.

3 — O secretário-geral da Assembléa da República não pode exercer actividades profissionais privadas nem desempenhar outras funções públicas, salvo as que resultem de inerência ou de actividades de reconhecido interesse público cujo exercício seja autorizado por despacho do Presidente da Assembléa da República.

4 — O secretário-geral da Assembléa da República é substituído nas suas faltas e impedimentos pelo director-geral que o Presidente da Assembléa da República designar.

5 — A remuneração do secretário-geral da Assembléa da República é igual ao vencimento-base fixado para o cargo de director-geral, acrescido da diferença entre o vencimento deste e o de subdirector-geral.

6 — Ao secretário-geral da Assembléa da República poderá ser atribuído, a título permanente ou eventual, um abono para despesas de representação, a fixar pelo Presidente da Assembléa da República, ouvido o Conselho de Administração, o qual não poderá exceder os limites estabelecidos para os secretários-gerais dos outros órgãos de soberania.

ARTIGO 22.º

Competências Específicas

1 — Ao secretário-geral da Assembléa da República compete:

a) propor alterações ao quadro da Assembléa da República, bem como os regulamentos necessários à organização interna e ao funcionamento dos serviços;

b) propor a abertura de concursos e o provimento do pessoal não dirigente;

c) coordenar a elaboração das propostas referentes aos planos, anuais e plurianuais, de actividades, ao orçamento, ao relatório e à conta;

d) autorizar a aquisição de bens e serviços no âmbito da sua competência.

2 — Compete ainda ao secretário-geral da Assembléia da República:

a) propor o regime e montante da remuneração suplementar a atribuir ao pessoal ao serviço da Assembléia da República durante o funcionamento efectivo desta;

b) propor o regime do subsídio de alimentação e transporte a atribuir ao pessoal ao serviço da Assembléia da República indispensável ao funcionamento desta em condições excepcionais;

c) determinar o exercício de funções em situação que dê lugar a reversão de vencimento de exercício, nos termos previstos na lei, bem como autorizar o respectivo processamento;

d) autorizar ou determinar a movimentação e colocação de funcionários dentro da estrutura orgânica da Assembléia da República;

e) despachar os requerimentos dos funcionários solicitando a aposentação ou apresentação a junta médica, ordinária ou extraordinária, bem como aqueles em que seja salicitada a exoneração.

3 — O secretário-geral da Assembléia da República pode delegar as competências próprias e subdelegar as que lhe tenham sido delegadas com autorização expressa de subdelegação.

4 — Das decisões do secretário-geral da Assembléia da República cabe recurso hierárquico para o Presidente da Assembléia da República.

ARTIGO 23.º

Secretariado

1 — O secretário-geral da Assembléia da República poderá dispor de um serviço de apoio próprio, constituído, no máximo, por um adjunto um secretário e um secretário auxiliar, a requisitar aos departamentos do Estado ou a empresas públicas.

2 — Ao pessoal referido no número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 62.º.

Subsecção II

Auditor Jurídico

ARTIGO 24.º

Âmbito Funcional e Designação

1 — O auditor jurídico exerce funções no domínio de consulta jurídica e de contencioso administrativo.

2 — Compete ao auditor jurídico, em matéria consultiva, emitir pareceres jurídicos sobre os assuntos que lhe forem submetidos pelo Presidente da Assembléa da República.

3 — Em matéria de contencioso administrativo compete ao auditor jurídico:

a) preparar os projectos de respostas aos recursos contenciosos em que seja citado o Presidente da Assembléa da República, acompanhar os respectivos processos e neles promover as diligências necessárias;

b) instruir processos de sindicância, inquérito ou disciplinares, sempre que para tanto se torne conveniente a nomeação de pessoa com formação jurídica;

c) acompanhar e promover as necessárias diligências em quaisquer outros processos em que a Assembléa seja interessada.

4 — O cargo de auditor jurídico será exercido por um procurador-geral-adjunto, nomeado e exonerado nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público, ouvido o Presidente da Assembléa da República.

Subsecção III

Assessoria Jurídica

ARTIGO 25.º

Âmbito Funcional

1 — São atribuições da Assessoria Jurídica o apoio técnico e a consulta jurídica.

2 — À Assessoria Jurídica compete:

a) verificar, relativamente aos textos dos processos legislativos e normativos que lhe sejam submetidos para apreciação, o seu rigor técnico-jurídico, propondo as alterações que se mostrarem necessárias;

b) verificar a redacção final dos textos da Assembléa da República, de acordo com as deliberações dos seus órgãos, e promover a preparação dos respectivos autógrafos;

c) dar pareceres e informações e proceder a estudos jurídicos sobre quaisquer assuntos que lhe sejam submetidos pelo Presidente da Assembléa da República.

3 — A Assessoria Jurídica é coordenada por um dos respectivos assessores jurídicos, a designar pelo Presidente da Assembléa da República, ao qual será atribuída e fixada pelo Presidente da Assembléa da República, ouvido o Conselho de Administração, uma gratificação, a integrar na remuneração suplementar prevista no artigo 52.º, n.º 3.

Subsecção IV
Gabinete de Estudos Parlamentares

ARTIGO 26.º

Âmbito Funcional e Estruturação

1 — O Gabinete de Estudos Parlamentares constitui um serviço de estudo e de consulta especializada.

2 — Compete ao Gabinete de Estudos Parlamentares efectuar os estudos e trabalhos de investigação e informação de que for incumbido pelo Presidente da Assembléa da República, ouvidos os presidentes das comissões parlamentares em conjunto ou competentes em razão da matéria.

3 — O Gabinete de Estudos Parlamentares será estruturado por áreas, por decisão do Presidente da Assembléa da República, ouvido o Conselho de Administração.

4 — As funções atribuídas ao Gabinete de Estudos serão desempenhadas por indivíduos habilitados com licenciatura e de reconhecida competência, cabendo ao Presidente da Assembléa da República designar de entre eles o coordenador, que perceberá uma gratificação, nos termos do n.º 3 do artigo 25.º.

SECÇÃO III

Direcções-Gerais e outros Serviços

Subsecção I

Unidades Orgânicas

ARTIGO 27.º

Estrutura

Os serviços da Assembléa da República compreendem ainda as seguintes unidades orgânicas:

- a) a Direcção-Geral de Apoio Parlamentar;
- b) a Direcção-Geral de Administração e Informática;
- c) a Direcção de Serviços de Relações Públicas e Internacionais;
- d) o Museu.

Subsecção II

Direcção-Geral de Apoio Parlamentar

ARTIGO 28.º

Atribuições

A Direcção-Geral de Apoio Parlamentar é a unidade orgânica especialmente encarregada das actividades de secretariado, redacção, apoio técnico, documentação e informação.

ARTIGO 29.º

Competências

Compete à Direcção-Geral de Apoio Parlamentar, designadamente:

- a) apoiar a Mesa da Assembléia da República;
- b) organizar os processos relativos à actividade legislativa e de fiscalização e a outros actos decorrentes do funcionamento da Assembléia da República;
- c) garantir apoio técnico ao Plenário e às comissões parlamentares;
- d) apoiar, em matéria de documentação e informação, os deputados e os órgãos e serviços da Assembléia da República;
- e) assegurar o apoio administrativo e de secretariado ao Plenário e às comissões parlamentares;
- f) garantir a elaboração e edição do *Diário da Assembléia da República* e de outras actas parlamentares;
- g) planificar, redigir, editar e difundir as publicações da Assembléia da República;
- h) recolher e tratar a informação difundida pelos órgãos de comunicação social com interesse para as actividades decorrentes do funcionamento da Assembléia da República;
- i) constituir, organizar, conservar e inventariar o património documental;
- j) inventariar, tratar e conservar as espécies documentais e bibliográficas respeitantes à história das instituições políticas portuguesas e, designadamente, do constitucionalismo.

ARTIGO 30.º

Estrutura

A Direcção-Geral de Apoio Parlamentar compreende:

- a) a Direcção de Serviços de Apoio Técnico e de Secretariado;
- b) a Direcção de Serviços de Documentação e Informação.

ARTIGO 31.º

Direcção de Serviços de Apoio Técnico e de Secretariado

1 — A Direcção de Serviços de Apoio Técnico e de Secretariado compete assegurar:

- c) o apoio técnico especializado ao Plenário e às Comissões;
- b) a execução dos serviços inerentes ao apoio administrativo e de secretariado às comissões;
- c) o apoio técnico especializado ao Plenário e às comissões;
- d) o apoio em meios audiovisuais ao Plenário e às comissões;
- e) a elaboração do *Diário da Assembléia da República* e a preparação de outros textos parlamentares com vista à sua publicação;
- f) o apoio relativo ao Estatuto dos Deputados.

2 — A Direcção de Serviços de Apoio Técnico e de Secretariado compreende:

- a) a Divisão de Apoio ao Plenário;
- b) a Divisão de Secretariado às Comissões;
- c) a Divisão de Redacção;
- d) o Gabinete de Apoio Técnico;
- e) a Divisão de Apoio Estatístico aos Deputados.

3 — O Gabinete de Apoio Técnico é dirigido por um técnico superior, que funcionará em articulação com os presidentes das comissões parlamentares, equiparado a chefe de divisão para efeitos de vencimento.

ARTIGO 32.º

Direcção de Serviços de Documentação e Informação

1 — A Direcção de Serviços de Documentação e Informação compete:

- a) assegurar o apoio documental e bibliográfico aos trabalhos da *Assembléia da República*, designadamente organizando, para consulta, as colecções de legislação, de obras e de outros documentos existentes, quer em depósito, quer em outras instituições a que possa recorrer;
- b) organizar e manter actualizado um centro de documentação, com a função de recolher bibliografia, documentação, textos, diplomas legais, actos normativos e administrativos e demais elementos de informação científica e técnica relacionada com a actividade desenvolvida pela *Assembléia da República*;
- c) criar e manter permanentemente actualizados *dossiers relativos* a grandes temas nacionais e internacionais;
- d) recolher, tratar e difundir a informação resultante dos actos da *Assembléia da República*, bem como a decorrente de actividade parlamentar estrangeira e de organizações internacionais;

e) recolher, analisar, tratar, arquivar e promover a difusão da legislação, nacional e estrangeira, e de toda a informação legislativa com interesse para a Assembléia da República;

f) analisar e tratar os documentos parlamentares estrangeiros, jornais, revistas, boletins e demais informação internacional com vista à organização de *dossiers*, notas e fichas respeitantes a assuntos de actualidade e interesse para a prossecução dos trabalhos da Assembléia da República;

g) organizar e divulgar uma folha semanal, sumariando a documentação estrangeira recebida, podendo, quando a actualidade dos temas o aconselhe, classificar, analisar e traduzir em síntese a referida documentação;

h) assegurar a gestão da Biblioteca;

i) recolher, analisar, tratar, arquivar e divulgar a informação produzida pelos órgãos de comunicação social;

j) assegurar a gestão do Arquivo Histórico-Parlamentar e promover a conservação e preservação do seu património;

k) planificar e promover a edição de publicações com interesse para a Assembléia da República e para o público em geral;

l) construir e gerir as respectivas bases de dados;

m) cooperar com instituições nacionais, estrangeiras e internacionais em matéria de documentação e informação.

2 — A Direcção de Serviços de Documentação e Informação compreende:

a) a divisão de Informação Legislativa e Parlamentar;

b) a Divisão de Edições;

c) a Biblioteca;

d) o Arquivo Histórico-Parlamentar.

ARTIGO 33.º

Depósito Legal

Todos os serviços e organismos da administração central, local e regional, os institutos públicos, empresas públicas e organizações cooperativas de grau superior ficam obrigados a enviar à Biblioteca da Assembléia da República, sob regime de depósito legal, um exemplar de todas as publicações oficiais ou oficiosas que não sejam de mera circulação interna dos serviços.

Subsecção III
Direcção-Geral de Administração e Informática

ARTIGO 34.º

Atribuições

A Direcção-Geral de Administração e Informática é a unidade orgânica especialmente encarregada da gestão dos recursos humanos, financeiros e patrimoniais, bem como das funções administrativas e de informática.

ARTIGO 35.º

Competência

À Direcção-Geral de Administração e Informática compete assegurar:

- a) a gestão dos recursos humanos, realizando as acções relacionadas com o recrutamento, selecção, avaliação, promoção e formação do pessoal;
- b) a preparação do orçamento e conta e a gestão administrativa e financeira;
- c) a gestão dos recursos patrimoniais;
- d) a análise organizacional e o tratamento automático da informação.

ARTIGO 36.º

Estrutura

A Direcção-Geral de Administração e Informática compreende:

- a) a Direcção de Serviços Administrativos e Financeiros;
- b) o Centro de Informática.

ARTIGO 37.º

Direcção de Serviços Administrativos e Financeiros

À Direcção de Serviços Administrativos e Financeiros compete:

- a) gerir os recursos humanos;
- b) implementar um sistema de aplicação de normas de higiene e segurança no trabalho e de medicina no trabalho;
- c) elaborar as propostas de orçamento e do relatório e conta;
- d) executar o orçamento;
- e) processar as remunerações e outros abonos;
- f) administrar os esquemas de segurança social e de acção social complementar;

g) assegurar a gestão e manutenção das instalações, dos equipamentos e do parque automóvel;

h) assegurar o aprovisionamento de bens e a aquisição de serviços;

i) garantir o suporte administrativo comum;

j) garantir a produção reprográfica, a microfilmagem e o *offset*.

2 — A Direcção de Serviços Administrativos e Financeiros compreende:

a) a Divisão de Administração de Pessoal;

b) a Divisão de Gestão Financeira;

c) a Divisão de Aprovisionamento e Património;

d) a Divisão de Administração Geral.

ARTIGO 38.º

Centro de Informática

1 — Ao Centro de Informática compete:

a) implementar o plano de informatização da Assembléa da República;

b) gerir o sistema informático.

2 — O Centro de Informática é dirigido por um técnico superior, equiparado a director de serviços para efeitos de vencimento.

Subsecção IV

Direcção de Serviços de Relações Públicas e Internacionais

ARTIGO 39.º

Atribuições

A Direcção de Serviços de Relações Públicas e Internacionais é a unidade orgânica especialmente encarregada de apoiar e dinamizar as relações externas da Assembléa da República.

ARTIGO 40.º

Competências

À Direcção de Serviços de Relações Públicas e Internacionais compete:

a) promover a divulgação da actividade da Assembléa da República no País e no estrangeiro;

- b) prestar apoio às delegações parlamentares nas organizações internacionais e nas missões oficiais ao estrangeiro;
- c) apoiar os órgãos de comunicação social na sua actividade de informação parlamentar;
- d) planear e colaborar na realização de solenidades, comemorações e visitas à Assembléia da República e assegurar o respectivo protocolo;
- e) assegurar o serviço de recepção.

ARTIGO 41.º

Estrutura

A Direcção de Serviços de Relações Públicas e Internacionais compreende:

- a) a Divisão de Relações Públicas;
- b) a Divisão de Relações Internacionais e Interparlamentares.

Subsecção V

Museu da Assembléia da República

ARTIGO 42.º

Museu

1 — O Museu da Assembléia da República é constituído por todos os objectos de arte e espécies documentais e bibliográficas respeitantes à história do parlamentarismo português.

2 — Nenhum objecto de arte ou espécie documental ou bibliográfica poderá sair do Museu sem autorização prévia do Presidente da Assembléia da República, ouvido o Conselho de Administração, após parecer do conservador.

3 — Ao conservador do Palácio e do Museu incumbe velar pela conservação do Palácio de São Bento, seu património artístico, histórico e valor arquitectural, e do Museu da Assembléia da República.

SECÇÃO IV

Serviço de Segurança

ARTIGO 43.º

Atribuições

O Serviço de Segurança constitui a estrutura especialmente encarregada da prevenção, controlo, vigilância, protecção e defesa das instalações

e dos bens da Assembléia da República, dos seus serviços e das pessoas que nela exercem funções e permanecem.

ARTIGO 44.º

Condições de Permanência

1 — A segurança é prestada de forma permanente por um destacamento da Guarda Nacional Republicana e outro da Polícia de Segurança Pública.

2 — As condições de permanência e de actuação da Guarda Nacional Republicana e da Polícia de Segurança Pública são definidas em regulamento aprovado pelo Presidente da Assembléia da República, sob proposta do secretário-geral da Assembléia da República, ouvidos os respectivos comandos-gerais.

CAPÍTULO VI

Pessoal dos Serviços da Assembléia da República

SECÇÃO I

Disposições Gerais

ARTIGO 45.º

Estatuto do Pessoal Parlamentar

O pessoal da Assembléia da República, que constitui o quadro dos funcionários parlamentares, rege-se por estatuto próprio, nos termos da presente Lei e da sua regulamentação, constituindo direito subsidiário a legislação aplicável à administração central do Estado, designadamente o Estatuto da Aposentação.

ARTIGO 46.º

Quadro de Pessoal

1 — A Assembléia da República dispõe do pessoal constante do quadro anexo à presente Lei.

2 — O quadro de pessoal da Assembléia da República pode ser alterado por resolução da Assembléia, mediante proposta do Conselho de Administração.

ARTIGO 47.º

Recrutamento e Selecção de Pessoal

O recrutamento e selecção do pessoal não dirigente da Assembléia da República é feito mediante concurso público.

ARTIGO 48.º

Admissão e Provisamento de Lugares

1 — O provimento de lugares de pessoal não dirigente é feito por despacho do Presidente da Assembléa da República, sob proposta do secretário-geral da Assembléa da República, obtido prévio parecer favorável do Conselho de Administração.

2 — Os conteúdos funcionais e as normas de admissão e provimento do pessoal são os constantes da presente Lei e seus anexos I, incluindo as respectivas regras, critérios e observações, que dele fazem parte integrante, II, III e IV e ainda dos regulamentos que vierem a ser homologados pelo Presidente da Assembléa da República, após deliberação do Conselho de Administração, sob proposta do secretário-geral da Assembléa da República.

3 — Os regulamentos referidos no número anterior são publicados no *Diário da Assembléa da República* e no *Diário da República*.

ARTIGO 49.º

Funções do Pessoal em Geral

O pessoal da Assembléa da República cujas funções não estejam especialmente fixadas na Lei Orgânica desempenhará as funções que decorrem do anexo III e ainda as que sejam fixadas pelos responsáveis dos serviços, desde que de complexidade e responsabilidade equiparáveis.

ARTIGO 50.º

Dever de Sigilo

1 — Os funcionários e agentes da Assembléa da República estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido dos termos da Constituição, da lei e do Regimento, e têm o dever de sigilo relativamente aos factos e documentos de que tenham conhecimento no exercício das suas funções.

2 — O dever de sigilo cessa quando estiver em causa a defesa do próprio em processo disciplinar ou judicial e em matéria relacionada com o respectivo processo.

ARTIGO 51.º

Acumulação e Incompatibilidades

1 — Não é permitida ao pessoal dirigente abrangido por este diploma a acumulação com outras funções ou cargos públicos, salvo as que resultem de inerências não remuneradas, missões e estudos de carácter transitório e, bem assim, de participação em comissões ou grupos de trabalho que resultem directamente do exercício das funções dirigentes.

2 — O disposto no número anterior não abrange actividades de reconhecido interesse público, nomeadamente docentes, cujo exercício deverá ser autorizado por despacho do Presidente da Assembléa da República.

3 — O exercício de actividades privadas pelos titulares de cargos dirigentes, ainda que por interposta pessoa, carece de autorização do Presidente da Assembléa da República, ouvido o Conselho de Administração, a qual será recusada ou anulada em todos os casos em que a mesma actividade se mostre susceptível de comprometer ou interferir com a isenção exigida para o seu exercício.

4 — Os titulares de cargos dirigentes estão sujeitos aos impedimentos derivados dos princípios de isenção e imparcialidade da acção da Administração Pública.

5 — Não é permitido ao funcionário ou agente o exercício de actividades privadas quando esse exercício se revele incompatível com o cumprimento dos deveres estabelecidos na lei ou seja susceptível de comprometer a isenção exigida ao exercício das respectivas funções.

6 — O funcionário ou agente que, por força do exercício das suas funções, se deva pronunciar sobre assunto ou matéria em que tenha interesse pessoal, que possa comprometer a sua independência, deverá dar disso informação ou requerer escusa.

ARTIGO 52.º

Regime Especial de Trabalho

1 — O pessoal permanente da Assembléa da República tem regime especial de trabalho, decorrente da natureza e das condições de funcionamento próprias da Assembléa da República.

2 — Este regime é fixado por deliberação do Conselho de Administração, podendo compreender, nomeadamente, horário especial de trabalho, regime de trabalho extraordinário, prestação de serviços por turnos e remuneração suplementar, ficando sempre ressalvados os direitos fundamentais dos trabalhadores consignados na Constituição da República Portuguesa e na lei geral.

3 — A remuneração suplementar a que se refere o número anterior é calculada com base no vencimento, acrescido de diuturnidades, sendo paga em doze duodécimos, e faz parte integrante do vencimento, contando para todos os efeitos, designadamente os de aposentação, não sendo acumulável com quaisquer outras remunerações acessórias ou abonos, salvo as gratificações previstas nos artigos 25.º, n.º 3, e 26.º, n.º 4.

4 — Em situações excepcionais de funcionamento dos serviços da Assembléa da República pode ser atribuído ao respectivo pessoal um subsídio de alimentação e transporte.

5 — A aplicação do regime de trabalho previsto nos números anteriores ao pessoal dos gabinetes do Presidente da Assembléa da República e dos grupos parlamentares é da competência do Presidente da Assembléa da República e da direcção dos grupos parlamentares, respectivamente.

ARTIGO 53.º

Regime Remuneratório do Pessoal da Assembléa da República e dos Gabinetes

O regime remuneratório do pessoal da Assembléa da República e do pessoal dos gabinetes do Presidente da Assembléa da República e dos grupos parlamentares ou equiparado será fixado pelo Presidente da Assembléa da República, obtido o parecer favorável do Conselho de Administração, sem prejuízo do anexo I à presente Lei.

ARTIGO 54.º

Bolsas de Estudo

1 — Para aperfeiçoamento dos funcionários da Assembléa da República poderão ser concedidas bolsas de estudo ou a equiparação a bolseiro para a frequência de cursos e estágios em instituições nacionais ou organismos internacionais.

2 — A concessão de bolsas de estudo ou a equiparação a bolseiro é da competência do Presidente da Assembléa da República, mediante proposta fundamentada do secretário-geral da Assembléa da República com o parecer favorável do Conselho de Administração.

3 — As condições, direitos e obrigações dos bolseiros constarão de regulamento a aprovar pelo Conselho de Administração, mediante proposta do secretário-geral da Assembléa da República.

SECÇÃO II

Pessoal Dirigente

ARTIGO 55.º

Nomeação

1 — Os directores-gerais, directores de serviços e chefes de divisão são nomeados por despacho do Presidente da Assembléa da República, obtido prévio parecer favorável do Conselho de Administração, com observância dos requisitos legais adequados ao desempenho das respectivas fun-

ções, e escolhidos preferentemente de entre funcionários já pertencentes ao quadro da Assembléia da República, habilitados com licenciatura e de reconhecida competência para o desempenho do lugar.

2 — Os directores-gerais são providos em comissão de serviço pelo período da legislatura.

3 — A comissão de serviço será dada por finda nos termos previstos na lei geral.

4 — Os directores-gerais poderão ser apoiados por funcionários por si designados, dos respectivos serviços, em número não superior a dois, para exercerem funções de secretariado.

ARTIGO 56.º

Directores-Gerais

1 — Aos directores-gerais compete a direcção e orientação superior de todos os serviços da respectiva direcção-geral e despachar directamente todos os assuntos que caibam no âmbito das atribuições da direcção-geral e que, pela sua natureza ou disposições da lei, não devam ser sujeitos a resolução superior.

2 — Aos directores-gerais compete ainda:

a) adoptar as medidas necessárias à melhor organização dos serviços e à simplificação e uniformização dos métodos de trabalho;

b) autorizar despesas, nos termos e limites previstos na lei, e gerir os fundos permanentes que forem afetados à direcção-geral;

c) propor os louvores merecidos pelos funcionários por motivos de serviços distintos;

d) promover a acção disciplinar;

e) colocar e distinguir o pessoal pelos diferentes serviços da respectiva direcção-geral.

3 — Os directores-gerais poderão delegar o exercício de algumas das suas competências nos directores de serviços que lhes estejam directamente subordinados e subdelegar o daquelas que lhes tiverem sido delegadas com autorização expressa para subdelegar.

4 — Os directores-gerais serão substituídos nas suas faltas ou impedimentos pelos directores de serviços que por eles forem designados.

ARTIGO 57.º

Directores de Serviços

1 — Aos directores de serviços compete superintender, orientar e coordenar os serviços das respectivas direcções, bem como velar pela assiduidade e disciplina do pessoal que lhes está afecto.

2 — Compete especialmente aos directores de serviços:

a) coadjuvar o director-geral no desempenho das suas funções, dando-lhe conhecimento imediato de tudo quanto possa influir no funcionamento dos serviços, prestar-lhe toda a cooperação e sugerir-lhe as providências que repute de convenientes;

b) superintender nos serviços da direcção e promover o seu regular andamento, a resolução de todas as dúvidas que lhes forem apresentadas pelos seus subordinados e o cumprimento dos despachos do director-geral;

c) promover a instauração de processos disciplinares e propor louvores aos funcionários seus subordinados;

d) emitir parecer nos processos que devam submeter à apreciação do director-geral, ainda que já estejam informados por funcionários seus subordinados, podendo, no entanto, limitar-se a manifestar por escrito a sua concordância com os pareceres e informações destes;

e) praticar quaisquer outros actos para que tenham recebido delegação do director-geral;

f) executar tudo o mais de que forem incumbidos pelo director-geral no âmbito das atribuições da direcção de serviços.

3 — Os directores de serviços serão substituídos nas suas faltas ou impedimentos pelos chefes de divisão que por eles forem designados.

ARTIGO 58.º

Chefe de Divisão

1 — Aos chefes de divisão compete especialmente:

a) promover a organização interna dos serviços;

b) coordenar os trabalhos próprios dos seus serviços, garantindo a sua execução e controle;

c) coadjuvar os directores de serviços na observância das regras de assiduidade e disciplina pelo pessoal das respectivas divisões.

2 — Os chefes de divisão serão substituídos nas suas faltas ou impedimentos pelo funcionário de categoria imediatamente inferior que por eles for designado.

SECÇÃO III

Requisição, Destacamento, Prestação de Serviços e Pessoal além do Quadro

ARTIGO 59.º

Requisição de Técnicos

1 — O Presidente da Assembléa da República, obtido o parecer favorável do Conselho de Administração, pode autorizar a requisição ou o destacamento, nos termos da lei geral, de funcionários de outros departamentos do Estado para prestarem serviço na Assembléa da República.

2 — O Presidente da Assembléa da República, obtido o parecer favorável do Conselho de Administração, pode ainda autorizar a requisição de técnicos de empresas públicas ou privadas, assim como de outros organismos, por período julgado necessário, nos termos seguintes:

a) os requisitados mantêm sempre os direitos e regalias sociais adquiridos e designadamente os emergentes de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho;

b) os requisitados auferem, por inteiro, as remunerações inerentes aos cargos que exerciam, acrescidas das compensações de encargos decorrentes da requisição que forem fixadas por despacho do Presidente da Assembléa da República, ouvido o Conselho de Administração;

c) estas requisições só poderão ser realizadas com a concordância dos requisitados e dos respectivos serviços.

3 — As requisições previstas nos números anteriores visam preferentemente a realização de trabalhos de carácter técnico, nomeadamente para apoio às comissões, a solicitação dos respectivos presidentes.

4 — O pessoal requisitado ou destacado nos termos dos números anteriores tem de possuir as qualificações académicas e profissionais exigidas para os funcionários do quadro da Assembléa da República.

5 — A requisição ou destacamento de pessoal que não satisfaça os requisitos previstos no número anterior cessa automaticamente com a entrada em vigor da presente Lei.

ARTIGO 60.º

Prestação de Serviços

1 — O Presidente da Assembléa da República, obtido o parecer favorável do Conselho de Administração, pode:

a) encomendar estudos e serviços;

b) convidar entidades nacionais e estrangeiras para realizar estudos, inquéritos ou trabalhos de carácter eventual;

c) contratar pessoal em regime de tarefa.

2 — As modalidades de prestação de serviços e as condições gerais da sua realização são estabelecidas pelo Presidente da Assembléia da República, ouvido o Conselho de Administração, sob proposta do secretário-geral da Assembléia da República.

3 — As despesas a que houver lugar nos termos deste artigo são suportadas por força de verba global a inscrever para tal fim no orçamento da Assembléia da República.

ARTIGO 61.º

Pessoal Além do Quadro

1 — O Presidente da Assembléia da República, obtido prévio parecer favorável do Conselho de Administração, pode autorizar, a título excepcional, a contratação de pessoal além do quadro para a realização de tarefas que não possam ser asseguradas pelo pessoal permanente.

2 — As comissões parlamentares podem ainda dispor de pessoal técnico contratado além do quadro, mediante deliberação favorável da respectiva comissão e proposta apresentada pelo seu presidente ao Presidente da Assembléia da República.

3 — O número de técnicos contratados ao abrigo do número anterior não pode ser superior a doze, competindo ao Presidente da Assembléia da República, ouvidos os presidentes das Comissões, definir as prioridades da sua afectação.

4 — Os técnicos a afectar às Comissões são escolhidos mediante concurso aberto a todos os candidatos portadores de habilitação que a Comissão considere adequada ao exercício das respectivas funções.

5 — Os contratos a que se refere o n.º 2 têm a duração máxima de dois anos, sem prejuízo da sua renovação por deliberação, por maioria de dois terços, dos deputados em efectividade de funções na respectiva comissão.

6 — Ao pessoal contratado nos termos do número anterior e que tenha vínculo à função pública ou que pertença a qualquer organismo público é garantido o seu lugar de origem e a contagem do tempo de serviço para todos os efeitos profissionais.

CAPÍTULO VII

Apoio aos Partidos e Grupos Parlamentares

ARTIGO 62.º

Gabinetes dos Grupos Parlamentares

1 — Os grupos parlamentares dispõem de gabinetes constituídos por pessoal da sua livre escolha e nomeação nos termos seguintes:

a) até dois deputados, inclusive: um adjunto, um secretário e um secretário auxiliar;

b) com mais de dois e até dez deputados, inclusive: um chefe de gabinete, um adjunto, um secretário e dois secretários auxiliares;

c) com mais de dez e até vinte deputados, inclusive: um chefe de gabinete, dois adjuntos, dois secretários e três secretários auxiliares;

d) com mais de vinte e até trinta deputados, inclusive: um chefe de gabinete, três adjuntos, três secretários e três secretários auxiliares;

e) Com mais de trinta deputados: um chefe de gabinete, três adjuntos, três secretários e três secretários auxiliares, e ainda, por cada conjunto de vinte e cinco deputados ou resto superior a dez, mais um adjunto, um secretário e um secretário auxiliar.

2 — A pedido dos grupos parlamentares, o Presidente da Assembléia da República, ouvido o Conselho de Administração, pode alterar a composição do quadro do pessoal daqueles, desde que não resulte agravamento da respectiva despesa global.

3 — A nomeação e exoneração do pessoal referido nos números anteriores é da responsabilidade da direcção do respectivo grupo parlamentar, sendo-lhe aplicável o regime em vigor para os gabinetes ministeriais, sem prejuízo do disposto nos artigos 52.º, n.º 5, e 53.º

4 — O vencimento dos secretários auxiliares é fixado em 85% do vencimento dos secretários.

5 — Ao pessoal referido neste artigo é aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 10.º

6 — Aos agrupamentos parlamentares, quando existirem, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições da presente Lei.

ARTIGO 63.º

Subvenções aos Partidos e Grupos Parlamentares

1 — A cada um dos partidos que hajam concorrido ao acto eleitoral, ainda que em coligação, representados na Assembléia da República, é concedida, nos termos dos números seguintes, uma subvenção anual para a realização dos seus fins próprios, desde que a requeiram ao Presidente da Assembléia da República.

2 — A subvenção consiste numa quantia em dinheiro equivalente à fracção 1/225 do salário mínimo nacional por cada voto obtido na mais recente eleição de deputados à Assembléia da República.

3 — Nos casos de coligação eleitoral, a subvenção devida a cada um dos partidos nela integrados é igual à subvenção que, nos termos do n.º 2, corresponder à respectiva coligação eleitoral, distribuída proporcionalmente em função dos deputados eleitos por cada partido.

4 — Aos grupos parlamentares será atribuída uma subvenção para encargos de assessoria aos deputados não inferior a quatro vezes o salário mínimo nacional anual por grupo parlamentar, mais um terço do mesmo por deputado.

5 — Os grupos parlamentares originários de partidos que tenham concorrido em determinada coligação ao acto eleitoral serão considerados como um só grupo parlamentar para os efeitos do número anterior.

6 — As subvenções referidas no presente artigo são pagas em duodécimos, por conta de dotações especiais inscritas no orçamento da Assembléa da República.

CAPÍTULO VIII

Orçamento

SECÇÃO I

Processo Orçamental

ARTIGO 64.º

Elaboração do Orçamento

1 — O projecto de orçamento é elaborado até 15 de Outubro de cada ano pelos serviços competentes, sob a coordenação do secretário-geral da Assembléa da República, de acordo com as orientações e objectivos previamente fixados pelo Conselho de Administração, que o submete à apreciação do Plenário.

2 — O orçamento da Assembléa da República é aprovado pelo Plenário nos 30 dias subseqüentes à aprovação do Orçamento do Estado.

ARTIGO 65.º

Orçamento Suplementar

As alterações ao orçamento da Assembléa da República são realizadas através de orçamento suplementar, até ao máximo de três, os quais serão elaborados nos termos e com as devidas adaptações do artigo anterior.

ARTIGO 66.º

Receitas

1 — Constituem receitas da Assembléa da República:

- a) as dotações inscritas no Orçamento do Estado;
- b) os saldos de anos findos;
- c) o produto das edições e publicações;
- d) os direitos de autor;

e) as demais receitas que lhe forem atribuídas por lei, resolução da Assembléa, contrato, sucessão ou doação.

2 — Os saldos positivos apurados no fim de cada ano económico são transferidos para a gerência do ano seguinte e distribuídos pelo Conselho de Administração pelas rubricas cujo reforço se mostre necessário em função dos programas aprovados.

ARTIGO 67.º

Reserva de Propriedade

1 — A Assembléa da República é a única proprietária de toda a produção material resultante do seu funcionamento, sem prejuízo dos direitos de autor dos deputados.

É vedado a quaisquer órgãos da Administração Pública, empresas públicas ou nacionalizadas e a entidades privadas a edição ou a comercialização da produção referida no número anterior sem prévio assentimento do Presidente da Assembléa da República, manifestado nos termos da lei ou através de contrato.

ARTIGO 68.º

Autorização de Despesas

Os limites de competência para autorização de despesas relativamente aos directores-gerais, ao secretário-geral da Assembléa da República, ao Conselho de Administração e ao Presidente da Assembléa da República são os que vigoram, nos termos da lei geral, respectivamente, para os directores-gerais, para os dirigentes dos órgãos dotados de autonomia administrativa, para o Primeiro-Ministro e para o Conselho de Ministros.

SECÇÃO II

Execução Orçamental

ARTIGO 69.º

Execução

A execução do orçamento da Assembleia da República é feita através dos serviços, nos termos previstos nesta lei.

ARTIGO 70.º

Requisição de Fundos

1 — O Conselho de Administração requisitará mensalmente à 1.ª Delegação da Direcção-Geral da Contabilidade Pública as importâncias que forem necessárias por conta da dotação global que lhe é consignada no Orçamento do Estado.

2 — As requisições referidas no número anterior, depois de visadas pela mesma Delegação, serão expedidas, com as competentes autorizações de pagamento, para o Banco de Portugal, como caixa geral do Tesouro, sendo as importâncias levantadas pela Assembléa da República e por ela depositadas, à sua ordem, na Caixa Geral de Depósitos.

ARTIGO 71.º

Regime Duodecimal

Compete ao Presidente da Assembleia da República, obtido parecer favorável do Conselho de Administração, autorizar a dispensa do regime duodecimal de qualquer das dotações orçamentais da Assembleia da República e, bem assim, solicitar a antecipação, total ou parcial, dos respectivos duodécimos.

ARTIGO 72.º

Fundo Permanente

O Conselho de Administração poderá autorizar a constituição de fundos permanentes, a cargo dos responsáveis pelos serviços ou actividades, destinados ao pagamento directo de pequenas despesas, devendo fixar as regras a que obedecerá o seu controlo.

SECÇÃO III

Fiscalização Orçamental

ARTIGO 73.º

Conta

1 — O relatório e a conta são organizados pelos serviços competentes, sob a directa coordenação do secretário-geral da Assembleia da República, que os submeterá ao Conselho de Administração até 15 de Abril do ano seguinte àquele a que disserem respeito.

2 — O relatório e a conta da Assembleia da República são aprovados pelo Plenário, após o parecer do Tribunal de Contas, a emitir até 31 de Maio.

3 — A conta é publicada no *Diário da República*.

CAPÍTULO IX

Disposições Finais e Transitórias

ARTIGO 74.º

Instalações dos CTT, TLP e Serviço Bancário

1 — Os serviços das empresas públicas Correios e Telecomunicações de Portugal — CTT e dos Telefones de Lisboa e Porto — TLP dispõem de instalações próprias no Palácio de São Bento.

2 — Idêntica prerrogativa poderá ser concedida à Caixa Geral de Depósitos ou outra instituição bancária, mediante despacho do Presidente da Assembleia da República, obtido prévio parecer favorável do Conselho de Administração.

ARTIGO 75.º

Gratificação ao Destacamento da Guarda Nacional Republicana e da Polícia de Segurança Pública

Ao pessoal da Guarda Nacional Republicana e da Polícia de Segurança Pública destacado para a segurança da Assembleia da República é atribuída a gratificação prevista para os dos outros órgãos de soberania, cujos encargos são suportados pelo orçamento da Assembleia da República.

ARTIGO 76.º

Legislação Aplicável e Direito Subsidiário

1 — Os Serviços da Assembleia da República regem-se pelo disposto na presente Lei e nos seus regulamentos.

2 — Constitui direito subsidiário para a integração de lacunas da presente Lei e seus regulamentos a legislação aplicável à administração central do Estado.

ARTIGO 77.º

Regularização das Situações de Acumulação e Incompatibilidade

Os funcionários que não satisfaçam o disposto no artigo 51.º devem regularizar a sua situação no prazo de 60 dias a contar da entrada em vigor desta Lei.

ARTIGO 78.º

Exercício Transitório de Atribuições

1 — Até à tomada de posse do Conselho de Administração, previsto no artigo 12.º, as respectivas atribuições serão da competência do actual Conselho Administrativo.

2 — As deliberações tomadas pelo Conselho Administrativo é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 14.º e 15.º.

ARTIGO 79.º

Execução Orçamental

Fica o Conselho de Administração autorizado a promover as alterações orçamentais que se mostrem indispensáveis para a execução da presente Lei.

ARTIGO 80.º

Direito à Integração do Pessoal dos Gabinetes dos Grupos e Agrupamentos Parlamentares

1 — Ao pessoal em serviço nos gabinetes dos grupos parlamentares e agrupamentos parlamentares existentes no início da presente legislatura que exceda o número de lugares que lhe são atribuídos na presente Lei é reconhecido o direito à sua integração como supranumerário na Assembleia da República se reunir os seguintes requisitos:

a) pertencer aos respectivos gabinetes antes da data da entrada em vigor da presente Lei;

b) ter exercido funções durante, pelo menos, dois anos;

c) não possuir cargo ou emprego público ou privado de carácter permanente;

d) possuir as habilitações literárias exigidas para a respectiva categoria.

2 — A integração é requerida pelo interessado ao Presidente da Assembléa da República no prazo de 30 dias a contar da data da efectivação dos seus pressupostos.

3 — Salvo no caso de extinção, o requerimento referido no número anterior, é acompanhado de uma declaração do respectivo grupo parlamentar ou do correspondente partido a manifestar a sua aquiescência.

4 — A integração será feita para o lugar de início de carreira, de acordo com as funções desempenhadas e as respectivas habilitações, sem prejuízo do direito de acesso na respectiva carreira, nos termos e condições previstos para o pessoal do quadro da Assembléa da República.

ARTIGO 81.º

Norma Interpretativa

1 — O disposto no n.º 3 do artigo 52.º aplica-se à remuneração suplementar prevista no n.º 2 do artigo 21.º da Lei n.º 32/77, de 25 de Maio (*).

2 — Os funcionários da Assembleia da República que se tenham aposentado e efectuado descontos sobre a remuneração suplementar referida no número anterior poderão requerer à Caixa Geral de Aposentações no prazo de 90 dias após a publicação da presente Lei, a revisão das suas pensões, cujo efeito retrotrairá a 31 de Dezembro de 1986.

Aprovada em 10 de Maio de 1988.

O Presidente da Assembleia da República, *Vitor Pereira Crespo*.

Promulgada em 22 de Junho de 1988.

Publique-se.

O Presidente da República, *Mário Soares*.

Referendada em 23 de Junho de 1988.

O Primeiro-Ministro, *Aníbal António Cavaco Silva*.

LEI N.º 81/88, DE 20 DE JULHO

Alteração à Lei n.º 69/78, de 3 de Novembro (recenseamento eleitoral).

A Assembleia da República decreta, nos termos dos artigos 164.º, alínea d), 167.º, alínea f), e 169.º, n.º 2, da Constituição, ouvidos os órgãos de governo regional da Madeira e dos Açores, o seguinte:

(*) Esta lei encontra-se publicada no Suplemento — Maio, 1977 —, à pág. 5.

ARTIGO 1.º

Os artigos 4.º, 22.º, 25.º, 26.º, 31.º, 33.º, 34.º, 35.º e 36.º da Lei n.º 69/78, de 3 de Novembro (*), passam a ter a seguinte redacção:

ARTIGO 4.º

Obrigatoriedade e Oficiosidade

- 1 —
2 —

3 — As comissões recenseadoras devem, independentemente da promoção dos interessados, inscrever nos cadernos eleitorais todos os titulares do direito de voto não inscritos de que tenham conhecimento.

ARTIGO 22.º

Processo de Inscrição

- 1 —
2 —
3 —
4 —
5 —
6 —
7 —

8 — Os verbetes relativos aos titulares do direito de voto referidos no n.º 3 do artigo 4.º devem ser pessoalmente presentes aos cidadãos a que respeitem, para colheita da assinatura ou da impressão digital, tendo lugar nos termos legais, a prova de freguesia da naturalidade.

ARTIGO 25.º

Cadernos de Recenseamento

- 1 —
2 —
3 —
4 —
5 —

6 — Os cadernos de recenseamento podem ser obtidos directamente através de fotocópias dos verbetes de inscrição ou por meios informáticos.

- 7 —

8 — A utilização dos meios informáticos previstos neste artigo deve ser feita de modo a não afectar os direitos a que se refere o artigo 35.º da Constituição.

(*) Esta lei encontra-se publicada no Suplemento — Novembro, 1978 —, à pág. 5.

Lei Eleitoral da República Federal da Alemanha

(Versão de 21 de setembro de 1990, com a inclusão de todas as modificações anteriores, publicada no Diário Legislativo Federal Alemão (BGBl.) I, 1990, pp. 2059 - 2103)

Tradução, apresentação e notas:

ULF GREGOR BARANOW

Professor da UnB e Tradutor do Senado Federal

APRESENTAÇÃO

A Lei Magna alemã, em seu art. 38, define apenas os princípios básicos do Direito Eleitoral, deixando sua regulamentação à legislação complementar. Os deputados do Parlamento Federal são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto, nisto não diferindo de outras legislações de países democráticos. A seguir, vamos restringir-nos a alguns aspectos específicos da legislação eleitoral alemã em vigor.

O Direito Eleitoral alemão instituiu o chamado sistema proporcional personalizado ("personalisierte Verhaeltniswahl"), em que se combinaram elementos da eleição majoritária com elementos da eleição proporcional, resultando daí um sistema "misto".

A eleição majoritária tem a vantagem de obrigar os partidos a apresentarem candidatos com boa sustentação eleitoral, evitando-se, concomitantemente, a dispersão partidária. Há, no entanto, o inconveniente de maiorias eleitorais não representarem, necessariamente, a realidade político-social de modo suficientemente fiel e diferenciado, podendo mesmo resultar distorções graves.

Foi precisamente por esta razão que o legislador alemão criou o sistema eleitoral misto, pelo qual se possibilita aos partidos conquistarem mandatos eletivos, proporcionalmente ao número de votos obtidos. Argumentam os defensores desse sistema que ele permite expressar mais adequadamente a vontade política do eleitorado, ao mesmo tempo em que garante a formação de maiorias capazes de desincumbir-se da tarefa de governar. Com efeito o sistema eleitoral alemão tem sido citado como um dos fatores decisivos da estabilidade política daquele país nas últimas quatro décadas.

No sistema eleitoral misto alemão, o eleitor dispõe de dois votos. O primeiro é distrital propriamente dito, isto é, por meio dele o eleitor, inscrito num distrito eleitoral, escolherá, diretamente, o candidato de sua preferência. Como cada distrito eleitoral tem direito apenas a uma cadeira no Parlamento Federal, considera-se eleito o candidato distrital que reunir maior número de votos (modelo eleitoral majoritário).

Do total de mandatos eletivos do Parlamento Federal (656 cadeiras) a metade cabe aos 328 distritos eleitorais, enquanto a outra é preenchida por meio das chamadas listas estaduais. É com o seu segundo voto que o eleitor vota em uma das listas propostas pelos partidos. Nestas, ele não elege candidatos individualmente, mas o partido de sua preferência, prevalecendo a ordem dos candidatos ali fixada pelo próprio partido. As listas estaduais partidárias nas eleições para o Parlamento Federal são apresentadas e votadas em cada uma das 15 unidades federativas e na cidade-estado de Berlim.

O modelo eleitoral proporcional admite a escolha entre vários métodos ou modalidades quanto ao critério de proporcionalidade utilizado, isto é, quanto ao peso a ser atribuído aos votos computados. Na República Federal da Alemanha, foi utilizado primeiramente o chamado método d'Hondt e, mais recentemente, o de Hare-Niemeyer.¹

Em seu artigo sobre sistemas eleitorais, publicado nesta Revista, H.M. Gorgen,² descreveu o método dos números máximos, proposto, já em 1882, pelo belga Victor d'Hondt, e utilizado na legislação eleitoral alemã pela primeira vez na Constituinte de Weimar (1919). Reintroduzido na legislação eleitoral no Após-Guerra, foi, no entanto, substituído em 8-3-1985 (cf. BGBl I, 521) pela modalidade proposta por Niemeyer.

Tal substituição deveu-se ao fato de o método anterior ter privilegiado os partidos maiores, enquanto que o método agora adotado permite aperfeiçoar o processo da distribuição proporcional dos mandatos eletivos entre

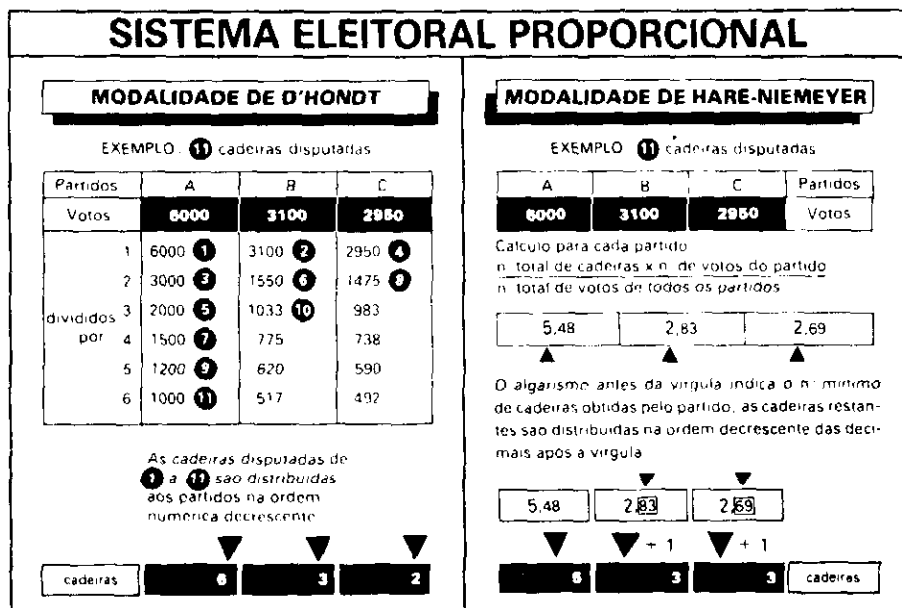
1 O matemático alemão Niemeyer adaptou o método do quociente eleitoral, originariamente proposto pelo inglês Thomas Hare, em 1859.

2 H. M. Gorgen. Sistemas eleitorais. In *Revista de Informação Legislativa* [Brasília], Ano 20, nº 78, abril a junho de 1983, pp. 193-204, especialmente pp. 201 ss. — O método de Hare-Niemeyer foi introduzido na Lei Eleitoral Alemã posteriormente à publicação daquele artigo.

os partidos, beneficiando, também, os partidos menores. De acordo com o método de Hare-Niemeyer, calculam-se as cadeiras a serem distribuídas aos partidos em duas fases.

Na primeira fase, é calculada a distribuição do total de mandatos disponíveis no Parlamento Federal (656, após a reunificação do país em 1990) proporcionalmente aos segundos votos obtidos por cada partido através das listas estaduais. (É por esta razão que neste sistema os segundos votos do eleitorado são decisivos para o resultado final de uma eleição.)

Procede-se este cálculo da seguinte forma: o número total de cadeiras disponíveis no Parlamento Federal é multiplicado pelo número de votos obtidos pelo respectivo partido nas listas estaduais, sendo o resultado dividido pelo número total dos votos obtidos por todos os partidos (cf. diagrama a seguir).³



Da distribuição são, no entanto, excluídos os partidos que não tiverem alcançado o limite mínimo de 5% dos votos no território federal ou que, alternativamente, não tiverem vencido em pelo menos três distritos eleitorais.

A distribuição de mandatos no Parlamento Federal faz-se então de acordo com os resultados desse cálculo. Em primeiro lugar, cada partido

³ Fonte: Arbeitsmappe Sozial — und Wirtschaftskunde: Gesellschaft, Wirtschaft, Politik, Recht. Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1990, p. 86.

receberá, respectivamente, tantas cadeiras quantos números inteiros lhe couberem pela referida operação. As cadeiras restantes, ainda não distribuídas, serão atribuídas aos partidos que obtiverem os maiores valores após a vírgula, no cálculo acima (cf. diagrama).

Quanto à distribuição dos 328 mandatos eletivos disputados ao nível dos distritos eleitorais, o critério é simplesmente majoritário, não se oferecendo maiores problemas de interpretação. Resta porém distribuir os 328 mandatos disputados pelas listas estaduais dos partidos.

Nesta segunda fase, ainda pelo método de Hare-Niemeyer, é feito o seguinte cálculo: o número de mandatos obtidos pelo partido através da votação personalizada, nos distritos eleitorais, é subtraído do número de mandatos calculados acima, atribuídos a cada partido pela votação nas listas estaduais (cf. diagrama). O resultado desta operação corresponderá ao número de mandatos que o partido preencherá com seus candidatos consoante a ordem preferencial em que figuram nas listas estaduais. Esses candidatos, portanto, são eleitos de modo indireto, diferentemente daqueles em que o eleitorado votou diretamente nos distritos eleitorais.

Se um partido, pelo voto distrital, direto e personalizado obtiver um número maior de mandatos do que lhe são atribuídos depois de computados os votos da lista, ele não perderá esses "mandatos excedentes" ("Ueberhangmandate"), pois serão somados ao total de mandatos previstos originariamente para compor o Parlamento Federal (656 cadeiras). Este fato ocorreu, excepcionalmente, em 2-12-1990, quando nas primeiras eleições conjuntas, depois da Reunificação Alemã, resultaram 6 mandatos eletivos excedentes, aumentando o número de cadeiras no Parlamento para 662, na atual legislatura.

Já se mencionou acima o limite mínimo dos 5% a ser alcançado por um partido para que os votos por ele obtidos o qualifiquem a ter representação no Parlamento Federal. Tal dispositivo de natureza restritiva foi adotado, a fim de se evitar a dispersão partidária, uma vez que o método de Hare-Niemeyer favorece os partidos menores.

Resumindo: com o sistema eleitoral dito misto pretendeu o legislador alemão corrigir algumas das distorções consideradas inerentes, tanto ao sistema eleitoral proporcional "puro", como ao sistema eleitoral majoritário. Teoricamente, ambas as modalidades podem ser adotadas simultaneamente, porém de modo separado, sem que os votos sejam integralizados. Na prática isto significaria que parte dos mandatos eletivos seria disputada pela modalidade majoritária e parte pela proporcional.

No sistema eleitoral alemão optou-se, no entanto, por uma combinação dessas duas modalidades, havendo integralização dos votos obtidos em ambas. Por esta razão, tem sido denominado, também, de sistema eleitoral proporcional personalizado.

SUMÁRIO

Seção I: Sistema eleitoral

(arts. 1 a 7)

<i>Composição do Parlamento Federal Alemão e princípios básicos do Direito Eleitoral</i>	1
<i>Circunscrição eleitoral</i>	2
<i>Comissão eleitoral distrital e divisão em distritos eleitorais</i>	3
<i>Votos</i>	4
<i>Eleição nos distritos eleitorais</i>	5
<i>Eleição segundo listas estaduais</i>	6
<i>Combinação de listas</i>	7

Seção II: Órgãos eleitorais

(arts. 8 a 11)

<i>Estrutura dos órgãos eleitorais</i>	8
<i>Composição dos órgãos eleitorais</i>	9
<i>Atribuições das comissões eleitorais e das juntas eleitorais</i>	10
<i>Funções honoríficas</i>	11

Seção III: Direito de voto e elegibilidade

(arts. 12 a 15)

<i>Direito de voto</i>	12
<i>Exclusão do direito de voto</i>	13
<i>Exercício do direito de voto</i>	14
<i>Elegibilidade</i>	15

Seção IV: Atos preparatórios da eleição

(arts. 16 a 30)

<i>Data da eleição</i>	16
<i>Registro eleitoral e comprovante eleitoral</i>	17
<i>Direito de candidatura. Comunicação de participação</i>	18
<i>Requerimento de registro de candidatura</i>	19
<i>Conteúdo e forma das propostas de candidatura por distrito eleitoral</i>	20
<i>Indicação de candidatos de partidos</i>	21
<i>Delegado de partido</i>	22
<i>Cancelamento de candidaturas por distritos eleitorais</i>	23
<i>Substituição de candidaturas distritais</i>	24

<i>Saneamento de vícios</i>	25
<i>Homologação de candidaturas distritais</i>	26
<i>Listas estaduais</i>	27
<i>Homologação de listas estaduais</i>	28
<i>Exclusão da combinação de listas estaduais</i>	29
<i>Cédulas de votação</i>	30

Seção V: A votação

(arts. 31 a 36)

<i>Caráter público da votação</i>	31
<i>Proibição de propaganda eleitoral, de abaixo-assi- nados e da divulgação de enquetes eleitorais</i> ..	32
<i>Sigilo do voto</i>	33
<i>Votação por cédula</i>	34
<i>Voto mecânico, com aparelhos de votar</i>	35
<i>Votação epistolar</i>	36

Seção VI: Apuração da votação

(arts. 37 a 42)

<i>Apuração da votação na zona eleitoral</i>	37
<i>Apuração da votação epistolar</i>	38
<i>Votos nulos, devolução de cartas da votação episto- lar, normas de procedimentos</i>	39
<i>Decisão da junta eleitoral</i>	40
<i>Apuração da votação no distrito eleitoral</i>	41
<i>Apuração da votação nas listas estaduais</i>	42

Seção VII: Regulamentação especial para a realização de eleições de segundo turno e de novas eleições

(arts. 43 e 44)

<i>Eleição de segundo turno</i>	43
<i>Nova eleição</i>	44

Seção VIII: Obtenção e perda de mandato no Parlamento

Federal Alemão

(arts. 45 a 48)

<i>Obtenção do mandato no Parlamento Federal Alemão</i>	45
<i>Perda de mandato no Parlamento Federal Alemão</i> ..	46
<i>Resolução sobre a perda de mandato parlamentar</i> ..	47
<i>Convocação de suplentes e de eleições suplementares</i>	48

Seção IX: Disposições finais

(arts. 49 a 56)

<i>Impugnação</i>	49
<i>Infrações</i>	49a
<i>Custos eleitorais</i>	50
<i>Estatística eleitoral</i>	51
<i>Regulamento eleitoral federal</i>	52
<i>Disposições transitórias referentes às eleições do 12 Parlamento Alemão</i>	53
<i>Prazos e datas</i>	53a
<i>Cláusula referente a Berlim</i>	54
<i>(Extensão jurisdicional da presente lei)</i>	55
<i>(Da entrada em vigor)</i>	56

SEÇÃO I

Sistema Eleitoral

Art. 1. Composição do Parlamento Federal Alemão e princípios básicos do Direito Eleitoral.

(1) O Parlamento Federal Alemão compõe-se de 656 deputados, salvo disposições em contrário, estabelecidas na presente Lei. Os deputados são eleitos pelos cidadãos alemães com direito a voto, de acordo com os princípios da eleição proporcional, combinada com a eleição majoritária em sufrágio universal, direto, livre, igualitário e secreto.

(2) Do número total de deputados, 328 serão eleitos pelos distritos eleitorais e os demais através de listas estaduais.

Art. 2. Organização da circunscrição eleitoral.

(1) Entende-se por circunscrição eleitoral o âmbito jurisdicional da presente Lei.

(2) A subdivisão da circunscrição eleitoral em distritos eleitorais é especificada em anexo à presente Lei.

(3) Cada distrito eleitoral é subdividido em zonas eleitorais para fins de votação.

Art. 3. Comissão eleitoral distrital e divisão em distritos eleitorais.

(1) O Presidente Federal nomeia uma Comissão Eleitoral Distrital Permanente que se compõe do presidente do Serviço Federal de Estatística, de um juiz do Tribunal Federal Administrativo e mais cinco membros.

(2) Compete à Comissão Eleitoral Distrital informar acerca da oscilação dos dados demográficos na circunscrição eleitoral e, quando couber, propor alterações na divisão dos distritos eleitorais. Em seu relatório poderá, também, sugerir alterações por outros motivos. Nas propostas para a divisão em distritos eleitorais, os seguintes princípios serão observados:

1. as fronteiras interestaduais devem ser respeitadas;
2. em um mesmo distrito eleitoral, a população não deve apresentar um desvio 25% acima ou abaixo da média populacional dos distritos eleitorais; se o desvio for maior que 33,33%, far-se-á nova divisão;
3. o número de distritos eleitorais nos Estados deverá representar, tanto quanto possível, sua densidade demográfica;
4. O distrito eleitoral deve ser formado por uma região geograficamente contínua;
5. as fronteiras entre Comunas, Municípios ou Municípios urbanos sem extensão rural, sempre que possível, serão respeitadas.

Nos referidos dados censitários da população, os estrangeiros não serão computados (art. 1, inciso 2 da Lei de Estrangeiros).

(3) O relatório elaborado pela Comissão Eleitoral Distrital será apresentado ao Ministro do Interior, no prazo de 15 meses após o início da legislatura do Parlamento Federal Alemão. O Ministro do Interior o encaminhará de imediato ao Parlamento Federal Alemão e fará publicá-lo no *Diário Oficial Federal*. Ao ser solicitada pelo Ministro do Interior, a Comissão Eleitoral Distrital apresentará um relatório complementar, aplicando-se, neste caso, o disposto no inciso 2.

(4) No caso de serem modificadas fronteiras estaduais, de acordo com as normas legais referentes a modificações territoriais dos Estados, nos termos do art. 29, inciso 7 da Lei Fundamental¹ serão também modificadas as fronteiras dos distritos eleitorais envolvidos. Se no Estado que vier a receber acréscimo territorial, forem afetados dois ou mais distritos eleitorais, ou no caso de ser formada uma exclave de um Estado, o território em questão será incorporado ao mesmo distrito eleitoral da Comuna, unidade administrativa de Comuna ou território não pertencente à Comuna, ao qual foi acrescentado.

Art. 4. Votos.

Cada eleitor terá dois votos, um primeiro voto para a eleição de um deputado distrital, e um segundo voto para eleger uma lista estadual.

1 A Lei Fundamental (*al. Grundgesetz*), promulgada em 23-5-1949, estipula, em seu art. 146, que a mesma tem caráter provisório, deixando de vigorar na data em que uma Constituição tenha sido adotada "por todo o povo alemão, em livre decisão" (N.d.T.).

Art. 5. Eleição nos distritos eleitorais.

Cada distrito eleitoral elegerá apenas um deputado. Considerar-se-á eleito o candidato que reunir a maioria dos votos. No caso de empate, a decisão dar-se-á por sorteio, promovido pelo diretor eleitoral distrital.

Art. 6. Eleição segundo listas estaduais.

(1) Para a distribuição das cadeiras a serem ocupadas pelas listas estaduais, serão computados os segundos votos recebidos por cada lista. Não serão computados os segundos votos daqueles eleitores, cujo primeiro voto foi dado a um candidato eleito em seu distrito eleitoral, proposto nos termos do art. 20, inciso 3, ou que tenha concorrido por um partido que não estava autorizado a apresentar uma lista de candidatos no respectivo Estado. Do número total de deputados (art. 1, inciso 1) será subtraído o número de candidatos distritais eleitos, mencionados na alínea 2, ou que tenham sido apresentados, por um partido não autorizado, nos termos do disposto no inciso 6.

(2) As cadeiras restantes, nos termos do inciso 1, alínea 3, serão distribuídas pelas listas estaduais, conforme os segundos votos computados, nos termos do inciso 1, alíneas 1 e 2, obedecendo ao seguinte critério: o número total das cadeiras restantes, depois de multiplicado pelo número dos segundos votos obtidos por uma lista estadual na circunscrição eleitoral, é dividido pelo número total de segundos votos de todas as listas estaduais autorizadas. Cada lista estadual receberá, inicialmente, tantas cadeiras quantos forem os números inteiros que ela conseguir integralizar. As cadeiras restantes serão distribuídas pelas listas estaduais na ordem decrescente das respectivas frações decimais, resultantes do cálculo de acordo com a alínea 2. No caso de frações decimais iguais, far-se-á a decisão por sorteio, a cargo do diretor eleitoral federal.

(3) Se uma lista estadual, após reunir mais da metade do total de segundos votos atribuídos a todas as listas em conjunto, por ocasião da distribuição das cadeiras nos termos do inciso 2, não obtiver mais da metade de todas as cadeiras disputadas, então esta mesma lista estadual receberá, de imediato, uma cadeira a mais, do total de cadeiras a serem distribuídas conforme as frações decimais, não se aplicando, neste caso, o disposto no inciso 2, alíneas 4 e 5. As cadeiras restantes serão distribuídas de acordo com o disposto no inciso 2, alíneas 4 e 5.

(4) O número de cadeiras obtidas por um partido nos distritos eleitorais de um Estado será deduzido do número de deputados em sua respectiva lista estadual. As cadeiras restantes serão distribuídas de acordo com a lista estadual, na ordem ali fixada. O candidato eleito em um distrito eleitoral não participará da lista estadual. No caso de haver mais cadeiras do que candidatos em uma lista estadual partidária, essas cadeiras permanecerão vacantes.

(5) As cadeiras obtidas por um partido em um distrito eleitoral serão atribuídas, ainda que seu total ultrapasse o número calculado de acordo com o disposto nos incisos 2 e 3. Neste caso, será aumentado o número total de cadeiras (art. 1, inciso 1) pelo resultado da diferença; não haverá novo cálculo nos termos dos incisos 2 e 3.

(6) Na distribuição das cadeiras para as listas estaduais, serão contemplados apenas aqueles partidos que receberam pelo menos 5% de todos os segundos votos válidos emitidos na circunscrição eleitoral, ou que tenham obtido uma cadeira em no mínimo três distritos eleitorais. A alínea 1 não se aplica a listas estaduais apresentadas por minorias nacionais.

Art. 7.º Combinação de listas estaduais.

(1) Listas estaduais do mesmo partido serão consideradas combinadas, salvo declaração expressa que uma ou mais de uma lista devem ser excluídas de uma tal combinação.

(2) Listas combinadas serão consideradas uma lista única em face das demais, por ocasião da distribuição das cadeiras.

(3) As cadeiras que couberem a uma combinação de listas estaduais serão distribuídas pelas respectivas listas estaduais de acordo com o disposto no art. 6, inciso 2. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 6, incisos 4 e 5.

SEÇÃO II

Órgãos Eleitorais

Art. 8. Estrutura dos órgãos eleitorais.

(1) São considerados órgãos eleitorais:

para a circunscrição eleitoral: o diretor eleitoral federal e a comissão eleitoral federal;

para cada Estado, um diretor eleitoral estadual e uma comissão eleitoral estadual;

para cada distrito eleitoral, um diretor eleitoral distrital e uma comissão eleitoral distrital;

para cada zona eleitoral, um presidente de junta eleitoral e uma junta eleitoral, e, no mínimo, um presidente e uma junta eleitoral para cada distrito eleitoral, responsáveis pela apuração dos resultados da votação epistolar.

O diretor eleitoral distrital determinará quantas juntas houverão de se constituir para apurar o resultado da votação epistolar.

(2) Para dois ou mais distritos eleitorais adjacentes poderá ser nomeado um só diretor eleitoral distrital e uma comissão eleitoral distrital conjunta, ficando a indicação a cargo do diretor eleitoral estadual.

(3) Para a apuração dos resultados da votação epistolar, os presidentes de juntas eleitorais e estas próprias, ao invés de serem incumbidos do distrito eleitoral como um todo, poderão ser incumbidos da apuração em uma ou mais Comunas, ou em cada Município de um distrito eleitoral; a decisão fica a cargo do Governo Estadual ou de órgão por ele designado.

Art. 9. Composição dos órgãos eleitorais.

(1) O diretor eleitoral federal e seu suplente serão nomeados pelo Ministro do Interior; os diretores eleitorais estaduais, diretores eleitorais distritais e presidentes de juntas eleitorais e respectivos suplentes serão nomeados pelo Governo do Estado ou pelo órgão por este designado.

(2) As comissões eleitorais são compostas pelo respectivo diretor eleitoral, na função de presidente, e seis vogais por ele nomeados entre pessoas no exercício do direito de voto. As juntas eleitorais compõem-se do respectivo presidente eleitoral, seu suplente e três a cinco vogais por ele nomeados entre pessoas com direito a voto; o Governo do Estado, ou órgão por ele designado, poderá autorizar a convocação juntamente ou não, com o presidente da junta eleitoral, dos vogais da junta eleitoral pelo Poder Público da respectiva Comuna, e dos vogais da junta eleitoral que apurará a votação epistolar, pelo diretor eleitoral distrital e, no caso de uma decisão nos termos do art. 8, inciso 3, pelo Poder Público da respectiva Comuna ou Município. Ao convocar os vogais, serão contemplados, na medida do possível, os partidos representados na respectiva zona eleitoral.

(3) É vedado ser membro em mais de um órgão eleitoral. Candidatos à eleição, bem como delegados partidários e seus suplentes para apresentação de candidaturas, não podem ser nomeados membros de um órgão eleitoral.

Art. 10. Atividade das comissões eleitorais e das juntas eleitorais.

As deliberações das comissões e juntas eleitorais serão tomadas em sessão pública. Nas votações decide-se por maioria simples, no caso de empate, cabe ao presidente o voto de qualidade.

Art. 11. Funções honoríficas.

(1) Os vogais das comissões eleitorais e os membros das juntas eleitorais desempenham suas atribuições sem receber remuneração. A ninguém, no exercício do direito de voto, é permitido recusar, sem motivo suficiente, esta função honorífica.

(2) (Suprimido).

(3) (Suprimido).

SEÇÃO III

Direito de Voto e Elegibilidade

Art. 12. Direito de voto.

(1) São eleitores, de acordo com o disposto do art. 116, inciso 1 da Lei Fundamental, todos os alemães que na data da eleição:

1. tenham completado dezoito anos;
2. tenham seu domicílio há pelo menos três meses no território jurisdicional da presente Lei, ou nele residam permanentemente;
3. não estejam impedidos pelo disposto no art. 13.

(2) Desde que preenchidas as demais exigências legais, são também eleitores nos termos do art. 116, inciso 1 da Lei Fundamental os alemães que na data da eleição estiverem domiciliados:

1. por ordem de seus superiores, fora do território jurisdicional da presente Lei, na qualidade de funcionários públicos, militares, empregados ou operários contratados pelo Poder Público, bem como os seus familiares;

2. nos demais países-membros do Conselho da Europa se, após 23 de maio de 1949 e antes de sua mudança para outro país, tenham estado domiciliados ininterruptamente, pelo menos durante três meses, no território jurisdicional da presente Lei ou habitualmente nele tenham residido;

3. em outras regiões fora do território jurisdicional da presente Lei, desde que nele tenham estado domiciliados pelo menos durante três meses ininterruptamente, antes de sua mudança de domicílio ou nele tenham residido habitualmente, tendo decorrido não mais de dez anos desde que deixaram o referido território jurisdicional. Estas disposições aplicam-se a tripulantes e seus familiares em navios que não estiverem navegando sob a bandeira nacional federal.

No caso do retorno do eleitor nas condições do inciso 1 para o território jurisdicional da presente Lei, não se aplica o prazo de três meses fixado no inciso 1, n.º 2.

(3) Define-se como domicílio nos termos da presente lei todo espaço fechado utilizado para moradia e pernoite. Trailers e embarcações somente serão considerados domicílios, quando não deslocados ou apenas ocasionalmente.

(4) Contanto que não seja ou não tenha sido domicílio no território jurisdicional da presente lei, será considerado domicílio nos termos do inciso 1, n.º 2 ou do inciso 2, n.º 2 e 3:

1. para marinheiros e seus familiares, a embarcação por eles habitada, quando esta, de acordo com a Lei da Bandeira, na versão publicada no *Diário Legislativo Federal*, parte III, n.º 9514-1² emendada pelo art. 3 da Lei de 10 de maio de 1978 (BGB1. I, p. 613), estiver devidamente autorizada a trafegar sob a bandeira nacional federal;

2. para tripulantes de embarcações fluviais e lacustres e seus familiares, a embarcação habitada por eles e seus familiares, desde que devidamente registrados no território jurisdicional da presente Lei;

3. para pessoas que se encontrarem cumprindo pena de reclusão, ou que estiverem internadas, o respectivo estabelecimento ou instituição.

(5) Na contagem do prazo de três meses, nos termos do inciso 1, n.º 2, e inciso 2, n.ºs 2 e 3, será incluída a data de início do domicílio ou da permanência no país.

Art. 13. Exclusão do direito de voto.

Não exercerá o direito de voto:

1. quem for impedido por sentença judicial;
2. quem não estiver no exercício da capacidade civil ou quem estiver sob curatela por causa de enfermidade psíquica, exceto se puder comprovar, por intermédio de declaração do juizado competente, que a curatela foi determinada com a sua própria aprovação;
3. quem se encontrar em hospital psiquiátrico, por ordem judicial nos termos do art. 63, em combinação com o art. 20 do Código Penal.

Art. 14. Exercício do direito de voto.

(1) Exercerá o direito de voto, quem estiver inscrito no registro eleitoral ou for portador de comprovante eleitoral.

(2) Quem estiver inscrito no registro eleitoral poderá votar apenas na zona eleitoral de sua inscrição.

(3) Quem for portador de comprovante eleitoral poderá exercer o direito de voto no distrito eleitoral no qual foi emitido:

a) seja pelo voto pessoal, em qualquer zona eleitoral deste distrito eleitoral;

b) seja pelo voto epistolar.

(4) O eleitor exercerá o direito de voto pessoalmente e apenas uma vez em cada eleição.

2 *al. Bundesgesetzblatt*, abreviado pela sigla BGB1., que será utilizada ao longo da presente tradução (N.d.T.).

Art. 15. Elegibilidade.

(1) Será elegível quem no dia da eleição:

1. tiver a nacionalidade alemã há pelo menos um ano, nos termos do art. 116, inciso 1 da Lei Fundamental; e

2. tiver completado dezoito anos de idade.

(2) Será inelegível:

1. quem for excluído do direito de voto, nos termos do art. 13;

2. quem não possui a elegibilidade ou capacidade para exercer função pública, em virtude de sentença judicial;

3. quem, sem ter a nacionalidade alemã, for alemão³ nos termos do art. 116, inciso 1 da Lei Fundamental, tendo adquirido tal condição pela (posterior) não-aceitação da nacionalidade alemã, nos termos da Lei de Regulamentação da Nacionalidade, de 22 de fevereiro de 1955 (BGB1. I, p. 65).

SEÇÃO IV

Atos Preparatórios da Eleição

Art. 16. Data da eleição.

O Presidente Federal determinará a data da eleição principal (dia da votação). A eleição deverá realizar-se em domingo ou em feriado oficial.

Art. 17. Registro eleitoral e comprovante eleitoral.

(1) As autoridades das Comunas mantêm para cada zona eleitoral um registro de eleitores. Este registro eleitoral será exposto publicamente, nos dias úteis, no período de dezesseis a vinte dias antes da eleição.

(2) O eleitor com direito de voto impedido de votar na zona eleitoral em que estiver inscrito, ou cuja inscrição não se tenha efetuado por razões alheias à sua vontade, receberá, a pedido, um comprovante eleitoral.

Art. 18. Direito de candidatura. Comunicação de participação.

(1) As candidaturas podem ser apresentadas pelos partidos e, de acordo com o disposto no art. 20, pelos eleitores.

³ A contradição é aparente, explicando-se a partir da tradição do *ius sanguinis* no Direito Alemão. No presente caso, são incluídos os chamados "alemães étnicos", acolhidos na Alemanha antes de 1945 como refugiados ou expatriados, e naturalizados (coletivamente) por decreto (N.d.T.).

(2) Os partidos que desde a eleição anterior não estiveram ininterruptamente representados, com pelo menos cinco deputados ⁴ por eles indicados, no Parlamento Federal Alemão ou numa Assembléia Legislativa Estadual, somente poderão registrar uma candidatura se, no prazo de quarenta e sete dias ⁵ antes da eleição, tiverem comunicado, por escrito, ao diretor eleitoral federal sua participação, e se a comissão eleitoral federal tiver comprovado a sua qualificação de partido. Da comunicação deverá constar o nome sob a qual o partido pretende participar das eleições. A comunicação deverá ser assinada pessoalmente, de próprio punho, pelo menos por três membros do diretório nacional do partido e, dentre estes, pelo presidente ou seu substituto. No caso de um partido não dispor de diretório em nível nacional, atuará em seu lugar o diretório da organização hierarquicamente mais alta do partido. Da comunicação deverão constar, por escrito, o estatuto e programa do partido, e o comprovante da instalação de seu diretório, em conformidade com o disposto nos estatutos.

(3) O diretor eleitoral federal examinará a comunicação referida no inciso 2, imediatamente após seu recebimento. No caso de constatar vícios, comunicá-los-á prontamente ao diretório do partido, convidando-o a saná-los, se possível. Decorrido o prazo de comunicação, poderão ser sanados somente os vícios daquelas comunicações, no mais válidas quanto ao seu conteúdo. A comunicação não é válida se:

1. a forma ou o prazo referidos no inciso 2 não forem observados;
2. faltar o nome do partido;
3. faltarem as assinaturas autênticas exigidas, bem como os anexos necessários, exceto se o atraso na apresentação se deve a fatos alheios à responsabilidade do partido;
4. *os membros do diretório forem referenciados de modo tal que não podem ser identificados.*

Após a decisão sobre a qualificação de partido, ficará excluído qualquer saneamento de vícios. O diretório do partido poderá recorrer à comissão eleitoral federal das decisões do diretor eleitoral federal no processo de saneamento de vícios.

(4) A comissão eleitoral federal, obrigatoriamente, determinará no prazo de trinta e sete dias ⁶ antes da eleição para todos os órgãos eleitorais.

⁴ De acordo com o art. 53, inciso 4, é suprimido o limite mínimo de cinco deputados, referentemente à representação partidária na Câmara do Povo (Legislativo da ex-República Democrática Alemã), com vistas à participação dos respectivos eleitores nas eleições gerais, para o 12. Parlamento Alemão, após a reunificação (N.d.T.).

⁵ Cf. art. 53, inciso 3, nº 1, letra a.

⁶ Cf. art. 53, inciso 3, nº 1, letra b.

1. quais os partidos representados ininterruptamente no Parlamento Federal Alemão ou em uma Assembléia Legislativa Estadual desde a eleição anterior, com pelo menos cinco deputados indicados pelo respectivo partido;

2. quais as agremiações que, tendo comunicado sua participação de acordo com o disposto no inciso 2, podem ser reconhecidas como partidos para a eleição.

(5) Um partido poderá apresentar apenas uma candidatura por distrito eleitoral e, em cada Estado, uma única lista estadual.

Art. 19. Requerimento de registro.

As candidaturas ao distrito eleitoral serão comunicadas por escrito ao diretor eleitoral distrital, e as listas estaduais igualmente por escrito ao diretor eleitoral estadual, no prazo de trinta e quatro dias⁷ antes da eleição, até às 18 horas.

Art. 20. Conteúdo e forma das propostas de candidaturas por distrito eleitoral.

(1) A proposta de candidatura distrital deverá conter o nome de apenas um candidato. Cada candidato poderá concorrer apenas em um único distrito eleitoral através de uma única candidatura. Poderá ser proposto como candidato somente quem tiver declarado por escrito sua anuência à sua candidatura; esta declaração é irrevogável.

(2) As candidaturas propostas pelos partidos nos distritos eleitorais serão homologadas e assinadas pessoalmente, de próprio punho, pelo diretório estadual do partido ou, na ausência deste, pelo diretório regional hierarquicamente superior (cf. art. 7, inciso 2 da Lei dos Partidos) em cuja região é situado o distrito eleitoral. As candidaturas distritais de partidos mencionados no art. 18, inciso 2, deverão conter as assinaturas pessoais, de próprio punho, de no mínimo 200 eleitores do respectivo distrito eleitoral; os assinantes deverão estar no gozo de seus direitos eleitorais, a ser devidamente comprovado por ocasião da proposta formal da candidatura pelo distrito eleitoral. A exigência de 200 assinaturas não se aplica a candidaturas de partidos que representem minorias nacionais.

(3) Listas avulsas de candidaturas distritais deverão ser assinadas, pessoalmente, de próprio punho, por no mínimo 200 eleitores do respectivo distrito eleitoral. Aplica-se, no que couber, o disposto no inciso 2, alínea 2, *in fine*.

(4) Das candidaturas distritais propostas pelos partidos constará o nome do respectivo partido e, no caso de ele utilizar-se de uma sigla, deverá

⁷ Cf. art. 53, inciso 3, nº 2.

a mesma ser incluída. Outras listas avulsas de candidaturas distritais apresentarão uma senha de identificação.

Art. 21. Indicação de candidatos de partidos.

(1) Será candidato de partido em proposta de candidatura distrital somente aquele que tiver sido eleito como tal em assembléia dos membros do partido, ou em assembléia extraordinária ou geral de representantes do partido. Entende-se por assembléia dos membros do partido, com o objetivo de eleger um candidato distrital, a reunião dos membros do partido, com direito a voto neste distrito eleitoral, para as eleições ao Parlamento Federal Alemão. A assembléia extraordinária de representantes compõe-se dos *representantes eleitos pela assembléia dos membros do partido, dentre seus filiados*. A assembléia geral de representantes compõe-se, conforme previsto no estatuto do partido (art. 6 da Lei dos Partidos), dos representantes eleitos para as próximas eleições, pela assembléia dos membros do partido, dentre seus filiados.

(2) Nos Municípios e em cidades sem território municipal rural, que abranjam vários distritos eleitorais, poderão ser propostas em assembléia conjunta de membros ou de representantes do partido as candidaturas dos *distritos eleitorais cujo território não ultrapassar os limites de um Município ou de cidade sem território municipal rural*.

(3) Os candidatos do partido e os representantes para as respectivas assembléias de representantes são eleitos em escrutínio secreto. Essas eleições são realizadas a partir de trinta e dois meses após o início da legislatura do Parlamento Federal Alemão, e no caso das assembléias de representantes, vinte e três meses após essa data; este prazo não se aplicará, quando houver antecipação do término da legislatura.

(4) *O diretório partidário em nível estadual ou, no caso de inexistência de organização estadual do partido, os diretórios das seções regionais em nível hierarquicamente superior (art. 7, inciso 2 da Lei dos Partidos), em cujo território se encontra o distrito eleitoral, ou outro órgão do partido previsto para tal em seu estatuto, podem recorrer de uma decisão da assembléia de membros ou de uma assembléia de representantes do partido. Após esse recurso, será feita nova votação, cujo resultado é definitivo.*

(5) Os estatutos dos partidos deverão conter normas detalhadas *acerca da eleição dos representantes para as respectivas assembléias de representantes, sobre a convocação e verificação de quorum das assembléias de membros ou de representantes, bem como acerca do procedimento para eleger candidatos*.

(6) Juntamente com a proposta de candidatura por distrito eleitoral, será entregue cópia da ata sobre a votação no candidato, mencionando lugar

e data da assembléia, forma da convocação, número dos membros presentes e resultado da votação. O presidente da assembléia e dois dos membros presentes por ela designados deverão declarar, sob as penas da lei, perante o diretor eleitoral distrital, que a eleição dos candidatos se efetuou em escrutínio secreto. O diretor eleitoral distrital é autoridade competente para receber tal declaração sob as penas da lei; para tal fim está no exercício legal de autoridade pública nos termos do art. 156 do Código Penal.

Art. 22. Delegados de partido.

(1) Em cada candidatura distrital eleitoral deverá ser citado um delegado partidário e seu suplente. Na ausência desta qualificação, a primeira e a segunda pessoas infra-assinadas serão consideradas, respectivamente, delegado partidário e suplente.

(2) Salvo disposição contrária na presente Lei, somente o delegado partidário e seu suplente têm o direito, individualmente, de emitir e receber declarações legalmente válidas acerca da candidatura distrital.

(3) O delegado partidário e seu suplente podem ser destituídos de suas funções e substituídos por outros, por meio de uma declaração por escrito da maioria dos signatários da candidatura distrital, ao diretor eleitoral distrital.

Art. 23. Cancelamento de candidaturas distritais.

A candidatura distrital pode ser retirada por meio de uma declaração escrita pelo delegado partidário ou pelo seu suplente, enquanto não houver sido deliberada a sua efetivação. Uma candidatura endossada por no mínimo 200 eleitores poderá ser retirada pela maioria dos próprios proponentes, desde que apresentem declaração por eles pessoalmente assinada.

Art. 24. Substituição de candidaturas distritais.

Expirado o prazo de apresentação de propostas, uma candidatura só poderá ser substituída através de declaração por escrito assinada conjuntamente pelo delegado partidário e seu suplente, se o candidato vir a falecer ou perder a elegibilidade. Neste caso, não é preciso aplicar-se o procedimento referido no art. 21, sendo também dispensáveis as assinaturas mencionadas no art. 20, incisos 2 e 3. Após a homologação de uma candidatura distrital (art. 26, inciso 1, alínea 1) não será permitida qualquer alteração.

Art. 25. Saneamento de vícios.

(1) O diretor eleitoral distrital deverá examinar as candidaturas distritais, logo após seu recebimento. Constatados vícios em uma candidatura,

ele os comunicará imediatamente ao delegado partidário, convidando-o a sanar em tempo hábil os vícios sanáveis.

(2) Expirado o prazo de apresentação da proposta, somente poderão ser sanados vícios de candidaturas já consideradas válidas. Uma candidatura não terá validade se:

1. a forma ou o prazo referidos no art. 19 não forem cumpridos;
2. faltarem as assinaturas válidas juntamente com o comprovante do exercício dos direitos eleitorais, nos termos do art. 20, inciso 2, alíneas 1 e 2 e inciso 3, exceto se a comprovação não pode ser feita em tempo hábil por razões que não podem ser imputadas ao proponente;
3. na proposta do partido faltar o nome do mesmo, ou se houver recusa quanto à qualificação partidária, nos termos do art. 18, inciso 2, ou se não foram apresentados os comprovantes referidos no art. 21;
4. qualificação deficiente do candidato, não permitindo sua identificação;
5. faltar a anuência expressa do próprio candidato.

(3) Não mais será efetuado qualquer saneamento de vícios após a decisão acerca da candidatura distrital (art. 26, inciso 1, alínea 1).

(4) O delegado partidário poderá recorrer, junto à comissão eleitoral distrital, da deliberação do diretor eleitoral distrital.

Art. 26. Homologação de candidaturas distritais.

(1) A comissão eleitoral distrital decidirá no trigésimo dia⁸ antes da eleição acerca da homologação das candidaturas distritais, podendo recusá-las no caso de:

1. terem sido apresentadas fora do prazo;
2. não corresponderem aos requisitos exigidos pela presente Lei e pelo Regulamento das Eleições Federais, salvo dispositivo em contrário.

A decisão deverá ser comunicada em sessão da comissão eleitoral distrital.

(2) Tendo a comissão eleitoral recusado uma candidatura, caberá recurso no prazo de três dias a partir da data de publicação da decisão, junto à comissão eleitoral estadual. O recurso será interposto pelo delegado partidário da candidatura distrital em questão ao diretor eleitoral federal e ao diretor eleitoral distrital. O diretor eleitoral federal e o diretor eleitoral distrital poderão recorrer da decisão homologatória de candidatura distrital.

⁸ Cf. art. 53, inciso 3, nº 3, letra a.

Na apreciação do recurso deverão ser ouvidas as partes interessadas. Os recursos serão decididos no prazo de vinte e quatro dias⁹ antes da eleição.

(3) O diretor eleitoral distrital fará publicar as candidaturas homologadas, vinte dias¹⁰ antes da eleição.

Art. 27. Listas estaduais.

(1) Listas estaduais serão propostas somente pelos partidos. As listas devem ser assinadas pessoalmente, de próprio punho, pelos membros do diretório estadual do partido ou, na inexistência do mesmo, pelo diretório de nível hierárquico superior (art. 7, inciso 2 da Lei dos Partidos), situado no respectivo Estado; no caso dos partidos referidos no art. 18, inciso 2, exigir-se-ão as assinaturas pessoais de um por mil (1/1000) dos eleitores computados neste Estado nas últimas eleições federais, até um máximo de 2000 (duas mil) assinaturas. Os proponentes que assinaram uma candidatura de partido, conforme disposto no art. 18, inciso 2, devem estar no exercício de seus direitos eleitorais no momento da assinatura da proposta, o que será comprovado por ocasião da apresentação da lista estadual. A exigência da apresentação de assinaturas adicionais não se aplica a listas estaduais, propostas por minorias nacionais.

(2) As listas estaduais deverão conter o nome do respectivo partido e, quando for o caso, da respectiva sigla partidária.

(3) Os nomes dos candidatos deverão ser apresentados em ordem de preferência identificável.

(4) O candidato poderá concorrer em apenas um Estado, e neste em apenas uma única lista. Só é nomeado em lista estadual quem fez constar a sua anuência por escrito, que é irrevogável.

(5) Na aplicação do art. 21, incisos 1, 3, 5 e 6 e dos arts. 22 a 25, quando couber, está subentendida a declaração, sob as penas da lei, em conformidade com o art. 21, inciso 6, alínea 2, que a ordem de preferência dos candidatos na lista estadual resultou de escrutínio secreto.

Art. 28. Homologação de listas estaduais.

(1) A comissão eleitoral estadual decidirá no trigésimo dia¹¹ antes da eleição sobre a homologação das listas estaduais. A comissão deverá recusar uma lista no caso em que:

1. for apresentada fora do prazo;

⁹ Cf. art. 53, inciso 3, nº 3, letra b.

¹⁰ Cf. art. 53, inciso 3, nº 3, letra c.

¹¹ Cf. art. 53, inciso 3, nº 4, letra a.

2. não preencher os requisitos estabelecidos pela presente Lei e pelo Regulamento Eleitoral Federal, exceto se nesses regulamentos houver exigência específica.

Se as irregularidades se referirem a candidatos isolados, apenas seus nomes serão retirados da lista estadual, devendo a decisão ser comunicada em sessão da comissão eleitoral estadual.

(2) Se a comissão eleitoral estadual recusar uma lista estadual no todo ou em parte, caberá recurso, no prazo de três dias, junto à comissão eleitoral federal. Exercem o direito de recorrer o delegado partidário da lista estadual e o diretor eleitoral estadual. O diretor eleitoral estadual poderá, também, recorrer de uma decisão homologatória de uma lista estadual. Na sessão em que é julgado o recurso, serão ouvidas as partes interessadas. O recurso será decidido no prazo de vinte e quatro dias¹² antes da eleição.

(3) O diretor eleitoral estadual fará publicar as listas estaduais no prazo de vinte dias¹³ antes da eleição.

Art. 29. Exclusão da combinação de listas estaduais.

(1) A revogação de uma combinação de listas estaduais (art. 7) deverá ser comunicada ao diretor eleitoral federal em declaração conjunta, por escrito, apresentada pelo delegado partidário e seu substituto, responsáveis pela respectiva lista estadual no prazo de vinte dias¹⁴ antes da eleição, até às 18 horas.

(2) A comissão eleitoral federal decidirá no prazo de dezesseis dias¹⁵ antes da eleição acerca das declarações referidas no inciso 1. Aplica-se o art. 28, inciso 1, alínea 2. A decisão será comunicada em sessão da comissão eleitoral federal.

(3) O diretor eleitoral federal fará publicar no prazo de quinze dias¹⁶ antes da eleição as listas estaduais combinadas ou não, sobre as quais foi emitida declaração nos termos do inciso 1.

Art. 30. Cédulas de votação.

(1) As cédulas de votação, as sobrecartas correspondentes e os envelopes de votação (art. 36, inciso 1) serão impressos oficialmente pelo Poder Público.

12 Cf. art. 53, inciso 3, nº 4, letra b.

13 Cf. art. 53, inciso 3, nº 4, letra c.

14 Cf. art. 53, inciso 3, nº 5, letra a.

15 Cf. art. 53, inciso 3, nº 5, letra b.

16 Cf. art. 53, inciso 3, nº 5, letra c.

(2) A cédula deverá conter:

1. os nomes dos candidatos homologados para as eleições distritais e, no caso de candidaturas distritais propostas pelos partidos, também a denominação dos mesmos, ou quando o caso, de sua sigla partidária; nas demais candidaturas distritais, conterà também a senha;

2. os nomes dos partidos ou, quando houver, as suas siglas para as eleições por listas estaduais, assim como os nomes dos cinco primeiros candidatos de cada lista homologada.

(3) A ordem das listas estaduais propostas pelos partidos representados no Parlamento Federal Alemão¹⁷ na legislatura precedente, será orientada pelo número de segundos votos obtidos por esses partidos nas últimas eleições no respectivo Estado. As demais listas estaduais seguirão a ordem alfabética das denominações dos partidos. A ordem das candidaturas distritais segue a ordem das respectivas listas estaduais. As demais candidaturas distritais seguem a ordem alfabética das respectivas denominações dos partidos ou de suas senhas.

SEÇÃO V

A Votação

Art. 31. Caráter público da votação.

A votação é pública. A junta eleitoral poderá afastar do recinto da votação pessoas que perturbarem a ordem.

Art. 32. Proibição de propaganda eleitoral, de abaixo-assinados e da divulgação de enquetes eleitorais.

(1) No prédio em que se encontra o local de votação e em suas imediações, bem como junto do acesso ao mesmo, serão proibidas, durante a votação, quaisquer tentativas de influenciar os eleitores, seja oralmente, por gravações, textos escritos ou imagens, ou por abaixo-assinados.

(2) É proibida a publicidade de resultados de enquetes eleitorais realizadas após a votação acerca do conteúdo da decisão dos eleitores, antes de decorrido o prazo da votação.

Art. 33. Sigilo do voto.

(1) Serão adotadas providências para que o eleitor possa assinalar a cédula, ser observado e colocá-la na respectiva sobrecarta. As urnas

¹⁷ Adaptado à situação resultante da reunificação alemã (cf. Lei de 29-8-1990), no sentido de considerar, também, os votos obtidos pelos partidos representados na Câmara do Povo, Legislativo da ex-RDA, nas eleições de 18 de março de 1990 (N.d.T.).

eleitorais destinadas a receber as sobrecartas deverão assegurar o pleno sigilo da votação.

(2) O eleitor analfabeto ou aquele que em virtude de defeito físico se encontrar impossibilitado de assinalar a cédula, manusear o envelope e entregá-lo ao presidente da junta eleitoral, ou ainda colocar seu voto pessoalmente na urna, poderá recorrer ao auxílio de outra pessoa.

Art. 34. Votação por cédula.

(1) A votação será realizada por meio de cédulas oficiais em sobrecartas também oficiais.

(2) O eleitor dará:

1. seu primeiro voto, assinalando na cédula, com uma cruz ou de outro modo, qual o candidato de sua preferência;

2. seu segundo voto, assinalando na cédula, com uma cruz, ou de outro modo, qual a lista estadual de sua preferência.

Art. 35. Voto mecânico, com aparelhos de votar.

(1) Para facilitar o escrutínio e a contagem dos votos, podem ser utilizados aparelhos de votar com mecanismo de contagem automática, no lugar de cédulas, sobrecartas e urnas.

(2) Os aparelhos de votar nos termos do inciso 1 deverão assegurar o escrutínio secreto na votação. O tipo de aparelho a ser utilizado nas eleições para o Parlamento Federal Alemão deverá ser licenciado oficialmente, seja para determinadas votações, seja de um modo geral. O licenciamento ficará a cargo do Ministério do Interior, a pedido do fabricante da marca do respectivo aparelho. A utilização de um aparelho oficialmente licenciado dependerá de autorização pelo Ministro do Interior. A autorização poderá ser fornecida para determinadas votações ou de um modo geral.

(3) O Ministro do Interior não necessitará de autorização pelo Conselho Federal¹⁸ para regulamentar:

1. as condições exigidas para o licenciamento oficial dos tipos de aparelhos para votar, bem como a respectiva suspensão ou revogação;

2. o procedimento para licenciamento oficial do tipo de aparelho;

3. o procedimento para a fiscalização de aparelhos de votar que correspondam ao padrão oficialmente licenciado;

4. o teste público do aparelho de votar, antes de sua utilização;

¹⁸ O Conselho Federal (al. Bundesrat) corresponde à Câmara Alta no Parlamento da República Federal da Alemanha (N.d.T.).

5. o procedimento para o licenciamento oficial, a respectiva suspensão ou revogação;

6. as peculiaridades técnicas de votação, decorrentes da utilização de aparelhos de votar.

No caso dos números supra 1 e 3, a regulamentação será feita de comum acordo com o Ministro da Economia.

(4) Para o emprego de um aparelho de votar aplica-se o disposto no art. 33, inciso 1, alíneas 1 e 2.

Art. 36. Votação epistolar.

(1) Na votação epistolar, o eleitor remeterá ao diretor eleitoral do distrito em que foi emitido seu comprovante de eleitor, dentro de um envelope de votação selado:

a) seu comprovante eleitoral;

b) seu voto, em sobrecarta própria, fechada.

A remessa deverá ser feita em tempo hábil, para chegar ao destinatário até às 18 horas do dia da eleição. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 33, inciso 2.

(2) No comprovante eleitoral, o eleitor, ou pessoa de sua confiança, deverá declarar, sob as penas da lei, ao diretor eleitoral distrital, que a cédula foi assinalada pessoalmente pelo eleitor, ou de acordo com a sua vontade expressa. O diretor eleitoral distrital terá competência para receber tal declaração, desempenhando, neste caso, as funções de autoridade pública, nos termos do art. 156 do Código Penal.

(3) Se o Governo Estadual ou órgão por ele designado de acordo com o art. 8, inciso 3, assim o determinarem, o diretor eleitoral distrital referido no inciso 1, alínea 1 e inciso 2 será substituído pela autoridade da Comuna que emitiu o comprovante eleitoral, ou pela administração do Município em que estiver situada a referida Comuna.

(4) As cartas da votação epistolar podem ser despachadas por seus remetentes pelo Serviço Federal dos Correios, sob a modalidade da carta-padrão, sem caracterizar remessa especial, sendo isentas de pagamento de porte, desde que postadas em envelopes oficiais de votação. Ao utilizar-se de outra forma de postagem, o remetente terá de pagar a diferença de porte acima daquele da carta-padrão. O Governo Federal ressarcirá o Serviço Federal dos Correios no valor de uma carta-padrão por cada carta em envelope oficial de votação, isento de porte, ou ainda em envelope oficial, enviado sob modalidade especial.

SEÇÃO VI

Apuração da Votação

Art. 37. Apuração da votação na zona eleitoral.

A junta eleitoral, após o término da eleição, fará a apuração dos votos na zona eleitoral, obtidos por cada uma das candidaturas do distrito eleitoral e pelas listas estaduais.

Art. 38. Apuração da votação epistolar.

A junta eleitoral encarregada da apuração dos votos epistolares fará a contagem dos votos obtidos por cada uma das candidaturas do distrito eleitoral e das listas estaduais.

Art. 39. Votos nulos, devolução de cartas da votação epistolar e normas de procedimentos.

(1) Serão nulos os votos cuja cédula:

1. não for entregue em sobrecarta oficial;
2. for entregue em sobrecarta diferente das demais ou que conter objeto que comprometa o sigilo do voto;
3. não for a cédula oficial ou for válida para outro distrito eleitoral;
4. não tiver sido assinalada;
5. não evidenciar suficientemente a vontade do eleitor;
6. conter acréscimos ou restrições.

Nos casos relativos aos números 1 a 4, ambos os votos são nulos.

(2) Havendo mais de uma cédula em uma sobrecarta, assinaladas de modo idêntico, ou apenas uma delas tendo sido assinalada, serão consideradas como uma única cédula; nos demais casos serão consideradas como uma só cédula com dois votos nulos.

(3) Se a sobrecarta for entregue vazia, ambos os votos serão considerados nulos. Contendo a cédula somente um único voto, o outro voto não utilizado será considerado nulo.

(4) Na votação epistolar, será devolvida a carta de votação, se:

1. a mesma não for recebida em tempo hábil;
2. no envelope eleitoral não for anexado o comprovante eleitoral, ou quando este não estiver válido;
3. o envelope eleitoral não conter a sobrecarta da cédula;

4. o envelope eleitoral e a sobrecarta da cédula não estiverem fechados;

5. o envelope eleitoral contiver mais de uma sobrecarta de cédula, faltando porém igual número de comprovantes eleitorais, juntamente com a respectiva declaração sob as penas da lei;

6. o eleitor ou pessoa de sua confiança não tiver assinado a respectiva declaração, sob as penas da lei;

7. não tiver sido utilizada sobrecarta oficial para a cédula;

8. tiver sido utilizada sobrecarta diferente das demais ou contendo objeto perceptível ao tato, comprometendo o sigilo.

Os remetentes de cartas devolvidas na votação epistolar não serão computados como eleitores; seus votos serão considerados nulos.

(5) O voto do eleitor que participou da votação epistolar não será anulado, se ele vir a falecer antes ou durante o dia da eleição ou se perder o direito de votar, nos termos do art. 13.

Art. 40. Decisão da junta eleitoral.

A junta eleitoral deliberará sobre a validade dos votos e sobre quaisquer outras questões que surjam durante a votação e a apuração dos resultados da eleição. Cabe à comissão eleitoral distrital o direito da verificação posterior.

Art. 41. Apuração da votação no distrito eleitoral.

(1) Cabe à comissão eleitoral distrital apurar quantos foram os votos no distrito, obtidos por cada um dos candidatos distritais e pelas listas estaduais, e verificar qual o candidato eleito como deputado pelo distrito eleitoral.

(2) O diretor eleitoral distrital comunicará o resultado ao deputado eleito, convidando-o a declarar por escrito, no prazo de uma semana, se aceita o resultado da eleição.

Art. 42. Apuração da votação nas listas estaduais.

(1) Cabe à comissão eleitoral estadual apurar os votos no Estado obtidos por cada uma das listas estaduais.

(2) Cabe à comissão eleitoral federal apurar quantas cadeiras foram obtidas por cada uma das listas estaduais, e verificar quais os candidatos eleitos pelas mesmas.

(3) O diretor eleitoral estadual comunicará o resultado aos candidatos eleitos, convidando-os a declarar por escrito, no prazo de uma semana, se aceitam o resultado da eleição.

SEÇÃO VII

Normas Especiais para a Realização de Eleições de Segundo Turno e de Novas Eleições

Art. 43. Eleição de segundo turno.

(1) Realizar-se-á uma eleição de segundo turno, se:

1. em um distrito ou zona eleitoral não foram realizadas eleições;
2. um candidato de distrito eleitoral, após a homologação de sua candidatura, vir a falecer antes da eleição.

(2) A eleição de segundo turno, no caso do inciso 1, n.º 1, deverá realizar-se no máximo três semanas após o dia da eleição principal; no caso do n.º 2, este prazo será no máximo de seis semanas. A data da eleição de segundo turno será fixada pelo diretor eleitoral estadual.

(3) A eleição de segundo turno seguirá os mesmos regulamentos e diretrizes da eleição principal.

Art. 44. Nova eleição.

(1) No caso de ser anulada no todo ou em parte a eleição, em processo de revisão eleitoral, será realizada nova eleição, em conformidade com tal decisão.

(2) A nova eleição seguirá os mesmos regulamentos da anterior, com as mesmas candidaturas e, se desde a eleição principal ainda não tiver decorrido prazo de seis meses, utilizar-se-ão os mesmos registros de eleitores da eleição anterior, salvo se a decisão no processo de revisão eleitoral contiver determinação específica sobre as candidaturas e os registros eleitorais.

(3) A nova eleição deverá ser realizada no máximo sessenta dias após a homologação da decisão que invalidou a primeira votação. No caso de esta ter sido anulada apenas parcialmente, não haverá nova eleição, desde que as eleições seguintes para o Parlamento Federal Alemão tiverem lugar dentro de seis meses. A data da nova eleição será fixada pelo diretor eleitoral estadual; no caso de uma nova eleição em nível nacional, a data será fixada pelo Presidente Federal.

(4) Realizada a nova eleição, far-se-á nova apuração, de acordo com as normas fixadas na Seção VI. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 41, inciso 2 e art. 42, inciso 3.

SEÇÃO VIII

Obtenção e Perda de Mandato no Parlamento Federal Alemão

Art. 45. Obtenção do mandato no Parlamento Federal Alemão.

O candidato eleito assume seu mandato no Parlamento Federal Alemão através de declaração de aceitação, dirigida no prazo e na forma previstos ao competente diretor eleitoral, em resposta à comunicação nos termos do art. 41, inciso 2 ou do art. 42, inciso 3, após o término da legislatura anterior e, no caso previsto no art. 44, inciso 4, após o desligamento do candidato eleito na eleição anulada. Se o candidato eleito não apresentar uma declaração formal no prazo legal, considerar-se-á aceito o mandato. Uma declaração sob ressalva equivale à recusa. Declarações de aceitação ou de recusa são irrevogáveis.

Art. 46. Perda de mandato no Parlamento Federal Alemão.

(1) O deputado perde seu mandato no Parlamento Federal Alemão no caso de:

1. anulação da obtenção do mandato;
2. erro no resultado eleitoral, apurado em verificação posterior;
3. ausência de uma das condições de sua elegibilidade em qualquer fase do procedimento eleitoral;
4. renúncia ao mandato;
5. constatação de inconstitucionalidade do partido ou da facção partidária a que pertence, pelo Tribunal Federal Constitucional, nos termos do art. 21, inciso 2, alínea 2 da Lei Fundamental.

Estes são motivos de perda de mandato sem prejuízo de outros definidos em lei.

(2) Em caso de anulação de sua eleição no distrito eleitoral, não perderá o mandato o deputado que tenha sido, concomitantemente, eleito em uma lista estadual, mas tenha sido excluído desta em virtude do disposto no art. 6, inciso 4, alínea 3.

(3) Somente é válido o pedido de renúncia a mandato parlamentar se dirigido por escrito ao Presidente do Parlamento Federal Alemão, ou a tabelião alemão com sede na jurisdição da presente Lei ou a funcionário de representação consular alemão no exterior, autorizado a tratar de registros notariais. A declaração de renúncia registrada em tabelionato ou em representação consular no exterior será encaminhada ao Presidente do Parlamento Federal pelo próprio deputado. A renúncia é irrevogável.

(4) No caso de um partido ou facção organizada de partido ser declarado inconstitucional pelo Tribunal Federal Constitucional, de acordo com o art. 21, inciso 2, alínea 2 da Lei Fundamental, perderão os deputados a ele filiados o mandato no Parlamento Federal Alemão, e seus

suplentes o direito de suceder-lhes, se a filiação a este partido ou a facção partidária tiver sido no prazo compreendido entre a apresentação da petição (nos termos do § 43 da Lei do Tribunal Federal Constitucional) e o julgamento (nos termos do art. 46 da Lei do Tribunal Federal Constitucional). No caso de deputados que, tendo perdido seu mandato em decorrência do disposto na alínea 1 acima, houverem sido eleitos em distritos eleitorais, será feita nova eleição para deputado que represente esse distrito, aplicando-se o disposto no art. 44, incisos 2 a 4; neste caso os deputados que perderam seu mandato parlamentar em decorrência do disposto na alínea 1 acima não poderão recandidatar-se. No caso de deputados que, em decorrência do disposto na alínea 1 acima, perderam seu mandato parlamentar após terem sido eleitos em uma lista estadual por um partido ou facção partidária declarada inconstitucional, permanecerão vagas as respectivas cadeiras. Aplica-se, no que couber, o art. 48, inciso 1

Art. 47. Resolução sobre a perda de mandato parlamentar.

(1) A perda de mandato nos termos do disposto no art. 46, inciso 1 dar-se-á:

1. no caso do n.º 1, por meio de processo de revisão eleitoral;
2. no caso dos n.ºs 2 e 5, por decisão do Conselho de Representantes¹⁹ do Parlamento Federal;
3. no caso do n.º 3, após declarada a perda de elegibilidade através de sentença judicial, ou em decisão do Conselho de Representantes do Parlamento Federal ou, nos demais casos, em processo de revisão eleitoral;
4. no caso do n.º 4, pelo Presidente do Parlamento Federal Alemão, sob forma de confirmação da declaração de renúncia.

(2) Decidida a perda de mandato em processo de revisão eleitoral perderá o deputado seu mandato no Parlamento Federal Alemão por força legal dessa resolução.

(3) No caso de resolução do Conselho de Representantes ou do Presidente do Parlamento Federal Alemão sobre a perda de mandato, o deputado em questão será desligado do Parlamento. A decisão será tomada de ofício e sem demora. No prazo de duas semanas após a comunicação da resolução, poderá o interessado requerer processo de revisão eleitoral, recorrendo da decisão do Parlamento Federal Alemão relativa à perda de

¹⁹ O Conselho de Representantes (*al. Aeltestenrat*) é órgão intermediário entre o Presidente do Parlamento e o próprio Legislativo, sendo constituído pelo seu Presidente e substitutos legais, e por vinte e três membros nomeados pelas bancadas partidárias (N.d.T.).

seu mandato. A comunicação da resolução será feita de acordo com os dispositivos da Lei de Notificação Administrativa.²⁰

Art. 48. Convocação de suplentes e de eleições suplementares.

(1) Ocorrendo renúncia ou morte de candidato eleito ou a morte de deputado já empossado ou no caso de seu desligamento por outras razões do Parlamento Federal Alemão, a cadeira vacante será preenchida a partir da lista estadual do respectivo partido. Não serão considerados suplentes os candidatos que deixaram o partido a contar da data em que foi elaborada a lista estadual. No caso de não mais haver candidato na lista, a cadeira permanecerá vaga. Caberá ao diretor eleitoral estadual verificar quem será o suplente, observada a ordem da lista estadual e o disposto no art. 42, inciso 3 e art. 45.

(2) Ficando vaga a cadeira de deputado eleito pelo distrito, proposto por um partido ou grupo de eleitores sem lista estadual aprovada, será realizada uma eleição suplementar no respectivo distrito eleitoral. A eleição supletiva deverá realizar-se no prazo de sessenta dias após a vacância, a menos que estejam previstas, dentro de seis meses, eleições para um novo Parlamento Federal Alemão. A eleição supletiva será realizada na forma dos dispositivos gerais vigentes. A data da eleição será determinada pelo diretor eleitoral estadual. Aplicam-se, no que couber, o art. 41, inciso 2 e art. 45.

SEÇÃO IX

Disposições Finais

Art. 49a. Infrações.

As decisões e medidas referentes diretamente ao procedimento eleitoral só poderão ser impugnadas nos termos da presente Lei e de acordo com os dispositivos do Regulamento Eleitoral Federal²¹ e pelo processo de revisão eleitoral.

Art. 49a. Infrações

(1) Incorre em infração eleitoral quem:

1. contrariando o disposto no art. 11, recusa assumir função honorífica sem motivo suficiente, ou quem se exime das obrigações dela decorrentes, sem a devida justificativa;

²⁰ Trata-se da Lei de 3-7-1952 (BGBl. I, p. 379), referente às modalidades de notificação oficial, no âmbito do Direito Administrativo (N.d.T.).

²¹ O Regulamento ou Regimento Eleitoral Federal (*al. Bundeswahlordnung*) contém o detalhamento referente aos procedimentos eleitorais (cf. Lei de 28-8-1985, publicada no BGBl. I, p. 1.769). Diferentemente da tradição jurídica brasileira, desconhece a Alemanha uma Justiça Eleitoral autônoma. Veja-se a respeito também o art. 52 da presente Lei (N.d.T.).

2. contrariando o disposto no art. 32, inciso 2, publica resultados de enquetes eleitorais, realizadas após a votação entre os eleitores, antes do término da eleição.

(2) A infração prevista no inciso 1, n.º 1, é passível de multa até mil marcos alemães, a infração prevista no inciso 1, n.º 2, até cem mil marcos alemães.

(3) A competente autoridade pública, nos termos do art. 36, inciso 1, n.º 1 da Lei sobre Infrações Penais é representada:

1. em casos de infração nos termos do inciso 1, n.º 1, de recusa sem motivo suficiente ou sem a devida justificativa:

a) pelo diretor eleitoral distrital, se um eleitor se recusa a assumir a função de presidente da junta eleitoral, a função de suplente ou de vogal na junta eleitoral ou na comissão eleitoral distrital;

b) pelo diretor eleitoral estadual, se um eleitor recusa assumir a função de vogal na comissão eleitoral estadual;

c) pelo diretor eleitoral federal, se um eleitor recusa assumir a função de vogal na comissão eleitoral federal;

2. em casos de infração nos termos do inciso 1, n.º 2, pelo diretor eleitoral federal.

Art. 50. Custos eleitorais.

(1) O Governo Federal ressarcirá os Estados, e por intermédio deles, as Comunas (e associações de Comunas), dos gastos necessários, decorrentes das eleições, mediante um montante fixo por eleitor, variando o numerário total conforme o tamanho da respectiva Comuna.

(2) O montante fixo será determinado pelo Ministro do Interior com aprovação do Conselho Federal. Para a fixação desse montante não serão levadas em conta as despesas correntes de pessoal ou de material de consumo, nem as despesas decorrentes da utilização de locais em instituições pertencentes aos Estados e às Comunas (e associações de Comunas).

Art. 51. Estatística eleitoral.

(1) Os resultados das eleições para o Parlamento Federal Alemão serão processados estatisticamente.

(2) Para as zonas eleitorais, a serem determinadas pelo diretor eleitoral federal juntamente com os diretores eleitorais estaduais e os Serviços Estaduais de Estatística, deverão ser também elaborados levantamentos estatísticos sobre sexo e idade das pessoas com direito a voto, em função dos votos obtidos por cada um dos candidatos. A discriminação estatís-

tica da votação por faixa etária e sexo somente é permitida no caso de não permitir reconhecer a identidade dos votantes.

Art. 52. Regulamento Eleitoral Federal.

(1) O Ministro do Interior decretará o Regulamento Eleitoral Federal, necessário à execução da presente Lei, disciplinando as seguintes matérias:

1. nomeação dos diretores eleitorais e presidentes de juntas, a formação das comissões eleitorais e juntas eleitorais, bem como as atribuições, competência e procedimento dos órgãos eleitorais;
2. nomeação para função eleitoral honorífica, o ressarcimento dos gastos para executores de funções eleitorais honoríficas e os procedimentos para aplicação de multas;
3. fixação de data e hora da votação;
4. delimitação das zonas eleitorais e sua divulgação;
5. requisitos para a inscrição nos registros de eleitores, sua elaboração, acesso aos mesmos, sua retificação e conclusão, reclamações e recursos relativos ao registro de eleitores, e à notificação dos eleitores;
6. requisitos necessários ao recebimento do comprovante eleitoral, sua emissão, reclamações e recursos relativos ao indeferimento de comprovante eleitoral;
7. comprovação dos requisitos necessários ao desempenho do direito de voto;
8. procedimento nos termos do art. 18, incisos 2 a 4;
9. apresentação, conteúdo e forma das propostas das candidaturas e documentos pertinentes, sua verificação, saneamento de vícios, aceitação, recursos relativos às decisões da comissão eleitoral distrital e da comissão eleitoral estadual, e da divulgação das candidaturas;
70. forma e conteúdo da cédula eleitoral e da sobrecarta da cédula;
11. designação, preparo e divulgação dos locais previstos para a votação, bem como as providências relativas à proteção das atividades eleitorais e às cabinas indavassáveis;
12. ato de votar, também em circunstâncias especiais que requeiram regulamentações específicas;
13. votação epistolar;
14. votação em hospitais e em estabelecimentos de internação, claustros, domicílios com liberdade restrita, bem como em estabelecimentos de tratamento social-terapêutico e em estabelecimentos penitenciários;

15. apuração dos resultados da votação, sua comunicação e divulgação, bem como notificação dos candidatos eleitos;

16. realização de eleições de segundo turno, novas eleições e eleições suplementares, bem como a convocação de suplentes.

(2) As normas acima não necessitam da aprovação do Conselho Federal.

(3) Em caso de dissolução do Parlamento Federal Alemão, o Ministro do Interior é autorizado a reduzir por meio de decreto os prazos e modificar as datas previstas na Lei Eleitoral Federal e no Regulamento Eleitoral Federal, sem aprovação do Conselho Federal.

Art. 53. Disposições transitórias referentes às eleições do 12. Parlamento Alemão.²²

(1) A comissão eleitoral federal, diferentemente do que estipula o art. 9, inciso 2, alínea 1, será composta pelo diretor eleitoral federal e oito vogais, por ele nomeados entre pessoas com direito a voto.

(2) As listas estaduais de partidos que não apresentarem candidatos individuais poderão ser combinadas, por meio de declaração, perante o diretor eleitoral federal. A declaração será apresentada por escrito pelos delegados dos partidos e respectivos suplentes das listas estaduais participantes, no prazo de vinte dias, antes do dia da eleição, até as 18 horas. Aos demais procedimentos aplicar-se-á, no que couber, o disposto no art. 29, incisos 2 e 3 e, para as listas combinadas de diferentes partidos, os arts. 6 e 7, incisos 2 e 3.

(3) Os prazos a seguir referidos, regulamentados pela presente Lei, serão reduzidos para a eleição do 12. Parlamento Alemão, na forma abaixo:

1. no art. 18 será substituído:

a) no inciso 2, alínea 1, noventa dias por setenta e quatro dias;

b) no inciso 4, setenta e dois dias por trinta e sete dias;

2. no art. 19 será substituído sessenta e seis dias por trinta e quatro dias;

3. no art. 26 será substituído:

a) no inciso 1, alínea 1, cinquenta e oito dias por trinta dias;

b) no inciso 2, alínea 5, cinquenta e dois dias por vinte e quatro dias;

²² O conteúdo deste artigo foi totalmente substituído em sua versão anterior que tratava da situação especial de Berlim Ocidental, no que se referia à sua participação, em caráter excepcional e precário, do Parlamento da República Federal (N.d.T.).

c) no inciso 3, quarenta e oito dias por vinte dias;

4. no art. 28 será substituído:

a) no inciso 1, alínea 1, cinqüenta e oito dias por trinta dias;

b) no inciso 2, alínea 5, cinqüenta e dois dias por vinte e quatro dias;

c) no inciso 3, quarenta e oito dias por vinte dias;

5. no art. 29 será substituído:

a) no inciso 1, trinta e quatro dias por vinte dias;

b) no inciso 2, alínea 1, trinta dias por dezesseis dias;

c) no inciso 3, vinte e seis dias por quinze dias.

(4) O art. 18, inciso 2, alínea 1, aplicar-se-á, também, à representação na Câmara do Povo, sendo suprimidas as palavras "com pelo menos cinco deputados".

Art. 53a. Prazos e datas.

Os prazos e datas previstos na presente Lei não serão prorrogados ou alterados, quando o último dia do prazo ou a data eleitoral coincidir com um sábado, domingo ou feriado oficial, seja federal ou regional. Neste caso, ficará vedada qualquer antecipação.

Art. 54. Cláusula referente a Berlim.

De acordo com o art. 13, inciso 1 da Terceira Lei de Transferência de Encargos, de 4 de janeiro de 1952 (BGB1, I, p. 1),²³ a presente Lei terá também validade no Estado de Berlim. Decretos-leis a serem baixados com base na presente Lei terão validade no Estado de Berlim, nos termos do art. 14 da Terceira Lei de Transferência de Encargos.

Art. 55. Extensão jurisdicional da presente Lei²⁴ (suprimido).

Art. 56. Da entrada em vigor²⁵ (suprimido).

23 A Lei de Transferência de Encargos (*al. Ueberleitungsgesetz*) regula a situação jurídica das obrigações resultantes da Segunda Guerra Mundial, assumidas pela República Federal da Alemanha (N.d.T.).

24 O artigo suprimido em 1990 referia-se à extensão jurisdicional da Lei Eleitoral, estipulando que esta lei passaria a vigorar em outras partes (*in anderen Teilen*) da Alemanha, após a adesão das mesmas nos termos do art. 23 da Lei Fundamental (N.d.T.).

25 A Lei Eleitoral, em sua forma original, entrou em vigor em 7-5-1956, por ocasião das eleições para o 3. Parlamento na República Federal da Alemanha. Em sua versão de 1990 incluem-se todas as alterações anteriores. Em relação aos prazos eleitorais normais, aqui especialmente alterados para as eleições ao 12. Parlamento Alemão, veja-se o art. 53 (N.d.T.).

Obras Publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

Os pedidos a serem atendidos através da ECT deverão ser acrescidos de 50% (cinquenta por cento) de seu valor, para a cobertura das respectivas despesas postais, acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Detramos de atender pedidos por reembolso postal em virtude de o preço de várias publicações desta Subsecretaria estar abaixo do mínimo exigido pela ECT para remessa através do referido sistema.

Não estão relacionadas as obras esgotadas.

Posto de Venda no Senado Federal: Via nº 2 — Unidade de Apolo I (fundos do CEGRAF, pelo estacionamento à direita deste) — Praça dos Três Poderes — CEP 70165 — Brasília, DF — Telefones: (061) 311-3578 e 311-3579. Fax: (061) 321-7333. Telex: (061) 1357.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. N.º 10, 12, 13/14, 17, 18, 46, 62, 79 a 85, 87 a 114.

Cr\$20.000,00

— Periódico trimestral de pesquisa jurídica. Lançamento: jan./mar. 1964, com circulação ininterrupta.

ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA N.º 1 a 100.

Distribuição gratuita aos assinantes da Revista

- Conteúdo: índice temático dos artigos publicados; índice onomástico dos autores (colaboradores); sumários.
- Editado de 10 em 10 números. Índices já publicados: 1 a 10; 1 a 20; 1 a 30; 1 a 40; 1 a 50; 1 a 60; 1 a 70; 1 a 80; 1 a 90; 1 a 100.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL — QUADRO COMPARATIVO

- Texto de 1988 comparado às Constituições de 1946 e 1967 e à Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. Índice temático e tabelas.

Cr\$20.000,00

CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS. Série, com 6 volumes publicados; edição de 1987.

Cr\$5.000,00 cada volume.

- *Volume 1:* Alemanha (República Democrática); Bulgária; Hungria; Polónia; Romênia; Tchecoslováquia.
- *Volume 2:* Costa Rica; Nicarágua.
- *Volume 3:* Angola; Cabo Verde; Moçambique; São Tomé e Príncipe.
- *Volume 4:* Dinamarca; Finlândia; Noruega; Suécia.
- *Volume 5:* Áustria; Iugoslávia.
- *Volume 6:* Coréia; Filipinas; Suriname.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS. 4 volumes; edição de 1984, com suplemento de 1986.

Cr\$20.000,00

CÓDIGO CIVIL — ANTEPROJETOS. 6 volumes; edição de 1989.

Cr\$30.000,00

- *Volume 1*: Anteprojeto de Código de 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 Créditos (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).

LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS. 3 volumes; 2.^a edição — 1987.

Cr\$10.000,00

- Textos atualizados, consolidados e anotados das Leis Orgânicas dos Municípios de todos os Estados.
- Índice temático comparativo.

OBRAS NO PRELO

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS DO BRASIL

— Textos de 24 Estados, promulgados em 1989. Índice temático comparativo.

REGIMENTOS INTERNOS: SENADO FEDERAL — CÂMARA DOS DEPUTADOS — COMUM (CONGRESSO NACIONAL)

TEXTOS POLÍTICOS DA HISTÓRIA DO BRASIL

PROCESSO LEGISLATIVO

DADOS BIOGRÁFICOS DOS PRESIDENTES DO SENADO FEDERAL
— 1826 A 1993

ANAIS DO SENADO FEDERAL

ANAIS DO CONGRESSO

DECRETOS-LEGISLATIVOS

RESOLUÇÕES DO SENADO FEDERAL

ASSINATURA DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA
(Números 113 a 116 — jan./mar. a out./dez. 1992)

Cr\$100.000,00

O preço está acrescido de 50% de seu valor para a cobertura das despesas postais.

Os pedidos deverão ser acompanhados de cheque nominal à Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal ou de vale postal remetido à agência APT Senado.

Autorizo a remessa dos números 109 a 112 da Revista de Informação Legislativa para o endereço abaixo discriminado:

Nome:

Endereço:

CEP: Cidade UF:

Data: / / Assinatura:

Obs.: O Índice da Revista de Informação Legislativa (nºs 1 a 100) é de distribuição gratuita aos assinantes.

**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 Secções Regionais)
Faculdades de Direito

Estas Bibliotecas recebem, regular e gratuitamente, todas as obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas.